ROYAUME DE BELGIQUE.

AVIS DU CONSEIL D'ETAT.

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, deuxième chambre des vacations, saisi par le Vice-Premier Ministre et Ministre de la Justice, le 23 juillet 1985, d'une demande d'avis sur un avant-projet de loi "concernant les contrats différés", a donné le 5 août 1985 l'avis suivant :

KONINKRIJK BELGIE.

ADVIES VAN DE RAAD VAN STATE.

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, tweede vakantiekamer, de 23e juli 1985 door de Vice-Eerste Minister en Minister van Justitie verzocht hem van advies te dienen over een voorontwerp van wet "betreffende de uitgestelde contracten", heeft de 5e augustus 1985 het volgend advies gegeven :

OBSERVATION PREALABLE.

L'avant-projet de loi concernant les contrats différés, actuellement soumis au Conseil d'Etat, est, dans une large mesure, la reproduction d'un texte que le Conseil d'Etat avait proposé dans son avis L. 12.731/2 donné le 15 décembre 1976 à propos d'un avant-projet précédent.

Comme le présent avant-projet se borne à apporter quelques modifications au texte proposé dans l'avis précité, seules ces modifications seront, en principe, examinées dans le présent avis.

EXAMEN DU TEXTE.

Article ler.

1. Dans le texte correspondant à l'alinéa 2, le précédent projet énumérait les personnes de droit public qu'il visait. La présente formule est plus large. La modification peut être approuvée. La fin de l'alinéa gagnerait, toutefois, à être rédigée comme suit : "... de même que tout autre organisme ou toute autre personne assurant un service public et désignés à ce titre par le Roi".

2. La question se pose de savoir si l'article ler, alinéa 2, de la loi en projet peut rendre celle-ci applicable aux Communautés et aux Régions, ces dernières étant incontestablement des personnes de droit public.

Il n'est pas exclu que dans les matières pour lesquelles elles sont compétentes, les Communautés et les Régions puissent trouver avantage à conclure des contrats différés. Ces contrats devraient, être conclus à l'intervention d'un Ministre national pour bénéficier de la loi en projet, et la détermination du prix des travaux, des fournitures ou des services, pourrait devoir être faite, en vertu de l'article 5 du projet, par le Ministre qui a les affaires économiques dans ses attributions.

Il n'y a pas d'objection à ce que les Communautés et les Régions soient soumises, en cette matière, au même régime que les personnes de droit public autres que l'Etat.

Il s'agit, en l'occurrence, d'une réglementation générale dérogatoire au droit commun des contrats, qui ne peut émaner à ce titre que du législateur national. Ce régime sera, d'ailleurs, facultatif pour les Communautés et pour les Régions comme pour les autres personnes de droit public.

3. Dans le projet précédent, il ressortait clairement du texte correspondant à l'alinéa 3, que celui-ci ne s'appliquait qu'aux contrats différés visés à l'alinéa 2, c'est-à-dire aux contrats conclus par des personnes de droit public autres que l'Etat ou par des personnes ou des organismes désignés par le Roi.

L'exposé des motifs confirme que cette règle est encore conforme à l'intention des auteurs du projet. Aussi le texte suivant est-il proposé :

"Toutefois, les contrats différés autres que ceux conclus par l'Etat ne sont soumis à la présente loi que moyennant l'accord du Ministre désigné par le Roi".

.../...

Article 2.

1. L'alinéa 2, qui est nouveau, serait mieux rédigé comme suit :

"La reconduction ne peut être tacite".

2. Suivant l'alinéa 3,

"En cas de modification substantielle des capacités d'exécution du contrat différé, les parties doivent adapter l'objet de la convention et ses modalités aux nouvelles conditions".

Dans son avis L. 12.731/2, déjà cité, le Conseil d'Etat avait formulé l'observation suivante :

"Le texte ... ne permet pas de déterminer si l'intention du gouvernement est simplement d'obliger les parties à négocier en vue de modifier les clauses du contrat, ou s'il entend permettre à un juge (tribunal ou arbitre) de revoir et de modifier ces clauses. Le texte doit être précisé".

Le projet actuel ne répond que partiellement à cette question. Il ne fait pas apparaître, en effet, de solution pour le cas où, tout en ayant entrepris des négociations, les parties ne seraient pas parvenues à un accord. Il semble que, dans cette éventualité, un litige surgirait qui devrait tout de même être tranché par un tribunal ou par des arbitres. Il conviendrait que, tout au moins dans l'exposé des motifs, le Gouvernement prenne position sur cette question.

3. La seule référence de l'alinéa 4 au "temps de paix" ne paraît suffisante que par rapport au "temps de guerre". Elle est peu adéquate pour les autres périodes visées à l'article 1er, alinéa 1er.

.../...

Il est proposé de rédiger l'alinéa 4 comme suit :

"Le contrat peut imposer que l'entrepreneur, le fournisseur ou le prestataire de services prenne, dès avant la période prévue pour l'exécution du contrat, toutes les mesures nécessaires à cette exécution".

Article 3.

Le dernier membre de phrase de l'alinéa 2 (la dernière phrase dans le texte français), qui énonce que les réquisitions militaires ont "priorité absolue d'exécution", est nouveau. Il résulte déjà clairement de l'alinéa 2 de l'article que le Roi ne pourrait pas établir un ordre de priorité des exécutions des contrats différés qui primerait l'exécution de réquisitions militaires. La redondance qui s'ensuit, jointe à la généralité de la formulation du dernier membre de phrase de l'alinéa 2, risque de donner à celui-ci un caractère absolu dépassant la portée de la loi en projet. Il est, dès lors, suggéré d'omettre les mots "ces dernières ayant priorité absolue d'exécution".

Article 5.

A l'alinéa 2, les mots "et de la situation du marché" sont nouveaux. Ils ne permettent pas de déterminer - et l'exposé des motifs ne le permet pas davantage - si cette situation doit ou non être appréciée au moment de la livraison des biens ou de l'accomplissement des travaux. L'affirmative semblerait logique puisque c'est à ce moment que le prix est déterminé.

Toutefois, selon l'article 2, alinéa 4, l'entrepreneur peut être tenu de prendre "dès le temps de paix toutes les mesures nécessaires" à l'exécution du contrat différé. Tel sera le cas lorsqu'il devra constituer des stocks.

Un doute peut donc surgir quant à la portée des mots ajoutés.

Il se recommanderait que ce doute soit levé, au moins dans l'exposé des motifs.

Article 7.

L'article est rédigé comme suit :

> "L'entrepreneur, le fournisseur ou le prestataire de services qui recourt à des sous-traitants en vue de satisfaire à ses obligations résultant d'un contrat différé, veille à tenir compte, lors de la conclusion des contrats avec les sous-traitants, des caractères spécifiques du contrat différé".

L'expression "l'entrepreneur ... veille à tenir compte ..." n'est guère précise. L'exposé des motifs l'est davantage : "Ils doivent indiquer aux sous-traitants qu'ils devront eux aussi donner priorité à l'exécution des contrats différés, ce sur base de l'article 3". Telle devrait donc être l'obligation imposée par la loi à l'entrepreneur ou au fournisseur qui contracte avec des sous-traitants. Un manquement à cette obligation précise pourrait alors engager la responsabilité contractuelle de l'entrepreneur, du fournisseur ou du prestataire de services.

.../...

Article 9.

Il ressort de l'alinéa 2 que, malgré l'abrogation de la loi du 5 mars 1935, les contrats conclus sous le régime de cette loi demeurent soumis à ses dispositions. Il faut supposer qu'ils ne le demeureront que jusqu'à la date normale de leur expiration.

VOORAFGAANDE OPMERKING.

Het voorontwerp van wet betreffende de uitgestelde contracten dat thans aan de Raad van State is voorgelegd, neemt grotendeels een tekst over die de Raad van State voorgesteld had in het advies L. 12.731/2 dat hij op 15 december 1976 naar aanleiding van een vorig voorontwerp had gegeven.

Aangezien het thans aan de orde zijnde voorontwerp zich bepaalt tot het aanbrengen van enige wijzigingen in de tekst die in het voormelde advies was voorgesteld, worden in het onderhavige advies in beginsel alleen die wijzigingen onderzocht.

ONDERZOEK VAN DE TEKST.

Artikel 1.

1. Het voorgaande ontwerp noemde in de tekst die overeenkomt met het tweede lid de publiekrechtelijke personen op die het op het oog had. De onderhavige formule is ruimer. Die wijziging kan worden aanvaard. Het zou evenwel beter zijn het einde van het lid als volgt te redigeren : "... alsook alle andere instellingen of alle andere personen die een openbare dienst voorzien en als zodanig door de Koning zijn aangewezen".

2. De vraag rijst of artikel 1, tweede lid, van de ontworpen wet deze mede toepasselijk kan maken op de Gemeenschappen en de Gewesten, want dat zijn ontegenzeggelijk publiekrechtelijke personen.

Het is niet uitgesloten dat de Gemeenschappen en de Gewesten in de aangelegenheden waarvoor zij bevoegd zijn, er voordeel bij kunnen hebben uitgestelde contracten te sluiten. Die contracten zouden, om in aanmerking te komen

voor het wetsontwerp, door toedoen van een nationaal minister gesloten moeten worden en krachtens artikel 5 van het ontwerp zou de vaststelling van de prijs van de werken, de leveringen of de diensten wel eens moeten geschieden door de Minister tot wiens bevoegdheid de economische zaken behoren.

Er is niets op tegen dat voor de Gemeenschappen en de Gewesten in dezen dezelfde regeling zou gelden als voor de publiekrechtelijke personen die niet de Staat zijn.

Het gaat in casu om een algemene regeling die afwijkt van het gemeen recht inzake contracten, een regeling die als zodanig slechts van de nationale wetgever kan uitgaan. Die regeling zal voor de Gemeenschappen en de Gewesten evenals voor de overige publiekrechtelijke personen trouwens facultatief zijn.

3. In het voorgaande ontwerp bleek uit de tekst die met het derde lid overeenkomt duidelijk dat deze slechts voor de in het tweede lid bedoelde uitgestelde contracten gold, dit wil zeggen voor de contracten die gesloten worden door publiekrechtelijke personen welke niet de Staat zijn of door personen of instellingen die de Koning heeft aangewezen.

De memorie van toelichting bevestigt dat dit voorschrift ook nu nog overeenkomt met de bedoeling van de makers van het ontwerp. De volgende tekst wordt dan ook voorgesteld :

"Op de uitgestelde contracten die niet gesloten worden door de Staat is deze wet evenwel slechts toepasselijk mits de door de Koning aangewezen Minister zijn instemming betuigt".

.../...

Artikel 2.

1. Het zou beter zijn het tweede lid, dat nieuw is, als volgt te redigeren :

"De verlenging mag niet stilzwijgend zijn".

2. Het derde lid luidt aldus :

"Indien de uitvoeringsmogelijkheden van een uitgesteld contract aanzienlijk zijn gewijzigd, moeten de partijen de inhoud en de uitvoeringsbepalingen van de overeenkomst aan de nieuwe toestand aanpassen".

De Raad van State had in zijn reeds aangehaalde advies L. 12.731/2 de volgende opmerking gemaakt :

"Uit de tekst ... kan niet worden opgemaakt of de Regering de partijen gewoon wil verplichten te onderhandelen met het oog op het wijzigen van de bepalingen van het contract dan wel of zij een rechter (rechtbank of scheidsman) wil belasten met de herziening en de wijziging van die bepalingen. De tekst moet worden verduidelijkt".

Het huidige ontwerp geeft maar een gedeeltelijk antwoord op die vraag. Het biedt immers geen oplossing voor het geval dat de partijen, ook al hebben ze onderhandelingen gevoerd, niet tot overeenstemming zouden zijn gekomen. Het laat zich aanzien dat er in zo'n geval een geschil zou ontstaan dat toch door een rechtbank of door scheidslieden beslecht zou moeten worden. De Regering zou, op zijn minst in de memorie van toelichting, dienaangaande een standpunt moeten bepalen.

3. De ene verwijzing naar "vredestijd" in het vierde lid lijkt slechts op te gaan in verhouding tot "oorlogstijd". Voor de overige, in artikel 1, eerste lid, bedoelde tijden is die verwijzing weinig relevant.

.../...

Er wordt voorgesteld het vierde lid als volgt te redigeren :

"Het contract kan voorschrijven dat de aannemer, de leverancier of hij die de diensten verleent, nog vóór de met het oog op de uitvoering van het contract bepaalde periode, alle maatregelen moet nemen die voor die uitvoering nodig zijn".

Artikel 3.

De laatste zin (het laatste zinsdeel in de Franse tekst) van het tweede lid, naar luid waarvan de militaire opvorderingen "met volstrekte voorrang (moeten) worden uitgevoerd", is nieuw. Dat de Koning voor de uitvoering van de uitgestelde contracten geen voorrangsregeling vermag te bepalen die zou prevaleren op de uitvoering van militaire opvorderingen, blijkt reeds duidelijk uit de eerste zin van het tweede lid. Door de redundantie die aldus ontstaat en mede door de volstrekt algemene formulering welke aan de laatste zin van het tweede lid is gegeven, zou dat lid wel eens een absoluutheid kunnen krijgen die de strekking van de ontworpen wet overstijgt. Derhalve wordt voorgesteld de woorden "; laatstgenoemde opvorderingen moeten met volstrekte voorrang worden uitgevoerd" te laten vervallen.

Artikel 5.

In het tweede lid zijn de woorden "en de toestand van de markt" nieuw. Er valt aan de hand daarvan, en ook aan de hand van de memorie van toelichting, onmogelijk uit te maken of die toestand al of niet beoordeeld moet worden op het ogenblik dat de goederen worden geleverd of dat de werken zijn voltooid. Een bevestigend antwoord zou logisch lijken want het is op dat ogenblik dat de prijs wordt bepaald.

Artikel 2, vierde lid, bepaalt echter dat de aannemer verplicht kan zijn om "reeds in vredestijd alle maatregelen (te) nemen die ... nodig zijn" voor de uitvoering van het uitgestelde contract. Dat zal het geval zijn wanneer hij voorraden zal moeten aanleggen.

Er kan dus twijfel ontstaan omtrent de strekking van de toegevoegde woorden.

Het zou dan ook raadzaam zijn om deze twijfel op te heffen, op zijn minst in de memorie van toelichting.

Artikel 7.

Het artikel luidt aldus :

> "De aannemer, de leverancier of hij die diensten verleent, die een beroep doet op onderaannemers teneinde aan zijn verplichtingen uit een uitgesteld contract te kunnen voldoen, draagt er bij het sluiten van de overeenkomst met de onderaannemers zorg voor rekening te houden met de bijzondere aard van het uitgesteld contract".

De uitdrukking "de aannemer ... draagt er ... zorg voor rekening te houden ..." is nogal vaag. De memorie van toelichting is duidelijker : "Zij moeten de onderaannemer erop wijzen, dat hij eveneens voorrang zal moeten geven aan de uitvoering van de uitgestelde contracten op grond van artikel 3". Dat zou dus de verplichting moeten zijn die de wet oplegt aan de aannemer of aan de leverancier die een contract sluit met onderaannemers. Het niet nakomen van die precieze verplichting zou dan de aannemer, de leverancier of hem die diensten verleent contractueel aansprakelijk kunnen maken.

.../...

Artikel 9.

Uit het tweede lid blijkt dat niettegenstaande de opheffing van de wet van 5 maart 1935, de contracten die onder de gelding van die wet gesloten zijn, aan de bepalingen ervan onderworpen blijven. Aangenomen moet worden dat zij dat slechts blijven tot aan de datum waarop zij normaal aflopen.

La chambre était composée de

Messieurs : P. TAPIE, président de chambre,
de Heren : kamervoorzitter, voorzitter,

J. LIGOT, président de chambre,
kamervoorzitter,

J.-J. STRYCKMANS, conseiller d'Etat,
staatsraad,

F. RIGAUX,
F. DELPEREE, assesseurs de la section de législation,
assessoren van de afdeling wetgeving,

Madame : R. DEROY, greffier,
Mevrouw : griffier.

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

Le rapport a été présenté par M. M. HANOTIAU, auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst werd nagezien onder toezicht van de H. P. TAPIE.

Het verslag werd uitgebracht door de H. M. HANOTIAU, auditeur.

LE GREFFIER - DE GRIFFIER, LE PRESIDENT - DE VOORZITTER,

R. DEROY. P. TAPIE.