

KONINKRIJK BELGIE

ROYAUME DE BELGIQUE

ADVIES VAN DE RAAD VAN STATE

AVIS DU CONSEIL D'ETAT

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, eerste vakantiekamer, op 29 juli 1997 door de Minister van Vervoer verzocht hem van advies te dienen over een ontwerp van koninklijk besluit "betreffende de toegang van de Commissie voor erkenning der aannemers tot bepaalde officiële gegevens die noodzakelijk zijn voor de vervulling van haar opdracht", heeft op 10 september 1998 het volgende advies gegeven :

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, première chambre des vacations, saisi par le Ministre des Transports, le 29 juillet 1997, d'une demande d'avis sur un projet d'arrêté royal "relatif à l'accès de la Commission d'agrément des entrepreneurs à certaines données officielles nécessaires à l'accomplissement de la mission", a donné le 10 septembre 1998 l'avis suivant :

STREKKING EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

Artikel 4, § 1, 7°, van de wet van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken bepaalt dat om een erkenning te verkrijgen, de aannemer aan zijn sociale en fiscale verplichtingen moet hebben voldaan. Het behoort tot de opdracht van de Commissie voor erkenning der aannemers om aan de gewestregering advies te geven betreffende aanvragen tot erkenning en tot voorlopige erkenning, en betreffende alle herzieningen van een erkenning (artikel 14, a). Met het oog op het eventueel herzien van een erkenning of de klasseverlaging of de schorsing van een erkenning, kan de Commissie inlichtingen inwinnen en dossiers samenstellen (artikel 14, b).

Teneinde de Commissie in staat te stellen deze laatste opdracht te vervullen, bepaalt artikel 16 van de wet dat zij "... volgens de modaliteiten door de Koning bij in Ministerraad overlegd besluit bepaald, rechtstreeks of op eenvoudig verzoek toegang (heeft) tot de officiële gegevens die noodzakelijk zijn voor de vervulling van haar opdracht, ...". Het voorliggende ontwerp wil aan deze bepaling uitvoering geven (1).

(1) Het ontwerp bestaat grotendeels uit een overname van de bepalingen van het koninklijk besluit van 17 december 1985 tot wijziging van het koninklijk besluit van 9 augustus 1982 betreffende de toepassingsmaatregelen van de besluitwet van 3 februari 1947 houdende regeling van de erkenning der aannemers.

ONDERZOEK VAN DE TEKSTArtikel 1

De zinsnede na het tweede gedachtenstreepje in het tweede lid, en meer bepaald de woorden "voor zover de werkgever er uitdrukkelijk de aanvraag van heeft ingediend" beduidt, volgens de gemachtigde van de regering, dat de betrokken aannemer "de door de RSZ ingestelde geëigende en formele procedure tot betwisting dient te hebben gevolgd". M.a.w. wordt ervan uitgegaan dat bij het beoordelen of de voorwaarde van artikel 4, § 1, 7°, van de wet vervuld is, rekening kan worden gehouden met het bestaan van een betwisting nopens het verschuldigd zijn of nopens het bedrag van de geëiste socialezekerheidsbijdragen, doch dat het daarbij niet volstaat dat de werkgever zich niet akkoord heeft verklaard met de vordering van de RSZ : hij moet ze formeel volgens de geëigende weg bij de administratie of de rechtbank betwist hebben. Alleen in dat geval moet de RSZ van die betwisting mededeling doen aan de Commissie.

Het tweede lid zou dan ook eenvoudiger als volgt kunnen worden geformuleerd :

"De Rijksdienst voor Sociale Zekerheid vermeldt :

- per kwartaal het bedrag van de schuldvordering (1) inzake bijdragen en dit zelfs indien er voor die bijdragen een aanzuiveringsplan bestaat;

(1) In het Nederlands is "schuldvordering" duidelijker dan "vordering" en stemt het beter overeen met het Frans "créance".

- in voorkomend geval, of de betrokken schuldvordering (1) het voorwerp uitmaakt van een formele betwisting."

Artikel 2

De redenen die ten grondslag liggen aan de vermelding in artikel 1, tweede lid, tweede streepje, van een eventuele betwisting aangaande de schuldvordering, gelden eveneens voor de BTW. Men vulle het tweede lid van artikel 2 dan ook aan met de volgende zin :

"In voorkomend geval vermeldt hij of de betrokken schuldvordering (2) het voorwerp uitmaakt van een formele betwisting."

Artikel 3

Artikel 3 van het ontwerp legt aan de erkende aannemers die in een andere lidstaat van de Europese Unie gevestigd zijn de verplichting op om geregeld een getuigschrift over te leggen, afgegeven door de in hun land bevoegde instantie, waaruit blijkt dat zij voldoen aan hun verplichtingen inzake betaling van de socialezeker-

(1) Het verdient aanbeveling een eenvormige terminologie te hanteren.

(2) Het verdient ook hier aanbeveling een eenvormige terminologie te hanteren.

heidsbijdragen (1) en de BTW. Het betreft hier dus officiële gegevens, welke de Commissie echter niet bij een officiële instantie opvraagt, maar die door toedoen van de betrokkene moeten worden verstrekt. Volgens de gemachtigde van de regering is deze wijze van controle noodzakelijk gebleken omdat de officiële instanties van de lidstaten elke medewerking aan de naleving van de Belgische wetgeving weigeren.

De vraag kan echter rijzen of het de Belgische overheden toekomt erop toe te zien dat aannemers ressorterend onder een andere lidstaat van de Europese Unie aldaar aan bepaalde wettelijke verplichtingen opgelegd door die lidstaat hebben voldaan en, zo ja, of van die aannemers kan worden verlangd dat zij het bewijs daarvan leveren op bepaalde wijze, verschillend van die welke voor de Belgische aannemers geldt.

Richtlijn 93/37/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken regelt zowel het geval van aannemers die, zonder aldaar erkend te zijn, in een andere lidstaat deelnemen aan een overheidsopdracht, als het geval waarin zij er op een officiële lijst van erkende aannemers worden ingeschreven.

(1) De Nederlandse en de Franse tekst zijn op dit stuk niet eensluidend : in de Nederlandse tekst is geen sprake van (de verplichtingen ten aanzien van de betaling van) de socialezekerheidsbijdragen. Vermoed kan worden dat de Franse tekst de juiste is, zodat de Nederlandse tekst dient te worden aangevuld.

De in een der lidstaten gevestigde aannemer moet niet noodzakelijk erkend zijn in een andere lidstaat om aldaar voor overheidsopdrachten te kunnen meedingen. Wel kan van hem worden gevergd dat hij aan bepaalde voorwaarden voldoet. Aldus bepaalt artikel 24, eerste alinea, van de voornoemde richtlijn dat van deelneming aan een opdracht kan worden uitgesloten, iedere aannemer die niet aan zijn verplichtingen heeft voldaan ten aanzien van de betaling van, onder meer, de socialeverzekeringsbijdragen en zijn belastingen, beide "overeenkomstig de wettelijke bepalingen van het land waar hij gevestigd is of van het land van de aanbestedende dienst" (artikel 24, eerste alinea, e) en f)). Het bewijs daarvan wordt geleverd door een door de bevoegde instantie afgegeven getuigschrift of, indien het niet door het betrokken land wordt afgegeven, door een verklaring onder ede of desgevallend door een plechtige verklaring.

Als een lidstaat voorziet in een systeem van inschrijving van erkende aannemers op een lijst, aangelegenheid geregeld door artikel 29 van de voormelde richtlijn, is hij niet verplicht de hiervoren genoemde voorwaarden van artikel 24, eerste alinea, e) en f), van de richtlijn als erkenningsvoorwaarden te stellen. Indien aannemers uit een andere lidstaat op de erkenningslijst opgenomen wensen te worden of moeten worden, dienen zij uiteraard wel de in de betrokken erkennende lidstaat gestelde voorwaarden te vervullen. In België gaat het dus onder meer ook om voldaan te hebben aan de verplichtingen inzake betaling van BTW en sociale bijdragen. Evenwel bepaalt artikel 29, lid 4, van de meergenoemde richtlijn dat voor die aannemers geen andere bewijzen of verklaringen kunnen worden verlangd dan van nationale aannemers, en in geen geval andere dan die welke in - onder meer - artikel 24 zijn vermeld.

.../...

Toegepast op voorliggend ontwerp zou dat laatste strikt genomen betekenen, eensdeels, dat van aannemers uit andere lidstaten niet kan worden verlangd dat zij getuigschriften overleggen tot bewijs van de betaling van sociale bijdragen en BTW in een andere lidstaat, aangezien dat bewijsmiddel niet door Belgische aannemers moet worden overgelegd, anderdeels, dat wat hen betreft geen enkel ander bewijs van die betaling kan worden geëist, aangezien dit ook niet van Belgische aannemers wordt geëist (1).

Die redenering is echter te strikt. Men dient er immers rekening mede te houden dat de mogelijkheid om rechtstreeks bij de betrokken besturen de nodige gegevens inzake sociale bijdragen en BTW op te vragen, veeleer bedoeld is als een administratieve vereenvoudiging, dit om de betrokken aannemer het telkens aanvragen van een getuigschrift te besparen en om snel te kunnen beschikken over de meest recente gegevens. Waar die directe toegang niet mogelijk is, moet hij logischerwijze vervangen kunnen worden door het overleggen van een getuigschrift door de betrokkene zelf (2).

(1) De Belgische Erkenningscommissie kan zich niet rechtstreeks tot de buitenlandse overheden belast met de inning van sociale bijdragen of BTW richten teneinde dat bewijs te verkrijgen.

(2) Het voorschrift dat aan bepaalde voorwaarden voldaan moet zijn, houdt in eerste instantie in dat het de betrokkene toekomt zulks aan te tonen, waarbij getuigschriften het meest voor de hand liggen. De rechtstreekse toegang van de Commissie tot die gegevens doet niets af van de verplichting zelf om het bedoelde bewijs te leveren.

Het is echter niet uitgesloten dat ondernemingen gevestigd in een andere lidstaat in de onmogelijkheid verkeren zich de vereiste getuigschriften aan te schaffen, eventualiteit waarmede, zoals gezien, artikel 29, lid 4, van de richtlijn expliciet rekening houdt. Die onmogelijkheid zou een ongelijkheid kunnen doen ontstaan ten nadele van de in andere lidstaten gevestigde aannemers, indien deze daardoor niet zouden kunnen bewijzen te voldoen aan een door de Belgische wet gestelde voorwaarde. Teneinde die ongelijkheid op te heffen, dient dan ook, zoals voorgeschreven door de voormelde bepaling van de richtlijn, te worden voorzien in de mogelijkheid van een verklaring onder eed of van een plechtige verklaring, ingeval het de betrokken aannemer onmogelijk is een officieel getuigschrift over te leggen.

PORTEE ET FONDEMENT LEGAL DU PROJET

L'article 4, § 1er, 7°, de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrération d'entrepreneurs de travaux dispose que pour obtenir une agrération, l'entrepreneur doit avoir satisfait à ses obligations sociales et fiscales. Il appartient à la Commission d'agrération des entrepreneurs de donner des avis au gouvernement régional concernant les demandes d'agrération et d'agrération provisoire, et concernant toutes les révisions d'une agrération (article 14, a). En vue de la révision éventuelle d'une agrération ou du déclassement ou de la suspension d'une agrération, la Commission peut recueillir des informations et établir des dossiers (article 14, b).

Afin de permettre à la Commission de remplir cette dernière mission, l'article 16 de la loi dispose que "selon les modalités prévues par le Roi par arrêté délibéré en Conseil des Ministres", elle a "directement ou sur simple demande, accès aux données officielles nécessaires à l'accomplissement de sa mission, ...". Le présent projet entend mettre en oeuvre cette disposition (1).

(1) Le projet s'inspire dans une large mesure des dispositions de l'arrêté royal du 17 décembre 1985 modifiant l'arrêté royal du 9 août 1982 relatif aux mesures d'application de l'arrêté-loi du 3 février 1947 organisant l'agrération des entrepreneurs.

EXAMEN DU TEXTE

Article 1er

Le segment de phrase suivant le deuxième tiret de l'alinéa 2, et plus particulièrement les mots "pour autant que l'employeur en ait expressément formulé la demande", signifie selon le délégué du gouvernement que l'entrepreneur concerné doit avoir suivi la procédure de contestation formelle et appropriée instaurée par l'ONSS. En d'autres termes, on considère que lorsqu'il s'agit d'évaluer si la condition prévue à l'article 4, § 1er, 7°, de la loi a été remplie, il peut être tenu compte de l'existence d'une contestation afférente à la déduction ou au montant des cotisations de sécurité sociale exigées, mais qu'à cet égard, il ne suffit pas que l'employeur ait marqué son désaccord sur la demande de l'ONSS : il doit l'avoir contestée par la voie appropriée auprès de l'administration ou devant le juge. Ce n'est que dans ce cas que l'ONSS doit faire état de cette contestation à la Commission.

L'alinéa 2 pourrait dès lors être énoncé plus simplement comme suit :

"L'office national de Sécurité sociale mentionne :

- par trimestre, le montant de la créance (1) en cotisations et ce même s'il existe pour ces cotisations un plan d'apurement;

(1) En néerlandais, le mot "schuldvordering" est plus clair que "vordering" et correspond mieux au français "créance".

- le cas échéant, si la créance en question (1) fait l'objet d'une contestation formelle."

Article 2

Les raisons qui président à la mention à l'article 1er, alinéa 2, deuxième tiret, d'une éventuelle contestation afférente à la créance, valent également pour la TVA. On complétera dès lors l'alinéa 2 de l'article 2 par la phrase suivante :

"Le cas échéant, il mentionne si la créance en question (2) fait l'objet d'une contestation formelle."

Article 3

L'article 3 du projet impose aux entrepreneurs agréés qui sont établis dans un autre Etat membre de l'Union européenne l'obligation de présenter régulièrement un certificat délivré par l'autorité compétente de leur pays, établissant qu'ils sont en règle avec leurs obligations

(1) Il est recommandé d'utiliser une terminologie uniforme.

(2) Il est ici aussi recommandé d'utiliser une terminologie uniforme.

relatives au paiement des cotisations de sécurité sociale (1) et de la TVA. Il s'agit donc ici de données officielles que la Commission ne demande cependant pas auprès d'une instance officielle, mais qui doivent être fournies par l'intéressé. Selon le délégué du gouvernement, ce mode de contrôle s'est avéré nécessaire parce que les instances officielles des Etats membres refusent de collaborer au respect de la réglementation belge.

On peut cependant se demander s'il appartient aux autorités belges de s'assurer que les entrepreneurs relevant d'un autre Etat membre de l'Union européenne, y ont rempli certaines obligations légales imposées par cet Etat membre et, si oui, si l'on peut exiger de ces entrepreneurs qu'ils en apportent la preuve d'une manière déterminée qui diffère de celle qui prévaut pour les entrepreneurs belges.

La directive 93/37/CEE du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux règle tant le cas d'entrepreneurs qui participent à un marché public dans un autre Etat membre sans y être agréés, que le cas où ils sont inscrits sur une liste officielle d'entrepreneurs agréés.

L'entrepreneur établi dans un des Etats membres ne doit pas nécessairement être agréé dans un autre Etat membre pour pouvoir y concourir pour des marchés publics. Il peut

(1) Les textes français et néerlandais ne sont pas conformes sur ce point : dans le texte néerlandais, il n'est pas fait état des (obligations relatives au paiement des) cotisations de sécurité sociale. On peut présumer que la version française est le texte correct, de sorte qu'il y a lieu de compléter la version néerlandaise.

cependant être exigé de lui qu'il remplisse certaines conditions. L'article 24, premier alinéa, de la directive précitée dispose ainsi que peut être exclu de la participation au marché tout entrepreneur qui n'est pas en règle avec ses obligations relatives au paiement des cotisations de sécurité sociale et de ses impôts et taxes, notamment, ces deux derniers points "selon les dispositions légales du pays où il est établi ou celles du pays du pouvoir adjudicateur" (article 24, premier alinéa, e) et f)). La preuve en est apportée par un certificat délivré par une autorité compétente ou, lorsqu'il n'est pas délivré par le pays concerné, par une déclaration sous serment ou, le cas échéant, par une déclaration solennelle.

Lorsqu'un Etat membre prévoit un système d'inscription des entrepreneurs agréés sur une liste, matière réglée par l'article 29 de la directive précitée, il n'est pas tenu de prescrire, à titre de conditions d'agrément, les conditions susmentionnées de l'article 24, premier alinéa, e) et f), de la directive. Lorsque des entrepreneurs d'un autre Etat membre souhaitent ou doivent figurer sur la liste d'agrément, ils sont bien entendu tenus de remplir les conditions posées par l'Etat membre concerné qui accorde l'agrément. En Belgique, il s'agit donc notamment aussi de satisfaire aux obligations relatives au paiement de la TVA et des cotisations sociales. Toutefois, l'article 29, paragraphe 4, de la directive précitée dispose que pour ces entrepreneurs, il ne peut être exigé d'autres preuves ou déclarations que celles demandées aux entrepreneurs nationaux et, en tout cas, pas d'autres que celles prévues - entre autres - à l'article 24.

.../...

Appliqué au présent projet, cette dernière disposition, à strictement parler, signifierait d'une part, qu'il ne peut être exigé des entrepreneurs d'autres Etats membres qu'ils présentent des certificats afin de prouver le paiement de cotisations sociales et de la TVA dans un autre Etat membre, étant donné que ce moyen de preuve ne doit pas être produit par les entrepreneurs belges, d'autre part, qu'en ce qui les concerne, il ne peut être exigé d'autre preuve de ce paiement dès lors que celle-ci n'est pas non plus exigée des entrepreneurs belges (1).

Ce raisonnement est cependant trop strict. En effet, il faut tenir compte du fait que la possibilité de demander directement aux administrations concernées les données nécessaires en matière de cotisations sociales et de TVA, tend plutôt à une simplification administrative, afin d'épargner à l'entrepreneur concerné les demandes systématiques de certificat et afin de pouvoir disposer rapidement des données les plus récentes. Lorsque cet accès direct n'est pas possible, il doit logiquement pouvoir être remplacé par la présentation d'un certificat par l'intéressé même (2).

(1) La Commission belge d'agrément ne peut pas s'adresser directement aux autorités étrangères chargées de la perception de cotisations sociales ou de la TVA afin d'obtenir cette preuve.

(2) La prescription selon laquelle certaines conditions doivent être remplies, implique en première instance qu'il appartient à l'intéressé de le démontrer, et à cette fin, les certificats sont les plus indiqués. L'accès direct de la Commission à ces données ne change rien à l'obligation même d'apporter la preuve visée.

Il n'est cependant pas exclu que des entreprises établies dans un autre Etat membre se trouvent dans l'impossibilité de se procurer les certificats requis, éventualité dont l'article 29, paragraphe 4, de la directive, ainsi qu'il a été constaté, tient explicitement compte. Cette impossibilité pourrait créer une inégalité au détriment des entrepreneurs établis dans d'autres Etats membres si ceux-ci, de ce fait, ne peuvent pas prouver qu'ils satisfont à une condition posée par la loi belge. Afin de supprimer cette inégalité, il y a dès lors lieu, comme le prescrit la disposition précitée de la directive, de prévoir la possibilité d'effectuer une déclaration sous serment ou une déclaration solennelle lorsqu'il est impossible à l'entrepreneur concerné de produire un certificat officiel.

De vakantiekamer was samengesteld uit

La chambre des vacations était composée de

de Heren
Messieurs

J. DE BRABANDERE,

kamervoorzitter,
président de chambre,

M. VAN DAMME,
P. LEMMENS,

staatsraden,
conseillers d'Etat,

G. SCHRANS,
E. WYMEERSCH,

assessoren van de
afdeling wetgeving,
assesseurs de la
section de législation,

Mevrouw
Madame

F. LIEVENS,

griffier,
greffier.

De overeenstemming tussen de Nederlandse en de Franse tekst werd nagezien onder toezicht van de H. J. DE BRABANDERE.

Het verslag werd uitgebracht door de H. P. DEPUYDT, auditeur. De nota van het Coördinatiebureau werd opgesteld en toegelicht door de H. W. PAS, adjunct-referendaris.

La concordance entre la version néerlandaise et la version française a été vérifiée sous le contrôle de M. J. DE BRABANDERE.

Le rapport a été présenté par M. P. DEPUYDT, auditeur. La note du Bureau de coordination a été rédigée et exposée par M. W. PAS, référendaire adjoint.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER,

DE VOORZITTER - LE PRESIDENT,

F. LIEVENS

J. DE BRABANDERE