Conseil d'Etat - Raad van State
LEGISLATION - WETGEVING
L
- 1 2 1. SEP. 1977
Transmis ... Coördinatie

MV.

L.12.900/1/V.

S

F

KONINKRIJK BELGIE.

ROYAUME DE BELGIQUE.

ADVIES VAN DE RAAD VAN STATE.

AVIS DU CONSEIL D'ETAT.

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, eerste vakantiekamer, de 1ste augustus 1977 door de Eerste Minister verzocht hem van advies te dienen over een ontwerp van koninklijk besluit "betreffende delegaties van bevoegdheid inzake de gunning en de uitvoering van de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten", heeft de 24e augustus 1977 het volgend advies gegeven :

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, première chambre des vacations, saisi par le Premier Ministre, le 1er août 1977, d'une demande d'avis sur un projet d'arrêté royal "relatif aux délégations de pouvoir en matière de passation et d'exécution des marchés publics de travaux, fournitures et services", a donné le 24 août 1977 l'avis suivant :

22. SEP. 1977

Bij het ontwerp zijn de volgende opmerkingen te maken :

AANHEF.

Het ontwerp ontleent zijn rechtsgrond aan artikel 2, § 3, van de wet van 14 juli 1976 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten; bijgevolg moet in het eerste lid van de aanhef worden verwezen naar artikel 2, § 3, van die wet.

*

Artikel 1.

In dit artikel moeten de woorden "zijn" en "hem" worden vervangen door "haar".

In de Franse tekst moet het persoonlijk voornaamwoord "il" worden vervangen door "elle".

Ter wille van de overeenstemming met artikel 2, § 3, van de wet van 14 juli 1976 dient "bevoegdheden overdragen" te worden gelezen in plaats van "bevoegdheid delegeren".

*

Artikel 2.

Artikel 2, § 1, eerste lid, van het ontwerp bepaalt dat de bevoegdheid tot het verrichten van bepaalde

aan het gunnen van de opdracht voorafgaande handelingen kan worden "gedelegeerd onder voorbehoud van de toepassing van artikelen 51 en 52, van het koninklijk besluit van 22 april 1977 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten".

Die artikelen 51 en 52, welke tot doel hebben "te voldoen aan de voorschriften van artikel 9 van de wet van 14 juli 1976" (Verslag aan de Koning bij het koninklijk besluit van 22 april 1977), bepalen de "voorwaarden waaraan de keuze van de wijze van gunnen is onderworpen" (artikel 9 van de wet van 14 juli 1976).

Door te bepalen dat de bevoegdheden kunnen worden "gedelegeerd onder voorbehoud van de toepassing van artikelen 51 en 52" ondervangt artikel 2 niet de interpretatiemoeilijkheden waarop de Raad van State, afdeling wetgeving, reeds had gewezen bij het onderzoek van het ontwerp waaruit ontstaan is het koninklijk besluit van 22 december 1964 betreffende overdrachten van bevoegdheid inzake het sluiten en het uitvoeren van overeenkomsten voor rekening van de Staat. In zijn advies stelde de Raad van State een tekst voor die de bedoeling van de Regering weergaf zoals die door haar gemachtigde te kennen was gegeven. Dat advies is evenwel niet gevolgd en de Regering herhaalt in het onderhavige ontwerp een formule als die welke zij heeft aangewend in artikel 2, § 1, eerste lid van het koninklijk besluit van 22 december 1964.

De interpretatiemoeilijkheden blijven; zij zijn bijzonder ernstig omdat zij betrekking hebben op de bevoegdheid van de administratieve overheden.

.../...

Het in artikel 2, § 1, eerste lid, van het ontwerp gemaakte voorbehoud betekent immers

- ofwel dat, wanneer er grond is tot toepassing van de artikelen 51 en 52 van het koninklijk besluit van 22 april 1977, de overdrachten van bevoegdheid geen uitwerking hebben; dat was de interpretatie van de gemachtigde van de Regering bij de behandeling van het vorige ontwerp van 1964;
- ofwel dat de gemachtigde overheid gehouden is de in die artikelen bedoelde instemmingen te vragen.

In het eerste geval zou artikel 2, § 1, eerste lid, (zoals de Raad van State in 1964 mutatis mutandis voorstelde) als volgt moeten worden geredigeerd :

"De bevoegdheid om het bestek of de als zodanig geldende documenten vast te stellen, de bevoegdheid tot het kiezen van de wijze waarop de opdracht wordt gegund en de bevoegdheid om de procedure in te zetten, kunnen worden overgedragen, behalve voor de opdrachten bedoeld in de artikelen 51 en 52 van het koninklijk besluit van 22 april 1977".

In het tweede geval moet dat voorbehoud vervallen; het spreekt immers vanzelf dat de overdracht van bevoegdheid niet ontslaat van de verplichting om de instemmingen te verkrijgen welke degene die zijn bevoegdheid overdraagt zelf moet verkrijgen.

Artikel 2, § 1, eerste lid, moet in het licht van deze opmerking worden herzien.

*

In § 1, tweede lid, zijn de woorden "met dit doel" overbodig en dubbelzinnig; zij moeten vervallen.

*

Paragraaf 2 zou duidelijker zijn indien de tekst als volgt werd geredigeerd :

"§ 2. Wat de goedkeuring van het bestek of van de als zodanig geldende documenten betreft, kunnen alleen uitdrukkelijk daartoe aangewezen titularissen van ambten de beslissingen nemen die bedoeld zijn in de artikelen 3, § 2, 5, § 4, en § 5, 7 en 10, van het koninklijk besluit van 22 april 1977, met name :

- beslissen over de afwijkingen van de algemene aannemingsvoorwaarden,
- beslissen dat tegen voorlopige prijzen of op grond van gecontroleerde uitgaven zal worden gehandeld,
- de prijzencontrole voorschrijven,
- voorzien in het toestaan van voorschotten".

*

Aangezien artikel 2 van het ontwerp betrekking heeft op de overdrachten van bevoegdheid voor de handelingen die aan het gunnen van de opdracht voorafgaan, hoeft § 3 niet te stellen dat haar bepaling is vastgesteld "onverminderd artikel 2, laatste lid, van de wet van 14 juli 1976 en de

.../...

artikelen 38 en 46 van voornoemd koninklijk besluit van 22 april 1977".

Die artikelen hebben immers betrekking op het gunnen van de opdracht, waarover in artikel 3 van het ontwerp wordt gehandeld.

* *

Artikel 3.

In § 1 kunnen de woorden "Onverminderd artikel 2, laatste lid, van de wet van 14 juli 1976" vervallen.

*

De Raad van State meent de aandacht te moeten vestigen op de grote aansprakelijkheid die zal volgen uit de overdrachten van bevoegdheid die voor zeer hoge bedragen (§ 1), of voor onbeperkte bedragen (§ 2) worden verleend. In zijn advies over het ontwerp dat het koninklijk besluit van 22 december 1964 geworden is, heeft de Raad reeds deze opmerking gemaakt; zij geldt des te meer voor het onderhavige ontwerp, daar het op alle overheidsopdrachten slaat.

*

Artikel 4.

Het eerste lid van dit artikel zou als volgt moeten worden geredigeerd :

"Met toepassing van artikel 54 van het koninklijk besluit van 22 april 1977 kunnen de titularissen van ambten, bij uitdrukkelijke overdracht van bevoegdheid en binnen de grenzen die de bevoegde overheid bepaald, worden gemachtigd om van de essentiële bepalingen en voorwaarden van de opdrachten af te wijken en boeten kwijt te schelden".

Artikel 5.

Bij dit artikel rijst een interpretatiemoeilijkheid in verband met de bevoegdheid van de gemachtigde overheid. Blijkbaar heeft men willen voorkomen dat de gemachtigde ambtenaren voor de keuze worden gesteld in te gaan, ofwel tegen de zienswijze van bepaalde geraadpleegde organen, ofwel tegen de wil van de Minister. Zo nodig zal de Minister zelf de zaak tot zich trekken en dan zal de overdracht van bevoegdheid geen uitwerking hebben.

Om deze bedoeling beter tot uiting te brengen, zou artikel 5 als volgt kunnen worden gelezen :

"Ondanks iedere eventuele overdracht van bevoegdheid beslist alleen de Minister in aangelegenheden waarin een ongunstig advies is uitgebracht door ... (voorts zoals in het ontwerp)".

Deze opmerking had de Raad van State gemaakt in zijn advies over het ontwerp dat het koninklijk besluit van 22 december 1964 geworden is. Zij is niet gevolgd en zo is twijfel blijven bestaan omtrent de interpretatie van de

.../...

bepaling. Aangezien het om een kwestie van bevoegdheid gaat, is een klare tekst hoogst wenselijk.

* *

Artikel 6.

Aangezien de wet van 14 juli 1976 en het koninklijk besluit van 22 april 1977 op 1 januari 1978 in werking treden krachtens artikel 58 van het koninklijk besluit van 22 april 1977, zou het eerste lid van artikel 6 als volgt moeten worden geredigeerd :

"Dit besluit treedt in werking op 1 januari 1978".

*

Artikel 32 van de wet van 14 juli 1976 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten bepaalt : "Bij in Ministerraad overlegd besluit, bepaalt de Koning de dag waarop deze wet in werking treedt ...".

De Koning heeft die bevoegdheid uitgeoefend door in artikel 58 van het koninklijk besluit van 22 april 1977 te bepalen dat de wet van 14 juli 1976 in werking treedt op 1 januari 1978. Op die bepaling volgt echter een overgangsregel die luidt :

"De vóór die datum aangekondigde opdrachten blijven echter onderworpen aan de wetten en verordeningen die van kracht waren op het tijdstip van de bekendmaking van de berichten".

.../...

Door te bepalen dat "de krachtens dit besluit gemachtigde overheden zullen bevoegd zijn zelfs voor de gunning van opdrachten, die aangekondigd zijn vóór de datum waarop hun delegatie ingaat evenals voor de uitvoering van opdrachten, die vóór die datum zijn gegund", wijkt artikel 6, tweede lid, van het ontwerp af van artikel 58, tweede lid, van het koninklijk besluit van 22 april 1977; het zou derhalve moeten worden vastgesteld bij een in Ministerraad overlegd besluit, wil voldaan zijn aan het voorschrift van artikel 32 van de wet van 14 juli 1976.

---

Le projet appelle les observations suivantes :

PREAMBULE.

Le projet trouve son fondement légal dans l'article 2, § 3, de la loi du 14 juillet 1976 relative aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services; c'est, dès lors, l'article 2, § 3, de cette loi qui doit être visé à l'alinéa 1er du préambule.

*

Article 1er.

A l'article 1er, le pronom personnel "il" doit être remplacé par le pronom personnel "elle".

Dans le texte néerlandais de l'article 1er, les mots "zijn" et "hem" doivent être remplacés par le mot "haar".

Pour assurer la concordance avec l'article 2, § 3, de la loi du 14 juillet 1976, il conviendrait, dans le texte néerlandais, d'écrire "bevoegdheden overdragen" au lieu de "bevoegdheid delegeren".

*

Article 2.

L'article 2, § ler, alinéa ler du projet dispose que le pouvoir de faire certains actes préalables à la conclusion du marché peut être délégué "sous réserve de l'application des articles 51 et 52 de l'arrêté royal du 22 avril 1977 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services".

Ces articles 51 et 52 dont le but est "de satisfaire aux dispositions de l'article 9 de la loi du 14 juillet 1976" (Rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 22 avril 1977), fixent "les conditions auxquelles le choix du mode de passation est subordonné" (article 9 de la loi du 14 juillet 1976).

En prévoyant que délégation peut être donnée "sous réserve des articles 51 et 52", l'article 2 ne supprime pas les difficultés d'interprétation que le Conseil d'Etat, en sa section de législation, avait déjà fait valoir lors de l'examen du projet qui devint l'arrêté royal du 22 décembre 1964 relatif aux délégations de pouvoir en matière de passation et d'exécution des marchés de l'Etat. Dans son avis, le Conseil d'Etat avait proposé un texte qui répondait aux intentions du Gouvernement telles qu'elles lui avaient été définies par le représentant de celui-ci. Cet avis n'a toutefois pas été suivi et le Gouvernement reprend dans le projet actuel une formule similaire à celle qu'il a adoptée à l'article 2, § ler, alinéa ler de l'arrêté royal du 22 décembre 1964.

.../...

Les difficultés d'interprétation subsistent; elles sont particulièrement graves parce qu'elles ont trait à la compétence des autorités administratives.

En effet, la réserve émise à l'article 2, § 1er, alinéa 1er du projet

-ou bien signifie que lorsqu'il y a lieu à application des articles 51 et 52 de l'arrêté royal du 22 avril 1977, les délégations n'ont aucun effet; c'était l'interprétation admise par le représentant du Gouvernement lors de l'examen du projet précédent de 1964;

-ou bien signifie que le délégué est tenu de demander les accords prévus par ces articles.

Dans la première hypothèse, l'article 2, § 1er, alinéa 1er devrait (comme le Conseil d'Etat l'avait mutatis mutandis suggéré en 1964) être rédigé de la manière suivante :

"Le pouvoir d'arrêter le cahier spécial des charges ou les documents en tenant lieu, le pouvoir de choisir le mode de passation du marché et le pouvoir d'engager la procédure peuvent être délégués sauf pour les marchés visés aux articles 51 et 52 de l'arrêté royal du 22 avril 1977".

Dans la seconde hypothèse, cette réserve doit être omise parce qu'il est évident que la délégation ne dispense pas des accords que le déléguant doit lui-même recueillir.

L'article 2, § 1er, alinéa 1er doit être revu à la lumière de cette observation.

*

.../...

Au § 1er, alinéa 2, les mots "à cette fin" sont superflus et équivoques; il y a lieu de les omettre.

*

Le paragraphe 2 gagnerait en clarté s'il était rédigé comme suit :

"§ 2. En ce qui concerne l'approbation du cahier spécial des charges ou des documents en tenant lieu, seuls les titulaires de fonctions expressément désignés à cet effet peuvent prendre les décisions prévues par les articles 3, § 2, 5, § 4 et § 5, 7 et 10 de l'arrêté royal du 22 avril 1977, c'est-à-dire :

-décider des dérogations au cahier général des charges,
-décider de traiter à prix provisoires ou à remboursement,
-imposer le contrôle des prix,
-prévoir l'octroi d'avances".

*

L'article 2 du projet ayant trait aux délégations relatives aux actes préalables à la conclusion du marché, le § 3 ne doit pas prévoir que la disposition qu'il prend est édictée "sans préjudice à l'article 2, dernier alinéa, de la loi du 14 juillet 1976 et des articles 38 et 46 de l'arrêté royal du 22 avril 1977 précité".

.../...

Ces articles, en effet, ont trait à la conclusion du marché qui fait l'objet de l'article 3 du projet.

* *

Article 3.

Au § 1er, les mots "Sans préjudice à l'article 2, dernier alinéa, de la loi du 14 juillet 1976" peuvent être omis.

*

Le Conseil d'Etat croit devoir attirer l'attention sur l'ampleur de la responsabilité qu'entraîneront des délégations de pouvoir accordées dans des limites de montants très larges (§ 1er), voire sans limites (§ 2). Dans son avis concernant le projet qui devint l'arrêté royal du 22 décembre 1964, le Conseil d'Etat avait déjà émis cette observation; elle se justifie d'autant plus dans le présent avis que le projet s'applique à tous les marchés publics.

*

Article 4.

Le début de l'article 4, alinéa 1er, devrait être rédigé comme suit :

"Par application de l'article 54 de l'arrêté royal du 22 avril 1977, les titulaires ...".

*

Article 5.

Cet article soulève une difficulté d'interprétation concernant la compétence de l'autorité déléguée. L'intention semble être d'éviter aux fonctionnaires délégués d'être placés dans l'alternative de contrevenir soit aux vues de certains organismes consultés, soit à la volonté du Ministre. Au besoin, il y aura évocation de l'affaire par le Ministre lui-même et les effets de la délégation seront paralysés.

Afin de mieux traduire cette intention, l'article 5 pourrait énoncer :

"Sont réservées au Ministre, nonobstant toute délégation éventuelle, les décisions au sujet desquelles un avis défavorable a été émis par ... (la suite comme au projet)".

Cette observation avait été formulée par le Conseil d'Etat dans son avis concernant le projet qui devint l'arrêté royal du 22 décembre 1964. Elle n'a pas été suivie laissant ainsi douteuse, l'interprétation de la disposition. S'agissant de question de compétence, il serait nécessaire que le texte soit clair.

* *

.../...

Article 6.

La loi du 14 juillet 1976 et l'arrêté royal du 22 avril 1977 entrant en vigueur le 1er janvier 1978 en vertu de l'article 58 de l'arrêté royal du 22 avril 1977, l'alinéa 1er de l'article 6 devrait être rédigé comme suit :

"Le présent arrêté entre en vigueur le 1er janvier 1978".

*

Aux termes de l'article 32 de la loi du 14 juillet 1976 relative aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services : "Le Roi fixe, par arrêté délibéré en Conseil des Ministres, la date d'entrée en vigueur de la présente loi ...".

Le Roi a exercé cette compétence en prévoyant, dans l'article 58 de l'arrêté royal du 22 avril 1977 que la loi du 14 juillet 1976 entre en vigueur le 1er janvier 1978. Cette disposition est assortie d'une règle transitoire rédigée comme suit :

"Toutefois, les marchés annoncés avant cette date restent régis par les lois et règlements en vigueur au moment de la publication des avis".

En disposant que "les autorités déléguées en vertu du présent arrêté seront compétentes même en ce qui concerne la conclusion de marchés annoncés avant la date à laquelle leur délégation prend cours et en ce qui concerne les

marchés conclus avant cette date", l'article 6, alinéa 2 du projet déroge à l'article 58, alinéa 2, de l'arrêté royal du 22 avril 1977 et devrait, dès lors, faire l'objet d'un arrêté délibéré en Conseil des Ministres pour obéir au prescrit de l'article 32 de la loi du 14 juillet 1976.

De kamer was samengesteld uit

de Heren : F. REMION, kamervoorzitters,
J. SAROT, présidents de chambre,

F. DEBAEDTS, staatsraad,
conseiller d'Etat,

G. VAN HECKE, bijzitters van de afdeling wetgeving,
R. PIRSON, assesseurs de la section de législation,

R. VAN HAECKE, hoofdgriffier,
greffier en chef,

De overeenstemming tussen de Nederlandse en de Franse tekst werd nagezien onder toezicht van de H. F. DEBAEDTS.
Het verslag werd uitgebracht door de H. E. FALMAGNE, auditeur.

La concordance entre la version néerlandaise et la version française a été vérifiée sous le contrôle de M. F. DEBAEDTS.
Le rapport a été présenté par M. E. FALMAGNE, auditeur.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER,

R. VAN HAECKE.

DE VOORZITTER - LE PRESIDENT,

F. REMION.