KONINKRIJK BELGIE.

ADVIES VAN DE RAAD VAN STATE.

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, eerste kamer, de 15e oktober 1970 door de Minister van Openbare Werken verzocht hem van advies te dienen over een ontwerp van koninklijk besluit "betreffende de toepassingsmaatregelen inzake erkenning der aannemers", heeft de 29e oktober 1970 het volgend advies gegeven :

ROYAUME DE BELGIQUE.

AVIS DU CONSEIL D'ETAT.

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, première chambre, saisi par le Ministre des Travaux publics, le 15 octobre 1970, d'une demande d'avis sur un projet d'arrêté royal "relatif aux mesures d'application en ce qui concerne l'agréation des entrepreneurs", a donné le 29 octobre 1970 l'avis suivant :

Het ontwerp strekt ertoe, ter uitvoering van de besluitwet van 3 februari 1947 houdende regeling van de erkenning der aannemers, een coördinatie te brengen van het besluit van de Regent van 29 maart 1947 houdende toepassingsmaatregelen van diezelfde besluitwet, dat verscheidene malen werd gewijzigd en ook door het ontwerp op sommige punten wordt aangevuld, inzonderheid met betrekking tot de indeling in categorieën volgens de specialiteit van de aannemers en met inachtneming van de door de vestigingswet van 24 december 1958 bedoelde activiteitsattesten, af te leveren aan sommige aannemers, alsook met het oog op de aanvulling van de categorieën volgens de huidige technische noodwendigheden in verband met het bouwbedrijf.

Voorts is het vanzelfsprekend dat het ontwerp past in het raam van de wet van 4 maart 1963 betreffende het sluiten van overeenkomsten voor rekening van de Staat, in de zin dat het betrekking heeft op de drie wijzen voor het sluiten van overeenkomsten voor werken, namelijk de (openbare of beperkte) aanbesteding, de (algemene of beperkte) offerteaanvraag en de onderhandse overeenkomst.

Aan de bestaande regeling inzake het op dezelfde voet plaatsen van de aannemers in het Beneluxgebied in opzicht van openbare werken en aan de bestaande stand van zaken op het vlak van de E.E.G. brengt het ontwerp geen wijzigingen.

*

* *

.../...

Voor het ontwerp wordt het volgende opschrift aanbevolen :

"Koninklijk besluit tot bepaling van de toepassingsmaatregelen van de besluitwet van 3 februari 1947 houdende regeling van de erkenning der aannemers".

*

* *

Het tweede lid van de aanhef behoort te worden weggelaten, daar het niet gebruikelijk is de besluiten, die door het ontwerp worden opgeheven, te vermelden.

*

* *

Artikel 1 stelle men als volgt :

"Artikel 1.-

De bijzondere en voorafgaande erkenning als bedoeld in artikel 1, B, van de besluitwet van 3 februari 1947 houdende regeling van de erkenning der aannemers, is vereist voor ... (verder zoals in het ontwerp)...".

*

* *

Uit de aan de Raad van State verstrekte uitleg blijkt dat met de in artikel 2 vermelde "vakorganisatie" is bedoeld de beroepsvereniging waarbij de aannemer kan aangesloten zijn. Het is wel zeer de vraag hoe de rol, die aan een privaatrechtelijke instelling, zoals een beroepsvereniging, bij de toepassing van de wet door artikel 2 wordt toebedeeld, is verantwoord ten opzichte van de aanvragen om

.../...

erkenning van aannemers die niet bij een beroepsvereniging zijn aangesloten. Het verdient dan ook aanbeveling de in artikel 2, eerste lid, aan de beroepsverenigingen verleende adviesopdracht bij de aanvragen om erkenning, te schrappen.

Het is zo dat door de ontworpen tekst eigenlijk alle andere tussenpersonen dan de beroepsverenigingen bij de aanvraag uitgesloten zijn. Indien de tekst geen melding maakt van een bepaalde tussenpersoon, is het evenwel steeds mogelijk dat de aanvraag wordt vergezeld van om het even welk deskundig advies of attest, hetzij van een beroepsvereniging, hetzij van een andere instelling of persoon, die meteen al dan niet als tussenpersoon optreedt.

De bepaling van artikel 2, tweede lid, volgens hetwelk de Minister van Openbare Werken, "op voorstel of na gevraagd advies van de erkenningscommissie", de stukken bepaalt die bij een erkenningsaanvraag moeten worden gevoegd, kan tot gevolg hebben dat de toekenning of de weigering van de erkenning naderhand wordt betwist met betrekking tot vorenbedoeld advies van de erkenningscommissie. Het ware derhalve verkieslijk het uitdrukkelijk voorschrift inzake het advies van de commissie weg te laten.

Het spreekt vanzelf dat het in artikel 3 bedoeld advies van de erkenningscommissie met redenen moet omkleed zijn en dat de aanvrager hiervan kennis moet kunnen nemen. Evenzo moet de beslissing van de Minister gemotiveerd zijn.

De ontworpen artikelen 2 en 3 regelen op een te bondige wijze de procedure van de erkenning in het algemeen en de tussenkomst van de erkenningscommissie in het bijzonder. Het verdient aanbeveling terzake een administratieve procedure in te stellen, die aan de beslissing van de Minister voorafgaat en waarbij bepaalde vormen en

.../...

termijnen worden voorgeschreven. Voor de goede gang van zaken zou hierbij in overweging moeten worden genomen dat redelijke termijnen worden voorzien voor de overmaking van de aanvraag voor advies aan de erkenningscommissie, voor het verlenen van dit advies en de kennisgeving ervan aan de betrokken aannemer, voor het verzoek om herziening en om gehoor, alsmede voor de ministeriële beslissing. Voorts komen daarbij ook in aanmerking de bepaling van de door de erkenningscommissie te volgen criteria en de motiveringsverplichting zo voor de commissie als voor de Minister.

*
* *

In de artikelen 4, 5 en 7 vervange men de woorden "en/of" telkens door de uitdrukking "en, in voorkomend geval,".

*
* *

Uit de schikking van artikel 4 zou duidelijk moeten blijken dat A, B, C, ... categorieën zijn, terwijl A1..., B1 ..., C1..., ondercategorieën zijn.

*
* *

Artikel 5, tweede lid, stelle men als volgt :

"Behoudens andersluidend beding in de aannemingsovereenkomst, brengt de erkenning ... (voorts zoals in het ontwerp)...".

*
* *

.../...

Bij de laatste volzin van artikel 7 gelden dezelfde overwegingen als voor de artikelen 2 en 3 met betrekking tot de noodzakelijkheid van een procedure.

*
* *

Met betrekking tot de schikking van de opsomming van de klassen in artikel 8, brenge men de Nederlandse tekst volledig in overeenstemming met de Franse, met weglating van het woord "idem".

*
* *

Volgens de verklaringen van de gemachtigde ambtenaar zijn de in artikel 9 bedoelde partijen de Staat en de betrokken aannemer.

Wat in dit artikel met "betwistingen" is bedoeld, is niet duidelijk. Deze term is hier niet op zijn plaats daar bij het ontworpen artikel blijkbaar alleen de bedoeling heeft voorgezeten dat, ingeval enige twijfel zou rijzen bij het onderzoek van de in artikel 8 bedoelde omvang van de werken, de zaak voor advies bij de erkenningscommissie aanhangig kan worden gemaakt op vraag van de twee partijen.

*
* *

Waar artikel 10 (hoofdstuk V) handelt over "tuchtstraffen", zijn hiermede administratieve sancties bedoeld.

.../...

Artikel 10, eerste lid, heeft betrekking op de plicht van de besturen tot mededeling aan de erkenningscommissie en aan het Hoog Comité van toezicht, van de inlichtingen nopens alle tekortkomingen van de aannemers met het oog op sancties.

Het tweede lid van hetzelfde artikel betreft de rol van de erkenningscommissie en van de Minister bij het nemen van een administratieve sanctie ten opzichte van de aannemers.

De in artikel 10 vervatte voorschriften vallen niet buiten het raam van artikel 6 van de besluitwet van 3 februari 1947. Inzonderheid het tweede lid van artikel 10 komt neer op een herhaling van het bepaalde bij vorenbedoeld artikel 6. De Raad van State geeft dan ook in overweging het tweede lid te schrappen.

In dit verband behoort er bovendien te worden op gewezen dat artikel 10, tweede lid, de erkenningscommissie opdraagt te onderzoeken of er grond bestaat om een van de in artikel 6 van de besluitwet bedoelde sancties toe te passen. Het is zeer de vraag in hoever een louter adviserende commissie bevoegd kan zijn om te oordelen of er grond bestaat tot toepassing van sancties inzonderheid wegens de tekortkomingen vermeld in vorenbedoeld artikel 6, a (tekortkoming aan de voorwaarden der afgesloten overeenkomsten), c (grove fout in de uitvoering der werken) en d (oneerlijkheid in de handel).

.../...

De in het ontwerp bedoelde procedure voor de toepassing van administratieve sancties blijkt derhalve aanleiding te geven tot moeilijkheden, tenzij daarbij steeds moet worden ondersteld dat de bevoegde burgerlijke of strafrechter op de betwiste punten reeds uitspraak zou hebben gedaan.

Onder voorbehoud van vorenstaande opmerkingen stelle men artikel 10, eerste lid, als volgt :

"Onverminderd de verplichting tot mededeling aan het Hoog Comité van toezicht, zenden de ministeriële departementen, de provincies en de gemeenten, alsmede de openbare instellingen of instellingen van openbaar nut die ervan afhangen, aan de erkenningscommissie alle inlichtingen betreffende onverschillig welke tekortkomingen die door al dan niet erkende aannemers bij de uitvoering van werken werden begaan en die aanleiding zouden kunnen geven om hen een administratieve sanctie op te leggen".

*
* *

Artikel 11 is een nutteloze herhaling van artikel 8 van de besluitwet van 3 februari 1947. Bovendien is er geen rechtsgrond voor de afwijkingen door "de Ministers die op enige wijze financieel bijdragen in die werken". Bedoelde Ministers zijn immers niet vermeld in vorenbedoeld artikel 8.

*
* *

Artikel 12, dat in bepaalde gevallen de Ministers ambtshalve de afwijkingsbeslissing laat nemen, vindt evenmin een rechtsgrond in artikel 8 van de besluitwet van 3 februari 1947, dat het voorafgaand advies van de erkenningscommissie oplegt.

*
* *

.../....

Artikel 13 heeft geen individuele afwijkingen op het oog, maar bedoelt afwijkingen mogelijk te maken die gelden op plaatselijk of gewestelijk vlak en die onder meer op economische overwegingen kunnen gegrond zijn. Het initiatief hiertoe gaat uit van de Minister, op wiens begroting de kredieten voor het werk zijn uitgetrokken. Op voorstel van evenbedoelde Minister neemt de Minister van Openbare Werken al dan niet een besluit tot afwijking; hij vindt hiertoe rechtsgrond in artikel 1, laatste lid, van de besluitwet van 3 februari 1947.

*
* *

Artikel 14 behoort als volgt te worden gesteld :

"Artikel 14.-

Het besluit van de Regent van 29 maart 1947 houdende toepassingsmaatregelen betreffende de erkenning der aannemers, gewijzigd bij de koninklijke besluiten van 27 april 1956, 12 februari 1958 en 22 augustus 1968, wordt opgeheven".

*
* *

De opheffing van de bestaande verordeningsvoorschriften doet het probleem van de overgangsbepalingen rijzen. Het ontwerp treft dienaangaande geen voorzieningen.

Het is evident dat de bestaande erkenningen aan de nieuw ontworpen regelen zullen moeten worden getoetst. Derhalve ware het wenselijk te bepalen dat de erkenningen, verleend op grond van de thans geldende voorschriften, standhouden tot bij de herziening uiterlijk op ... Hiervoor behoort een redelijke termijn te worden gesteld.

Le projet a pour objet, en exécution de l'arrêté-loi du 3 février 1947 organisant l'agréation des entrepreneurs, de coordonner l'arrêté du Régent du 29 mars 1947 relatif aux mesures d'application du même arrêté-loi. Cet arrêté a, en effet, été modifié à diverses reprises et le présent projet le complète du reste sur certains points. C'est le cas notamment en ce qui concerne le classement en catégories suivant la spécialité des entrepreneurs, en tenant compte des attestations d'activité à délivrer à certains entrepreneurs en vertu de la loi d'établissement du 24 décembre 1958, ainsi qu'en ce qui concerne l'extension des catégories en fonction des exigences actuelles de la construction.

D'autre part, l'arrêté projeté est de toute évidence adapté au cadre de la loi du 4 mars 1963 relative aux marchés passés au nom de l'Etat en ce qu'il vise les trois modes de passation de marchés de travaux, à savoir l'adjudication (publique ou restreinte), l'appel d'offres (général ou restreint) et le marché de gré à gré.

Il ne touche en rien à la réglementation en vigueur relativement à l'égalité, en matière de travaux publics, des entrepreneurs de la zone du Benelux, ni à l'actuel état des choses sur le plan de la C.E.E.

*

* *

Il est suggéré de rédiger l'intitulé du projet comme suit :
"Arrêté royal fixant les mesures d'application de l'arrêté-loi du 3 février 1947 organisant l'agréation des entrepreneurs".

*

* * .../...

L'alinéa 2 du préambule doit être omis : il n'est pas d'usage de faire référence aux arrêtés dont le projet prévoit l'abrogation.

*

* *

L'article 1er gagnerait à être rédigé comme suit :

"Article 1er.-

L'agréation spéciale et préalable visée à l'article 1er, B, de l'arrêté-loi du 3 février 1947 organisant l'agréation des entrepreneurs est requise pour ...
(la suite comme au projet) ... ".

*

* *

Il ressort des renseignements communiqués au Conseil d'Etat que le terme "organisation professionnelle" utilisé à l'article 2 doit s'entendre de l'organisation professionnelle à laquelle l'entrepreneur est éventuellement affilié. On voit mal comment le rôle qu'en vue de l'application de la loi l'article 2 attribue à un organisme de droit privé telle qu'une organisation professionnelle, pourrait se justifier à l'égard des demandes d'agréation émanant d'entrepreneurs qui ne sont pas affiliés à une organisation professionnelle. Il semble préférable, dès lors, de renoncer à la mission consultative que l'article 2, alinéa 1er, confère aux organisations professionnelles à propos des demandes d'agréation.

.../...

Le texte vise, à la vérité, à exclure l'intervention, lors de la demande, de tout intermédiaire autre que les organisations professionnelles. Si le texte ne prévoit l'intervention d'aucun intermédiaire, il demeure néanmoins que la demande pourra toujours être accompagnée de tout avis ou attestation autorisés, émanant soit d'une organisation professionnelle, soit d'un autre organisme ou personne, qui agit ou non en même temps comme intermédiaire.

L'article 2, alinéa 2, prévoit que le Ministre des Travaux publics détermine, "sur proposition ou après avoir pris l'avis de la commission d'agréation", les pièces à joindre à la demande d'agréation. Cette disposition pourra avoir pour conséquence que l'octroi ou le refus d'agréation soit par la suite contesté à propos précisément de cet avis de la commission consultative. Il apparaît, dès lors, souhaitable de ne pas prévoir expressément la consultation de ladite commission.

De toute évidence l'avis de la commission d'agréation visé à l'article 3 doit être motivé et le demandeur doit pouvoir en prendre connaissance. La motivation s'impose, de même, pour la décision du Ministre.

Les articles 2 et 3 du projet règlent trop sommairement la procédure d'agréation en général et l'intervention de la commission d'agréation en particulier. L'organisation en la matière d'une procédure administrative précédant la décision ministérielle et prévoyant l'observation de formalités et délais déterminés semble s'indiquer. Pour la bonne marche des choses, des délais raisonnables devraient être fixés pour la transmission de la demande à la commission d'agréation

.../...

aux fins d'avis, pour la délivrance de l'avis et sa notification à l'entrepreneur intéressé, pour la demande de revision et d'audition et, enfin, pour la décision ministérielle. Il serait de même utile de prévoir les critères à prendre en considération par la commission d'agréation et de prescrire que tant l'avis de la commission que la décision du Ministre devront être motivés.

*

* *

Aux articles 4, 5 et 7, il convient de remplacer les mots "et/ou" par les mots "et, le cas échéant,...".

*

* *

L'article 4 devrait être présenté de telle manière qu'il en ressorte nettement que les lettres A, B, C désignent des catégories, les sigles A1 - B1 - C1 des sous-catégories.

*

* *

La rédaction suivante est proposée pour l'alinéa 2 de l'article 5 :

"Sauf stipulation contraire du contrat d'entreprise, l'agréation ... (la suite comme au projet) ...

*

* *

La dernière phrase de l'article 7 appelle les mêmes considérations que celles qui ont été développées à propos des articles 2 et 3, touchant la nécessité d'organiser une procédure.

.../...

Dans la version néerlandaise de l'article 8, l'énumération des classes devrait être mise en concordance complète avec la version française, le mot "idem" étant supprimé.

* * *

Selon les déclarations du fonctionnaire délégué, les parties visées à l'article 9 sont l'Etat et l'entrepreneur intéressé.

On n'aperçoit pas clairement la portée du mot "contestation" employé dans cet article. Ce terme est inadéquat en l'espèce puisque l'article semble inspiré par le seul souci de mettre les deux parties en mesure de solliciter l'avis de la commission d'agréation lorsque des doutes surgissent lors de la vérification du volume des travaux auquel se réfère l'article 8.

*

* *

Les "sanctions disciplinaires" dont il est question à l'article 10 (chapitre V) doivent s'entendre de sanctions administratives.

L'article 10, alinéa 1er, est relatif à l'obligation faite aux administrations de communiquer à la commission d'agréation et au comité supérieur de contrôle, en vue de l'application éventuelle de sanctions, tous renseignements concernant les fautes quelconques commises par les entrepreneurs.

L'alinéa 2 du même article précise le rôle qui est dévolu respectivement à la commission d'agréation et au Ministre dans l'application d'une sanction administrative à un entrepreneur.

.../...

Les dispositions de l'article 10 n'excèdent pas le cadre de l'article 6 de l'arrêté-loi du 3 février 1947. L'alinéa 2 de l'article 10 n'est en somme qu'un rappel des dispositions de l'article 6 précité. Aussi le Conseil d'Etat propose-t-il de supprimer cet alinéa.

Il convient d'observer, dans le même ordre d'idées, que l'article 10, alinéa 2, charge la commission d'agréation du soin d'examiner s'il y a lieu d'appliquer l'une des peines prévues à l'article 6 de l'arrêté-loi. Il est permis de se demander dans quelle mesure une commission purement consultative a compétence pour apprécier s'il y a lieu à application de sanctions du chef, plus particulièrement, des manquements visés au a (manquement aux conditions des marchés), au c (faute grave dans l'exécution des travaux) et au d (manque de probité commerciale) de l'article 6 précité.

La procédure prévue par le projet pour l'application de sanctions administratives paraît, dès lors, soulever de sérieuses objections, à moins que l'existence d'une décision du juge civil ou pénal sur les points litigieux ne doive être présupposée dans tous les cas.

Sous réserve des observations ci-dessus, il conviendrait de rédiger l'article 10, alinéa 1er, comme suit :

.../...

"Sans préjudice de l'obligation de les communiquer au Comité supérieur de contrôle, les départements ministériels, les provinces et les communes, ainsi que les établissements publics ou organismes d'intérêt public qui en dépendent font parvenir à la commission d'agréation tous renseignements concernant les fautes commises par des entrepreneurs agréés ou non dans l'exécution des travaux et qui pourraient donner lieu à application d'une sanction administrative à leur égard".

*
* *

L'article 11 fait double emploi avec l'article 8 de l'arrêté-loi du 3 février 1947. De plus, le pouvoir donné aux "Ministres qui interviennent financièrement, sous quelque forme que ce soit", manque de base légale. L'article 8 précité ne fait aucune mention de ces Ministres.

*
* *

L'article 12 , qui autorise dans certains cas les Ministres a prendre d'office la décision de dérogation, ne trouve pas davantage de fondement légal dans l'article 8 de l'arrêté-loi du 3 février 1947, qui prescrit l'avis préalable de la commission d'agréation.

*
* *

.../...

L'article 13 tend à permettre, non pas des dérogations individuelles, mais des dérogations qui vaudront sur le plan local ou régional et qui pourront, notamment, être inspirées par des considérations d'ordre économique. L'initiative de ces dérogations émane du Ministre au budget duquel figurent les crédits destinés au travail dont il s'agit. C'est le Ministre des Travaux publics, qui, saisi d'une proposition par ce Ministre, prend ou ne prend pas l'arrêté de dérogation; le Ministre tient ce pouvoir de l'article 1er, alinéa 1er, de l'arrêté-loi du 3 février 1947.

*
* *

L'article 14 devrait être rédigé comme suit :

"Article 14.-

L'arrêté du Régent du 29 mars 1947 relatif aux mesures d'application en ce qui concerne l'agréation d'entrepreneurs, modifié par les arrêtés royaux des 27 avril 1956, 12 février 1958 et 22 août 1968, est abrogé".

*
* *

L'abrogation des prescriptions réglementaires existantes soulève le problème du régime transitoire. Le projet est muet à cet égard.

Les agréations existantes devront, de toute évidence, être revues en fonction des nouvelles règles projetées. Il serait souhaitable, dans ces conditions, de disposer que les agréations accordées sur la base des prescriptions actuellement en vigueur, sont maintenues jusqu'à leur revision, qui devra intervenir au plus tard le ... Un délai raisonnable devrait être prévu à cette fin.

De kamer was samengesteld uit

de Heren : F.LEPAGE, voorzitter van de Raad van State,

H.BUCH, staatsraden,
H.ADRIAENS,

J.LIMPENS, bijzitters van de afdeling wetgeving,
S.FREDERICQ, assesseurs de la section de législation,

M.JACQUEMIJN, adjunct-griffier, griffier.

De overeenstemming tussen de Nederlandse en de Franse tekst werd nagezien onder toezicht van de H.F.LEPAGE.

Het verslag werd uitgebracht door de H.R.VAN HAECKE, substituut-auditeur-generaal.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER,

(get.) M.JACQUEMIJN.

La chambre était composée de

Messieurs : F.LEPAGE, président du Conseil d'Etat,

H.BUCH, conseillers d'Etat,
H.ADRIAENS,

J.LIMPENS, assesseurs de la section de législation,
S.FREDERICQ,

M.JACQUEMIJN, greffier adjoint, greffier.

La concordance entre la version néerlandaise et la version française a été vérifiée sous le contrôle de M.F.LEPAGE.

Le rapport a été présenté par M.R.VAN HAECKE, substitut de l'auditeur général.

DE VOORZITTER - LE PRESIDENT,

(get.) F.LEPAGE.