KONINKRIJK BELGIE.

ROYAUME DE BELGIQUE.

ADVIES VAN DE RAAD VAN STATE.

AVIS DU CONSEIL D'ETAT.

De RAAD VAN STATE, afdelin wetgeving, eerste kamer, de 9e november 1973 door de Minister van Openbare Werken verzocht hem van advies te dienen over een ontwerp van koninklijk besluit, "tot wijziging van de besluitwet van 3 februari 1947 houdende regeling van de erkenning der aanemers", heeft de 13e december 1973 het volgend advies gegeven :

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, première chambre, saisi par le Ministre des Travaux publics le 9 novembre 1973, d'une demande d'avis sur un projet d'arrêté royal "modifiant l'arrêté-loi du 3 février 1947 organisant l'agréation des entrepreneurs", a donné le 13 décembre 1973 l'avis suivant :

I. INLEIDENDE OPMERKINGEN.

I. De wet van 20 juli 1973 heeft aan de Koning de macht toegekend om inzake overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, leveringen en diensten, bij een in Ministerraad overlegd besluit, alle vereiste maatregelen te treffen ter uitvoering van de verplichtingen die voortvloeien uit het E.E.G.-Verdrag en de krachtens dit verdrag genomen internationale besluiten. Met toepassing van die wet wil dit ontwerp de besluitwet van 3 februari 1947 houdende regeling van de erkenning der aannemers wijzigen ten einde haar bepalingen in overeenstemming te brengen met de verplichtingen die bij de richtlijnen nr. 71/304/E.E.G. en nr. 71/305/E.E.G. van 26 juli 1971 aan de Lid-Staten zijn opgelegd.

Zoals uit een opmerking bij artikel 2 van het ontwerp zal blijken is de machtsoverdracht, die in de wet van 20 juli 1973 vervat is, beperkt tot het nemen van maatregelen waartoe België door of krachtens het E.E.G.-Verdrag verplicht is. Bij afwezigheid van een zodanige verplichting, kan de Koning niet in de plaats van de wetgever optreden.

II. De besluitwet van 3 februari 1947 is genomen op de voordracht van de Minister van Openbare Werken. Zij werd niettemin door alle Ministers medeondertekend. Dat in acht genomen en ermee rekening houdende dat de nieuwe regels zich tot alle departementen kunnen richten, lijkt het aanbevelingswaardig ook de andere Ministers, minstens de Eerste Minister bij de voordracht van dit ontwerp te betrekken.

.../...

III. Het ontwerp omvat maar een deel van de wijzigingen die ingevolge de richtlijnen van 26 juli 1971 aan de Belgische Wetgeving zullen moeten worden aangebracht. Naast de besluitwet van 3 februari 1947 zullen ook het koninklijk besluit nr. 204 van 1 oktober 1935 en het koninklijk besluit van 14 oktober 1964 aan de inhoud van de richtlijnen dienen te worden aangepast.

II. ONDERZOEK VAN DE TEKST.

Aanhef.

De wet van 20 juli 1973 waarnaar in het vijfde lid van de aanhef wordt verwezen, is de rechtsgrond van dit ontwerp. Het past die verwijzing vooraan te stellen.

De verwijzing naar de besluitwet van 3 februari 1947 worde aangevuld als volgt : "... gewijzigd bij de wet van 4 maart 1964".

Voor de verwijzing naar het E.E.G.-Verdrag verdient de gebruikelijke formule aanbeveling : "Gelet op het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap, goedgekeurd bij de wet van 2 december 1957".

In het zesde lid volstaat het te schrijven : "Gelet op het advies van de Commissie voor overheidsopdrachten". Bedoelde Commissie is trouwens opgericht bij een koninklijk besluit van 14 december 1960 en niet bij een koninklijk besluit van 14 oktober 1960 zoals verkeerdelijk in het ontwerp is vermeld.

.../...

In de Nederlandse tekst van het voordrachtsformulier schrijve men "... en op het advies van Onze in Raad vergaderde Ministers".

In de Franse tekst van hetzelfde formulier schrijve men : "... et de l'avis de nos Ministres ...".

Artikel 1.

Vermits artikel 1 van de besluitwet van 3 februari 1947 door de wet van 4 maart 1963 is gewijzigd vervange men de inleidende zin van artikel 1 als volgt, onder voorbehoud van hetgeen verder is uiteengezet omtrent de aanvulling van hetzelfde artikel 1 :

"Artikel 1.-

Artikel 1, A, van de besluitwet van 3 februari 1947 houdende regeling van de erkenning der aannemers, gewijzigd bij de wet van 4 maart 1963 ...".

In 1° van hetzelfde artikel vervange men "of de nationaliteit hebben van een andere Lid-Staat ..." door de woorden "of uit hoofde van hun nationaliteit ressorteren onder een andere Lid-Staat ...".

Het 2° van hetzelfde artikel stelle men als volgt :

"2° ingeschreven zijn in het handelsregister of in het beroepsregister volgens de eisen van de wetgeving van de Lid-Staat waar zij zijn gevestigd;".

.../...

Het 3° splitse men als volgt :

"3° niet in staat van faillissement verkeren noch onderwerp zijn van een procedure tot faillietverklaring of soortgelijke;

4° van de deelneming aan de opdrachten en aanbestedingen van de Staat niet zijn uitgesloten op grond van de bepalingen van artikel 6 van deze besluitwet;".

*

* *

Bij de voorbereiding van het ontwerp is, volgens de gemachtigde ambtenaar, het bepaalde in artikel 28, 3. van eerdervermelde richtlijn nr. 71/305/E.E.G. over het hoofd gezien, naar luid waarvan, waar officiële lijsten van erkende aannemers in een Lid-Staat bestaan, de door de bevoegde autoriteiten bevestigde inschrijving op een dergelijke lijst, jegens de andere Lid-Staten in de zin van de artikelen 23, a) tot en met d) en g), 24, 25, b) en c), 26, b) en d), een vermoeden van geschiktheid vormt voor de werken die met de classificatie van de aannemer op de lijst overeenkomen.

In deze leemte kan worden verholpen door artikel 1 van de besluitwet van 3 februari 1947 aan te vullen met een littera C, te stellen als volgt :

"C. De inschrijving op de officiële lijst van de erkende aannemers in een Lid-Staat van de Europese Gemeenschappen geldt als erkenning als bedoeld in B, voor de werken die de aannemer op grond van zijn inschrijving in het land van vestiging mag uitvoeren".

.../...

Indien de Regering deze aanbeveling bijtreedt, zou artikel 1 van het ontwerp als volgt luiden :

"Artikel 1.-

In artikel 1 van de besluitwet van 3 februari 1947 houdende regeling van de erkenning der aannemers, gewijzigd bij de wet van 4 maart 1963, worden de volgende wijzigingen aangebracht :

1. het bepaalde onder A wordt vervangen door de volgende tekst :

"De uitvoering ... (zie ontwerp en vorengenoemde opmerkingen)";

2. het artikel wordt aangevuld met de volgende bepaling :

"C. De inschrijving ...".

Artikel 2.

In de Nederlandse versie van de inleidende zin leze men : "Artikel 6 van ...". Verder schrijve men telkens in §§ 1 en 2 van het nieuwe artikel 6 "opgelegd worden" in plaats van "gelast worden".

*

* *

Artikel 2, zoals het door de gemachtigde ambtenaar is toegelicht, wil artikel 6 van de besluitwet in overeenstemming brengen met het bepaalde in artikel 23 van de richtlijn nr. 71/305/E.E.G. waarin de redenen zijn opgesomd waarom een aannemer van deelneming aan een overheidsaanbesteding kan worden uitgesloten.

/

Artikel 6 dat tot dusver in één lijst de redenen opsomt waarom klasseverlaging, schorsing en intrekking van erkenning, tijdelijke of definitieve uitsluiting van deelneming aan de door de Staat uitgeschreven, gefinancierde of gesubsidieerde opdrachten kunnen worden opgelegd (eerste lid) en vervolgens de regelen vaststelt die bij de totstandkoming van die beslissingen moeten gevolgd worden (tweede en derde lid), wordt thans met dit ontwerp, in drie paragrafen gesplitst :

- § 1. omvat de redenen tot klasseverlaging of tot schorsing van de erkenning;
- § 2. omvat de redenen tot intrekking van de erkenning of tot tijdelijke of definitieve uitsluiting van deelneming aan overheidsopdrachten;
- § 3. betreft de procedureregeling.

In de opvatting van de stellers van het ontwerp, zijn klasseverlaging en schorsing van erkenning - in tegenstelling met intrekking van erkenning - geen vorm van uitsluiting van deelneming aan een overheidsaanbesteding in de betekenis van artikel 23 van de richtlijn nr. 71/305/E.E.G. De redenen opgesomd in de thans geldende tekst van artikel 6, eerste lid, kunnen dus voor het nemen van die maatregelen worden behouden.

De redenen tot intrekking van erkenning of tot tijdelijke of definitieve uitsluiting van deelneming aan overheidsopdrachten dienen daarentegen noodzakelijker wijze overeen te stemmen met die welke in artikel 23 van de richtlijn zijn opgesomd.

.../...

Bij de lezing van artikel 6, § 1, in het ontwerp, stelt men evenwel vast dat de redenen opgesomd in d) en e) in de vigerende tekst van artikel 6 van de besluitwet niet voorkomen.

Wanneer klasseverlaging en schorsing van intrekking niet als vormen van uitsluiting in de zin van artikel 23 van de richtlijn moeten worden beschouwd, dient de desbetreffende tekst van het huidig artikel 6 behouden te blijven, wil men vermijden dat aan de besluitwet wijzigingen worden gebracht die ter uitvoering van de richtlijn niet vereist zijn en dus geen rechtsgrond hebben. Staat men integendeel de mening voor dat klasseverlaging en schorsing van intrekking wel als vormen van uitsluiting in de zin van artikel 23 van eerdervermelde richtlijn moeten worden beschouwd, dan kunnen zij enkel wegens de redenen opgesomd in dat artikel 23 worden opgelegd en dient het ontwerp in die zin te worden aangepast.

*

* *

In de tekst van artikel 6, § 2, wordt gewag gemaakt van sommige rechtsinstituten die, hoewel ze in de opsomming van artikel 23 van eerdervermelde richtlijn voorkomen, in België niet bestaan en kennelijk aan het Nederlandse, respectievelijk Franse recht zijn ontleend. Hoewel deze rechtsinstituten inderdaad kunnen worden toegepast op aannemers, die hoofdens hun nationaliteit onder een andere Lid-Staat ressorteren, zijn zij evenwel reeds begrepen in de uitdrukking "dan wel in een andere soortgelijke toestand

Volgens de gemachtigde ambtenaar moet de tekst zo worden gelezen dat intrekking van erkenning kan worden opgelegd om ieder van de vijf redenen welke sub a), b), c), d) en e) zijn vermeld en tijdelijke of definitieve uitsluiting enkel om de redenen vermeld in c), d) en e).

Het past dan ook de tegenstrijdigheid weg te werken :

- door de inleidende zin van § 2, eerste lid, te stellen als volgt : "De intrekking van de erkenning kan worden opgelegd aan iedere aannemer : ";
- door het tweede lid van dezelfde paragraaf te vervangen door volgende tekst :

"De uitsluiting van deelneming aan de door de Staat uitgeschreven, gefinancierde of gesubsidieerde opdrachten kan enkel worden opgelegd om de redenen die sub c), d) en e) van het voorgaande lid zijn vermeld".

*

* *

Omwille van de overeenstemming met de Nederlandse tekst schrijve men in fine van de Franse tekst van artikel 6, § 3, eerste lid, : "... d'une des sanctions administratives prévues aux paragraphes 1er et 2".

I. OBSERVATIONS LIMINAIRES.

I. La loi du 20 juillet 1973 a conféré au Roi le pouvoir de prendre, en matière de marchés publics de travaux, de fournitures et de services, par arrêté délibéré en Conseil des Ministres, toute mesure nécessaire pour assurer l'exécution des obligations résultant du Traité instituant la C.E.E. ainsi que des actes internationaux pris en verti de celui-ci. En application de cette loi l'arrêté projeté modifie l'arrêté-loi du 3 février 1947 organisant l'agréation des entrepreneurs, afin d'en mettre les dispositions en concordance avec les obligations que font aux Etats membres les directives n° 71/304/C.E.E. et n° 71/305/ C.E.E. du 26 juillet 1971.

Ainsi qu'une observation formulée à propos de l'article 2 du projet le fera ressortir, la délégation de pouvoir prévue par la loi du 20 juillet 1973 est limitée aux mesures auxquelles la Belgique est tenue par le Traité instituant la C.E.E. ou en vertu de ce Traité. A défaut d'une obligation de l'espèce, le Roi ne peut pas se substituer au législateur.

II. Pris sur la proposition du Ministre des Travaux publics, l'arrêté-loi du 3 février 1947 est néanmoins contresigné par tous les Ministres. Cela étant,

.../...

et compte tenu du fait que les nouvelles règles peuvent s'adresser à tous les départements, il apparaît indiqué que le présent projet soit, de même, pris sur la proposition conjointe du Ministre des Travaux publics et des autres Ministres, à tout le moins du Premier Ministre.

III. Le projet n'opère qu'une partie des modifications que la législation belge doit subir à la suite des directives du 26 juillet 1971. Après l'arrêté-loi du 3 février 1947, il importera d'adapter aussi l'arrêté royal n° 204 du 1er octobre 1935 et l'arrêté royal du 14 octobre 1964 à la teneur des directives précitées.

II. EXAMEN DU TEXTE.

Préambule.

La loi du 20 juillet 1973 à laquelle se réfère l'alinéa 5 du préambule constitue le fondement légal du présent projet. Il convient de placer cette référence en tête.

Il y a lieu de compléter la mention de l'arrêté-loi du 3 février 1947 par la précision : "..., modifié par la loi du 4 mars 1964".

.../...

Pour la référence au Traité de la C.E.E., il est recommandé d'utiliser la formule habituelle : "Vu le Traité instituant la Communauté économique européenne, approuvé par la loi du 2 décembre 1957".

A l'alinéa 6 il suffit d'écrire : "Vu l'avis de la Commission des marchés publics". Cette commission, d'ailleurs, a été instituée par un arrêté royal du 14 décembre 1960 et non pas par un arrêté royal du 14 octobre 1960 ainsi que le mentionne erronément le projet.

Dans le proposant il convient d'écrire : "... et de l'avis de Nos Ministres ...", et dans la version néerlandaise : "... en op het advies van Onze in Raad vergaderde Ministers".

Article 1er.

L'article 1er de l'arrêté-loi du 3 février 1947 ayant été modifié par la loi du 4 mars 1963, et sous réserve de ce qui sera dit plus loin sur l'opportunité de compléter ce même article, il est proposé de remplacer la phrase liminaire de la manière suivante:

"Article 1er.-

L'article 1er, A, de l'arrêté-loi du 3 février 1947 organisant l'agréation des entrepreneurs, modifié par la loi du 4 mars 1963 ...".

.../...

Au 1° de ce même article on remplacera "ou avoir la nationalité d'un autre Etat membre ..." par les mots "ou relever, du chef de leur nationalité, d'un autre Etat membre ...".

Il convient de rédiger le 2° du même article comme ci-dessous :

"2° être inscrits au registre du commerce ou au registre professionnel dans les conditions prévues par la législation de l'Etat membre où ils sont établis;".

Le 3° gagnerait à être scindé comme suit :

"3° ne pas se trouver en état de faillite ni faire l'objet d'une procédure de déclaration de faillite ou de toute autre procédure de même nature;

4° ne pas être exclus des marchés et adjudications de l'Etat, par application des dispositions de l'article 6 du présent arrêté-loi".

*

* *

Elaborant le projet ses auteurs ont perdu de vue aux dires du fonctionnaire délégué, la disposition de l'article 28, 3. de la directive précitée n° 71/305/C.E.E. selon laquelle dans les Etats membres qui ont, des listes officielles d'entrepreneurs agréés, l'inscription certifiée par les autorités compétentes sur une telle liste constitue à l'égard des autres Etats membres une

.../...

présomption d'aptitude au sens des articles 23, a) à d) et g), 24, 25, b) et c), 26, b) et d), pour les travaux correspondant au classement de cet entrepreneur sur la liste.

Pour remédier à cette lacune il suffit de compléter l'article 1er de l'arrêté-loi du 3 février 1947 par un littera C à rédiger comme ci-après :

"C. L'inscription sur la liste officielle des entrepreneurs agréés d'un Etat membre de la Communauté européenne vaut agréation, comme prévue au B, pour les travaux qu'en vertu de son inscription l'entrepreneur est autorisé à exécuter dans le pays où il est établi".

Si cette suggestion est adoptée, l'article 1er du projet se présentera comme suit :

"Article 1er.-

Les modifications suivantes sont apportées à l'article 1er de l'arrêté-loi du 3 février 1947 organisant l'agréation des entrepreneurs, modifié par la loi du 4 mars 1963 :

1. la disposition sous A est remplacée par le texte suivant :

"L'exécution ...(voir projet et observations faites ci-dessus)";

2. l'article est complété par la disposition suivante :

"C. L'inscription ...".

.../...

Article 2.

Dans la version néerlandaise de la phrase liminaire, il faut lire : "Artikel 6 van ...". En outre, dans la version néerlandaise des §§ 1 et 2 du nouvel article 6 il est plus correct de dire "opgelegd worden" au lieu de "gelast worden".

*

* *

L'article 2, d'après les commentaires du fonctionnaire délégué, entend mettre l'article 6 de l'arrêté-loi en concordance avec la disposition de l'article 23 de la directive n° 71/305/C.E.E. qui énumère les raisons pour lesquelles un entrepreneur peut être exclu de la participation à un marché public.

L'article 6 qui dans sa forme actuelle, énumère dans une seule liste les motifs de déclassement, de suspension et de retrait de l'agréation, d'exclusion temporaire ou définitive des marchés offerts par l'Etat, ou financés ou subsidiés par lui (alinéa 1er), et précise ensuite les modalités de la prise des décisions (alinéas 2 et 3), est scindé dans l'actuel projet en trois paragraphes.

.../...

- le § 1. détermine les motifs de déclassement ou de suspension de l'agréation;
- le § 2. détermine les motifs de retrait de l'agréation ou d'exclusion temporaire ou définitive de la participation aux marchés publics;
- le § 3. concerne la procédure.

Dans la conception des auteurs du projet, le déclassement et la suspension de l'agréation - à l'opposé du retrait de l'agréation - ne constituent pas une forme d'exclusion de la participation à un marché public au sens de l'article 23 de la directive n° 71/305/C.E.E. Les motifs énoncés dans le texte actuellement en vigueur de l'article 6, alinéa 1er peuvent donc continuer à justifier l'application desdites mesures.

En revanche, les motifs de retrait de l'agréation ou d'exclusion temporaire ou définitive des marchés publics doivent nécessairement correspondre à ceux qu'énumère l'article 23 de la directive.

A la lecture de l'article 6, § 1er du projet, on constate cependant que les motifs cités au d) et au e) ne figurent pas dans le texte en vigueur de l'article 6 de l'arrêté-loi.

.../...

Au cas où le déclassement et la suspension du retrait ne seraient pas à considérer commes des formes d'exclusion au sens de l'article 23 de la directive, il conviendrait de maintenir le texte de l'actuel article 6 si l'on veut éviter d'apporter à l'arrêté-loi des modifications qui ne sont pas requises pour la mise en oeuvre de la directive et qui seraient par conséquent dépourvues de fondement légal. Si, au contraire, l'on estime que le déclassement et la suspension du retrait constituent effectivement des formes d'exclusion au sens de l'article 23 de la directive précitée, ils ne peuvent être ordonnés que pour les motifs énumérés par ledit article 23, le projet devant, alors être adapté en ce sens.

*

* *

Dans l'article 6, § 2, il est fait état de certaines institutions juridiques qui, tout en étant incluses dans l'énumération de l'article 23 de la directive précitée, sont inexistantes en Belgique et sont manifestement empruntées au droit néerlandais et français. Encore qu'application en puisse être faite à l'égard des entrepreneurs qui, relèvent du chef de leur nationalité, d'un autre Etat membre, ces institutions sont déjà comprises toutefois dans l'expression "ou dans toute situation analogue résultant d'une procédure de même nature existant dans les législations et réglementations nationales des Etats membres des Communautés européennes".

.../...

La mention desdites institutions peut donc être supprimée. Dans le nouveau texte de l'article 6, § 2, on écrira dès lors :

sous a) "en état de faillite, de liquidation, de concordat, de concordat judiciaire ou de cessation d'activités ou dans toute autre situation analogue ... (la suite comme au projet);

sous b) qui fait l'objet d'une procédure de déclaration de faillite, de concordat ou toute autre procédure de même nature ...(la suite comme au projet)".

*
* *

Le même § 2 recèle encore une autre imprécision. En effet, pris dans son sens littéral l'article 6, § 2, alinéa 1er, prévoit que le retrait de l'agréation, l'exclusion temporaire ou définitive des marchés offerts par l'Etat, ou financés ou subsidiés par lui, peuvent être ordonnés pour les motifs énoncés aux a), b), c), d) et e), alors qu'en vertu de l'alinéa 2 de ce même paragraphe, l'exclusion ne peut l'être que pour les motifs énoncés aux c), d) et e). Entre l'alinéa 1er et l'alinéa 2, il y a donc contradiction.

.../...

Selon le fonctionnaire délégué, le texte doit se comprendre de telle manière que le retrait de l'agréation peut être ordonné pour chacun des cinq motifs prévus aux a), b), c), d) et e), l'exclusion temporaire ou définitive uniquement pour les motifs prévus aux c), d) et e).

Pour éliminer cette contradiction, le Conseil d'Etat propose :

- de rédiger la phrase liminaire du § 2, alinéa 1er, comme suit : "Le retrait de l'agréation peut être ordonné à l'égard de tout entrepreneur : ";
- de remplacer l'alinéa 2 de ce même paragraphe par le texte ci-après :

"L'exclusion des marchés offerts par l'Etat, ou financés ou subsidiés par lui, ne peut être ordonnée que pour les motifs énoncés aux c), d) et e) de l'alinéa précédent".

*

* *

Par souci de concordance avec le texte néerlandais, il convient d'écrire à la fin du texte français de l'article 6, § 3, alinéa 1er, : "... d'une des sanctions administratives prévues aux paragraphes 1er et 2".

De kamer was samengesteld uit

de Heren : F. LEPAGE, eerste voorzitter,
Messieurs : premier président,

Ch. SMOLDERS, staatsraden,
H. COREMANS, conseillers d'Etat,

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

E. VAN VYVE, afdelingsgriffier,
greffier de section.

De overeenstemming tussen de Nederlandse en de Franse tekst werd nagezien onder toezicht van de H. Ch. SMOLDERS.
Het verslag werd uitgebracht door de H. M. GROMMEN, eerste auditeur.

La concordance entre la version néerlandaise et la version française a été vérifiée sous le contrôle de M. Ch. SMOLDERS.
Le rapport a été présenté par M. M. GROMMEN, premier auditeur.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER,

E. VAN VYVE.

DE VOORZITTER - LE PRESIDENT,

F. LEPAGE.