

ADMINISTRATION PUBLIQUE

REVUE DU DROIT PUBLIC ET DES SCIENCES ADMINISTRATIVES

PUBLIÉE AVEC LE CONCOURS DE LA FONDATION UNIVERSITAIRE DE BELGIQUE

L'AGREATION DES ENTREPRENEURS DE TRAVAUX

par

Robert ANDERSEN

Chargé de cours extraordinaire à l'Université Catholique de Louvain
Avocat au Barreau de Bruxelles

CHAPITRE Ier. INTRODUCTION.

1. Le principe de l'agrégation.

L'arrêté-loi du 3 février organise une sélection préalable des entrepreneurs admis à exécuter des travaux publics. L'on voit communément dans cette sélection un double avantage. D'abord un avantage pour le maître de l'ouvrage qui, grâce à elle, a à sa disposition un ensemble d'entrepreneurs jugés aptes à mener les travaux à bonne fin. Mais aussi avantage pour les entrepreneurs qui en font partie et qui n'ont plus, de ce fait, à subir la concurrence des autres entrepreneurs.

Pour être sélectionné, l'entrepreneur doit remplir un certain nombre de conditions générales.

De plus, et c'est par là que s'opère la sélection, il lui faut demander et obtenir une agrégation spéciale et préalable :

- si au moment de la conclusion du marché ou en cours d'exécution le montant total de tous les travaux, tant publics ou d'utilité publique que privés, exécutés simultanément par l'entrepreneur, dépasse un maximum fixé par voie d'arrêté royal ;
- si l'importance du travail à adjuger dépasse un montant également fixé par arrêté royal (article 1er de l'A.L.).

2. Le champ d'application.

L'agrégation est requise pour l'exécution des travaux offerts ou financés ou subsidiés sous quelque forme que ce soit par l'Etat ou par une autre personne de droit

public au sens de la loi du 14 juillet 1976 relative aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

Cette agrégation est exigée que l'entrepreneur soit une personne de droit privé ou une personne de droit public.

Elle n'est toutefois nécessaire que pour l'exécution des marchés publics de travaux, ce qui exclut donc les marchés publics de fournitures et de services.

Les difficultés d'ordre pratique invoquées pour expliquer cette exclusion - diversité des articles et nombre des fournisseurs - ne sont pas entièrement convaincantes. L'agrégation pourrait fort bien n'être exigée que pour certains biens ou services¹.

Applicable aux seuls marchés de travaux publics, l'agrégation est par contre requise quel que soit le mode d'attribution de ces travaux. L'agrégation n'est donc pas, comme d'aucuns pourraient se l'imaginer, exclusivement liée à la procédure de l'adjudication publique.

Ce qui est vrai est que ses avantages (ou désavantages) se manifestent le plus clairement dans ce cas. L'agrégation altère dans une certaine mesure les traits caractéristiques de l'adjudication publique qu'elle transforme en une sorte d'adjudication restreinte. Le nombre des soumissionnaires, en théorie illimité, est sensiblement réduit et si la règle du moins disant est maintenue, c'est avec cet important correctif que le prix auquel le marché est adjugé n'est pas le prix le plus bas possible, mais bien le prix le plus bas offert par un entrepreneur jugé apte à mener à bonne fin les travaux qui lui sont confiés.

¹ M.A. FLAMME, *Traité théorique et pratique des marchés publics*, Bruylant 1969, T.I., p. 329, n° 228.

CHAPITRE II LE FONDEMENT DU RÉGIME DE L'AGREATION.

3. Le double classement.

Le régime de l'agrération repose sur une idée-force : "assurer un rapport harmonieux entre l'offre de travaux et celle des entrepreneurs" (Rapport au Régent précédant l'arrêté-loi du 3 février 1947).

A cet effet, un double classement est prévu : d'une part, le classement des travaux en fonction de leur nature et de leur importance et, d'autre part, parallèlement au premier, celui des entrepreneurs en fonction de leur qualification. Il s'agit de déterminer pour les divers types de travaux les entrepreneurs aptes à les mener à bonne fin.

4. Le classement des travaux.

Les travaux sont divisés en fonction de leur nature en pas moins de 17 catégories différentes et certaines d'entre elles sont subdivisées en sous-catégories se rapportant à des travaux plus spécialisés.

Une catégorie résiduaire désignée - est-ce prémédité ? - par la lettre X est prévue pour les travaux de diverses autres spécialités à désigner ultérieurement, si le besoin s'en fait sentir².

Pour chaque catégorie ou sous-catégorie, huit classes d'importance sont prévues, qui sont définies à la fois par référence au montant maximal de chaque marché pris isolément qu'un entrepreneur peut se voir attribuer et au volume global des travaux tant publics que privés qu'il peut être admis à exécuter simultanément.

5. Le classement des entrepreneurs.

L'agrération est requise pour tous les travaux publics d'une certaine importance, c'est-à-dire actuellement lorsque leur montant dépasse 1.500.000 pour les travaux rangés dans les catégories et 1.200.000 pour ceux rangés dans les sous-catégories.

L'entrepreneur est alors, en fonction de la *spécialité* qui est la sienne, classé dans une catégorie ou sous-catégorie donnée. Rien ne s'oppose cependant à ce qu'un même entrepreneur soit agréé dans plusieurs catégories et/ou sous-catégories.

En fonction de sa *capacité financière et économique*, il est rangé dans une classe d'importance.

Pour éviter la répétition des erreurs passées, il est bien spécifié dans le rapport du Régent précédant l'A.L. du 3 février 1947 que pour juger de la capacité financière

d'un entrepreneur il ne peut être exclusivement tenu compte de l'importance du marché qu'il s'agit d'attribuer ; non moins important et même plus est le volume global des travaux tant privés que publics que cet entrepreneur est en mesure d'exécuter simultanément.

Le rangement d'un entrepreneur dans une classe d'importance donnée détermine à la fois et en même temps le montant maximal du marché qui peut lui être attribué et le volume global des travaux publics et privés qu'il est autorisé à mener de front. L'entrepreneur ne doit donc pas solliciter deux agrérations distinctes ; une seule agrération suffit.

La classe huit occupe une place particulière. Alors que pour les sept premières classes d'importance, deux montants maxima sont, en vertu de ce qui précède, chaque fois fixés, la classe huit est exclusivement déterminée en fonction du montant maximum de travaux pouvant être exécutés en même temps, comme si brusquement l'importance en soi de chaque travail devenait indifférente. En outre, comme le montant total des travaux qu'un entrepreneur de la classe huit peut exécuter simultanément n'est pas illimité, mais est au contraire limité au chiffre de 1.200 000.000, et qu'il n'existe pas de classe supérieure, il s'ensuit qu'aucun entrepreneur n'est agréé pour pouvoir exécuter simultanément des travaux pour un montant supérieur à ce maximum. Tout au plus peut-il être occasionnellement autorisé par la voie d'une dérogation.

L'idée sous-jacente est sans doute qu'il y a une limite absolue à la capacité des entrepreneurs à mener d'importants travaux de front. Cette limite est en l'espèce fixée à 1.200.000.000 Fr (en réalité, 1.200.000.000 Fr + 10 %).

Si la détermination du montant maximal du marché qu'il s'agit d'attribuer est une donnée objective, aisément contrôlable, il est beaucoup plus difficile de contrôler si le maximum des travaux pouvant être exécutés simultanément n'est pas dépassé. Confiance doit être faite dans une large mesure aux entrepreneurs⁴.

³ La détermination chiffrée d'un plafond absolu au volume global des travaux qu'une entreprise rangée en classe huit est en mesure d'exécuter simultanément avec obligation de solliciter une dérogation dès que ce plafond est dépassé — solution retenue dans l'A.R. du 31 janvier 1978 — se heurtera toujours à l'objection que le plafond a été fixé trop bas avec la conséquence de contraindre les entreprises disposant en permanence d'une capacité excédentaire de devoir solliciter chaque fois une dérogation dont le sort est aléatoire, alors qu'elles pourraient bénéficier d'une agrération les autorisant à dépasser en permanence ce plafond. De plus cette façon de procéder se heurte à l'objection de remplacer, pour les entrepreneurs rangés dans cette classe, le système d'agrération par un système de dérogations. Aussi, la meilleure solution nous paraît-elle consister dans la création d'une classe neuf, sans limitation de montants, même si cette classe est destinée à rester vide.

⁴ Article 5, alinéa 3, de l'A.L. du 3 février 1947.

² La détermination de nouvelles catégories de travaux doit, selon nous, se faire par voie réglementaire et entraîne pour le Ministre des Travaux publics l'obligation de rendre ces nouvelles catégories publiques par publication au Moniteur belge.

CHAPITRE III. LA PROCEDURE D'AGREATION.

6. La procédure normale.

L'entrepreneur qui souhaite être agréé doit, à cet effet, introduire une demande auprès du Ministre des Travaux Publics, soit directement, soit à l'intervention de son organisation professionnelle.

L'examen de sa demande se fait sur la base d'un dossier.

Le Ministre des Travaux Publics détermine les pièces qui doivent figurer au dossier pour que celui-ci soit considéré comme complet (A.M. 22 juillet 1974).

Dès que celui-ci est complet, le Ministre en informe l'entrepreneur en lui faisant parvenir une attestation.

Le pouvoir de décision appartient à ce même Ministre. Son pouvoir est toutefois tempéré par l'obligation qui lui est faite de soumettre la demande pour examen et avis à une commission instituée au Ministère des Travaux Publics: la Commission d'Agréation.

Cette commission est composée d'un président magistrat et, en nombre égal, de membres représentant les personnes de droit public concernées et de membres représentant les organisations patronales et ouvrières les plus représentatives du secteur de la construction.

L'A.L. prévoit que la Commission examine les demandes d'agrégation qui lui sont transmises par le Ministre en tenant compte de la capacité technique et financière des entrepreneurs, de leurs moyens d'exécution organiques en matériel et en personnel qualifié, du volume et de l'importance des travaux précédemment exécutés, de leur qualité d'exécution, ainsi que de la probité commerciale.

Ces critères d'appréciation sont presque tous précisés sous une forme quantitative dans l'A.M. du 7 février 1978.

La quantification de ces critères présente pour les entrepreneurs l'avantage de la sécurité, mais risque peut être de conduire à une application sans nuance de la loi. L'A.M. s'efforce d'éviter ce reproche en permettant une certaine compensation entre les divers critères⁵.

Le choix des chiffres déterminant l'appartenance de l'entrepreneur à telle ou telle classe d'importance, comme d'ailleurs celui des montants des travaux que l'entrepreneur peut exécuter en raison de cette appartenance, n'est pas "neutre". Au contraire, il revêt du point de vue de la concurrence une importance majeure, car de ce choix va dépendre le nombre d'entrepreneurs entrant en ligne de compte pour l'attribution des marchés publics de la classe d'importance considérée.

L'examen de la demande terminé, la Commission d'Agrégation se prononce par voie d'un avis motivé émis à la majorité des voix.

L'avis de la minorité est joint s'il a recueilli au moins un tiers des voix des membres présents.

En cas de parité de voix, trois avis sont remis, le troisième étant celui du Président.

Avant de remettre au Ministre son ou ses avis, la Commission en donne communication à l'impétrant, lequel est en droit de solliciter, par lettre directement adressée à la Commission, le réexamen de sa demande. La possibilité lui est ainsi donnée de rencontrer les arguments invoqués par la Commission. Il peut demander à être entendu et se faire assister par son conseil lors de son audition. La procédure devant la Commission, jusqu'alors unilatérale, devient à ce moment contradictoire.

La consultation de la Commission d'Agrégation constitue de toute évidence une formalité substantielle. En possession de l'avis ou des avis émis par la Commission, le Ministre des Travaux Publics décide d'accorder ou de refuser l'agrégation sollicitée.

Bien que le Ministre ne soit pas lié par l'avis de la Commission, il est clair que cet avis constitue pour lui un élément important et le plus souvent déterminant de sa décision. De plus, sa marge de manoeuvre est réduite dans la mesure où il est, comme la Commission elle-même, lié par les critères quantitatifs en vertu desquels le classement des entrepreneurs s'opère. Il y a donc place pour un contrôle juridictionnel approfondi des décisions du Ministre⁶.

En cas de décision favorable, l'entrepreneur est inscrit sur la liste des entrepreneurs agréés et il reçoit un certificat précisant la ou les agrégations accordées.

7. L'agrégation provisoire.

Telle est la procédure suivie en cas d'une première demande d'agrégation émanant d'un entrepreneur installé depuis cinq ans ou d'une demande de promotion, c'est-à-dire d'accession à une classe supérieure ou encore d'extension d'agrégation dans d'autres catégories et/ou sous-catégories.

Il est à noter que pour éviter des demandes fantaisistes et prématurées, une demande de promotion ou d'extension ne peut être sollicitée pendant une période de 18 mois prenant cours à la date du dernier certificat d'agrégation. Ainsi l'impétrant aura le temps de faire la preuve de sa capacité financière et technique.

Lorsque la demande émane d'un entrepreneur installé depuis moins de cinq ans, la procédure est la

⁵ Sur les inconvénients de cette méthode, voy. Ph. MATHEI, L'agrégation des entrepreneurs: une nouvelle réglementation économique. Colloque du 11 mai 1978 de la C.D.V.A. de Liège, rap. sten., p. 7.

⁶ Sur les possibilités de recours auprès du Conseil d'Etat contre les décisions du Ministre, voy. M.A. FLAMME, Traité théorique et pratique des marchés publics. Bruylant 1969. T.I., pp. 334 et 335, n° 234.

Voy. également le recensement des divers cas pouvant se présenter dans l'ouvrage de J. POORTEMAN, Entreprise de travaux et de fournitures, La Charte, pp. 70 à 73.

même, mais, par la force même des choses, il ne peut être tenu compte lors de l'examen de la demande des critères d'appréciation se rapportant à l'expérience acquise. Cette expérience encore inexistante ou insuffisante explique le caractère provisoire de l'agrération accordée en ce cas.

La situation de l'entrepreneur agréé provisoirement pourra être revue dès l'instant où tous les critères d'appréciation d'une demande d'agrération définitive pourront être mis en oeuvre, et elle devra l'être au plus tard cinq ans après l'inscription de l'entrepreneur sur la liste spéciale des entrepreneurs bénéficiant d'une agrération provisoire. Cette dernière confère à son titulaire les mêmes droits et avantages que l'agrération "définitive", sauf qu'il ne peut bénéficier d'aucune dérogation individuelle.

8. Le contrôle des entrepreneurs agréés

Les entrepreneurs agréés sont tenus de signaler à la Commission d'Agrération toutes modifications qui seraient de nature à lui faire revoir ses propositions antérieures (modifications aux statuts, au capital, au conseil d'administration, à ses moyens d'exécution organiques, etc...). Cette obligation a pour but de permettre à la Commission de revoir rapidement la situation de l'entrepreneur et de provoquer, s'il échet, le déclassement ou le retrait de l'agrération. Les entrepreneurs de travaux publics, qu'ils soient agréés ou non agréés, sont, en tant que collaborateurs de l'Administration, soumis à une discipline. Les manquements à cette discipline sont sanctionnés administrativement. Après avoir entendu l'entrepreneur en ses moyens de défense, la Commission d'Agrération propose au Ministre des Travaux Publics par voie d'avis motivé de prendre, s'il échet, une sanction administrative. Celle-ci peut consister dans le déclassement, la suspension, le retrait de l'agrération, l'exclusion temporaire ou définitive des marchés publics au nom de l'Etat ou de toute autre personne de droit public⁷.

CHAPITRE IV. PORTEE ET CARACTERES DE L'AGREATION.

9. Le portée de l'agrération.

L'agrération, définitive ou provisoire, est une condition mise à l'attribution à un entrepreneur, indépendamment de la procédure suivie, de travaux publics d'une spécialité et d'une importance données, en même temps qu'une condition à l'exécution simultanée,

⁷ Pour tout ce qui concerne la matière des sanctions, nous ne pouvons faire mieux que de renvoyer le lecteur à l'ouvrage précité de M.A. FLAMME, T.I. pp. 345 à 356, n° 241 à 249.

jusqu'à concurrence d'un certain montant, de travaux tant publics que privés relevant de la même spécialité.

Cette condition est nécessaire. L'attribution à un entrepreneur non agréé dans la catégorie et la classe d'importance dont relève le marché public constitue, à moins qu'il n'ait bénéficié d'une dérogation, un excès de pouvoir justifiant l'annulation de la décision d'attribution du marché⁸.

Cette condition n'est pas pour autant suffisante. Comme le relève M. le Professeur M.A. Flamme, l'Administration demeure libre d'exiger des concurrents non seulement qu'il possèdent une agrération dans telle catégorie et telle classe d'importance, mais en outre qu'ils satisfassent à certaines exigences supplémentaires, le plus souvent de nature technique, que peut requérir l'exécution de tel travail déterminé⁹.

Pour bien comprendre quelle est la portée de l'agrération, il faut savoir que la catégorie ou la sous-catégorie, ainsi que la classe d'importance, dont relève le marché public qu'il s'agit d'attribuer, sont déterminées dans le cahier des charges, mais avec cette double précision que le rangement en catégorie ou sous-catégorie du marché doit correspondre à la nature réelle du travail¹⁰ et que la détermination de la classe d'importance est seulement provisoire dans la mesure où c'est le montant de l'offre retenue qui détermine en définitive la classe dans laquelle l'entrepreneur doit être agréé.

10. Les caractères de l'agrération

L'agrération est, dans les deux hypothèses où elle est requise, qualifiée de spéciale et préalable. Que faut-il entendre par là ?

Aucun auteur n'explique en quoi consiste le caractère *spécial* de l'agrération. Cela signifie-t-il que l'entrepreneur doit introduire pour chaque marché une demande d'agrération ?

Tout le monde est d'accord pour considérer que l'agrération requise dans l'hypothèse envisagée à l'article 1er, B, 2°, de l'A.L. du 3 février 1947, vaut à son détenteur de pouvoir, aussi longtemps qu'il en est le titulaire, se voir attribuer tous les marchés publics relevant de la catégorie et de la classe d'importance dans lesquelles il est classé. Autrement dit, l'agrération revêt en ce cas un certain caractère de permanence.

⁸ C.E. arrêt Devos, n° 5822, du 11 octobre 1957. La matière de l'agrération est d'ordre public et il ne peut y être dès lors dérogé par voie contractuelle. Toute clause du cahier des charges contenant une telle dérogation doit être considérée comme non écrite (A. de GRAND'RY et J. VANDEN BOSSCHE, De overeenkomsten voor rekening van de Staat, Adm. Lex., 1972, p. 36, n° 38).

⁹ M.A. FLAMME, Traité théorique et pratique des marchés publics. Bruylant 1969, T.I, pp. 336 à 338.

¹⁰ Sur l'incidence d'une qualification erronée de la nature des travaux dans le cahier des charges, voy. Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics, C.N.C., 4e édition, p. 845, n° 597.

Le terme "spécial" doit donc être entendu dans un autre sens, valable également dans l'hypothèse envisagée à l'article 1er, B, 1^o de l'A.L. car le même terme est utilisé une seule fois pour les deux hypothèses. Celui-ci ne peut être, selon nous, que le suivant: l'agrération n'autorise pas sont titulaire à se voir attribuer tous les travaux publics, quels qu'en soient la nature et le montant; elle ne vaut que pour les travaux d'une catégorie et d'une classe d'importance déterminées, et dans les limites d'un certain volume.

Spéciale, l'agrération est également *préalable*. A ce sujet, il n'existe aucun doute. Il faut entendre par là que l'agrération dans la catégorie et la classe d'importance ad hoc n'est pas exigée de l'entrepreneur au moment où celui-ci soumissionne; il suffit que cette agrération lui soit acquise lors de l'attribution du marché¹¹.

Etant accordée à un entrepreneur, personne physique ou morale, en fonction de sa capacité financière et technique, l'agrération lui est *personnelle*¹².

CHAPITRE V

LES TEMPERAMENTS APPORTES AU PRINCIPE DE L'AGREATION DANS UNE CATEGORIE ET CLASSE DETERMINEES.

11. Les justifications des tempéraments.

Les deux classements, classement des travaux d'une part et des entrepreneurs d'autre part, ne se superposent pas parfaitement.

La liaison n'est pas à ce point rigide que seuls les entrepreneurs agréés dans une catégorie et/ou sous-catégorie en telle ou telle classe d'importance peuvent espérer se voir attribuer les travaux relevant de cette catégorie et/ou sous-catégorie et de cette classe. Cette liaison ne peut en aucun cas conduire à la création de situations de monopole ou d'oligopole - ce qui serait contraire au but même recherché. Certes, il faut éviter qu'une concurrence sauvage ne s'installe, en éliminant les entrepreneurs qui ne présentent pas les garanties financières et techniques nécessaires pour mener à bonne fin les travaux publics qui leur seraient confiés, mais il faut également - et le rapport du Régent qui précède l'A.L. ne laisse subsister aucun doute à ce sujet - maintenir une concurrence suffisante. (Rapport du Régent précédant l'A.L. du 3 février 1947).

12. Les aménagements tenant au moment auquel doit exister l'agrération.

Certains aménagements sont, dans ce dernier but, apportés à l'intérieur même du régime de l'agrération. D'une part, l'agrération requise de l'entrepreneur n'est pas nécessairement celle mentionnée dans le cahier des charges, dans la mesure où c'est finalement le prix offert par l'entrepreneur dont la soumission est retenue — et non celui estimé dans le cahier des charges — qui déterminera la classe d'importance dont relève le marché en question et, par suite, l'agrération requise.

La compétition n'est donc pas au départ exclusivement circonscrite aux entrepreneurs rangés dans la classe d'importance mentionnée (à titre indicatif) dans le cahier des charges; elle est plus large.

D'autre part, nous avons relevé que les entrepreneurs ne devaient pas être agréés dès la remise des offres et même lors de la clôture de celles-ci, mais seulement au moment de la passation du marché, ceci précisément dans le but avoué de maintenir une concurrence suffisante (Rapport au Régent précédant l'A.L.)¹³.

A côté de ces deux aménagements, il en est d'autres qui concernent tant la nature que l'importance des travaux.

13. Les aménagements tenant à la nature des travaux.

Normalement l'agrération est limitée à une catégorie ou sous-catégorie déterminée. Un même entrepreneur peut cependant être agréé dans plusieurs catégories et/ou sous-catégories.

En principe, l'agrération dans une catégorie n'entraîne pas l'agrération dans ses sous-catégories et réciproquement.

Deux tempéraments doivent cependant être signalés.

Le premier, relativement mineur, réside dans le fait que l'agrération en catégorie D entraîne l'agrération dans la sous-catégorie D 1.

Le second, bien plus important, consiste dans l'autorisation, en principe automatiquement acquise à l'entrepreneur agréé dans la catégorie ou sous-catégorie de travaux dont relève en ordre principal le marché à attribuer, d'exécuter les travaux complémentaires d'une autre catégorie ou sous-catégorie. Cette autorisation est toutefois sujette à une double limitation: elle ne vaut que pour le marché qu'il s'agit d'attribuer et, en outre, pour autant que les conditions d'attribution du marché ne disposent pas autrement.

¹¹ C.E. arrêts, Skirrolle n° 16.216, du 24 janvier 1974 et S.P.R.L. Van Erk et Fils, n° 19.326, du 13 décembre 1978.

¹² Sur les conditions dans lesquelles un transfert d'agrération reste possible sous l'empire de l'A.R. du 31 janvier 1978, voy. Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics, C.N.C. 4e édition pp. 814 et 815, n° 562.

¹³ Le danger d'arbitraire menace. L'entrepreneur non encore en possession de l'agrération requise n'a aucune garantie que celle-ci, si elle lui est accordée, le sera en temps utile. L'autorité compétente pour conclure le contrat n'est pas obligée de postposer sa décision en attendant celle du Ministre des Travaux Publics sur l'agrération (voy. M.A. Flamme, op.cit., pp. 338 à 340, n° 236).

14. Les aménagements tenant à l'importance des travaux.

Au départ, l'on pourrait s'attendre à ce que les travaux soient, en fonction de leur nature et de leur importance, exclusivement réservés aux entrepreneurs agréés dans la catégorie ou sous-catégorie et la classe d'importance correspondantes.

En réalité, le cloisonnement des marchés n'est pas aussi strict.

En principe, l'agrération dans une classe d'importance permet l'exécution des travaux dans les classes inférieures.

L'inverse, par contre, n'est pas vrai. Concrètement, les grandes entreprises de construction peuvent librement concurrencer les petites et moyennes entreprises, tout en étant à l'abri de la concurrence de ces dernières. La concurrence est à sens unique: elle joue vers le bas, mais non vers le haut.

Il ne faut pas s'en étonner. Cela se situe dans la logique du régime de l'agrération. Les entrepreneurs rangés dans les classes supérieures sont financièrement et techniquement qualifiés pour exécuter des travaux moins importants, tandis que ceux rangés dans les classes inférieures ne présentent pas — leur classement en est la meilleure preuve — les garanties requises pour exécuter des travaux plus importants.

Un léger tempérament, très léger même, est apporté. Si le montant total des travaux tant publics que privés exécutés simultanément par un soumissionnaire dépasse ou dépassera du fait de l'attribution du marché de 10 % au plus le maximum de la classe dans laquelle le soumissionnaire est agréé ou si le montant de l'offre dépasse de 10 % au plus le montant maximal correspondant à la classe précitée, le marché peut néanmoins être attribué à ce soumissionnaire, si l'autorité compétente constate qu'il dispose pour l'exécution du marché de cadres, d'un outillage, d'un matériel et d'un équipement technique donnant toute garantie quant à sa bonne exécution. Encore faut-il que les conditions d'attribution du marché ne s'y opposent pas.

Si isolée la petite ou moyenne entreprise ne peut songer à concurrencer les grandes entreprises pour des ouvrages importants, ces mêmes petites et moyennes entreprises ne pourraient-elles pas, en unissant leurs efforts, les concurrencer valablement ?

Le régime de l'agrération, tel qu'il existe actuellement, ne favorise pas cette forme de concurrence. Ainsi, l'association momentanée est-elle envisagée comme un moyen permettant à un entrepreneur général de faire jouer la concurrence entre les sous-traitants agréés ou non, mais non comme un moyen permettant à plusieurs entrepreneurs d'accéder à une classe d'importance supérieure (Rapport au Régent précédant l'A.L.).

Les associations momentanées d'entrepreneurs ne jouissent d'aucun privilège. Certes, elles peuvent être admises à exécuter des travaux, mais à la condition

notamment qu'un des associés au moins soit agréé pour les travaux de la spécialité et de l'importance de ceux à attribuer.

Tout au plus peut-on s'attendre à ce que l'association momentanée bénéficie d'un préjugé favorable pour pouvoir exécuter des travaux supérieurs de 10 % au plus à ceux que l'associé le mieux classé peut normalement exécuter et aussi à ce qu'elle se trouve dans une bonne position pour pouvoir bénéficier d'une dérogation individuelle¹⁴.

CHAPITRE VI LES DEROGATIONS GENERALES.

15. Le pouvoir du Ministre.

Ces dérogations consistent dans la mise en oeuvre par le Ministre des Travaux Publics du pouvoir qu'il tient de l'article 1er; B, dernier alinéa de l'A.L. du 3 février 1947, de déterminer pour chaque catégorie de travaux les classes d'entrepreneurs autorisés à les exécuter, en modifiant dans certains cas l'ordre établi entre le classement des travaux et celui des entrepreneurs jugés aptes à les exécuter.

Ce pouvoir s'exprime dans l'A.R. du 31 janvier 1978 dans deux directions opposées. Le Ministre des Travaux Publics s'y réserve la possibilité tantôt d'accoler le nombre des entrepreneurs entrant en compétition, tantôt de restreindre ce nombre. Dans les deux cas, la mesure dérogatoire profite aux entrepreneurs des classes inférieures.

16. L'augmentation du nombre des concurrents.

En mettant les entrepreneurs agréés dans les classes supérieures à l'abri de la concurrence de ceux agréés dans les classes inférieures, le régime de l'agrération court le danger de ne plus laisser subsister à certains moments une concurrence suffisante dans certaines de ces classes supérieures.

C'est pour parer à cette éventualité que l'article 11 de l'A.R. du 31 janvier 1978 prévoit que le Ministre des Travaux Publics peut, sur proposition de l'autorité administrative compétente pour conclure le marché et après avis de la Commission d'Agrération, permettre aux entrepreneurs de classes inférieures de concurrencer, pour certaines catégories ou sous-catégories de travaux, les entrepreneurs agréés dans les classes supérieures.

¹⁴ Art. 7, § 4, de l'A.R. du 31 janvier 1978 et art. 7, 4°, de l'A.M. du 7 février 1978.

Quant aux simples associations de fait, elles sont ignorées. Sur le changement d'attitude à leur égard, voy. M.A. Flamme, op. cit., T.I., p. 333, n° 232.

17. Le limitation du nombre des concurrents

Une restriction momentanée de la concurrence peut parfois s'avérer nécessaire si l'on veut éviter qu'à la suite de difficultés passagères, les entrepreneurs agréés dans certaines catégories et classes d'importance ne soient définitivement éliminés du marché et que soit ainsi remis en cause l'équilibre jugé satisfaisant qui existait entre l'offre de travaux et celle des entrepreneurs.

Ces difficultés peuvent par exemple être dues à un fléchissement de la conjoncture. C'est le cas lorsque leurs carnets de commandes étant insuffisamment remplis en raison d'une mauvaise conjoncture, les entrepreneurs agréés dans les classes supérieures se rabattent momentanément sur des travaux exécutés en temps normal par des entrepreneurs agréés dans des classes inférieures, en y voyant un moyen de couvrir partiellement leurs frais fixes.

L'article 7, § 3, alinéa 2, de l'A.R. du 31 janvier 1978 prévoit que dans un tel cas, le Ministre des Travaux Publics peut, sur proposition de l'autorité administrative compétente pour conclure le marché et après avis de la Commission d'Agréation, *limiter aux entrepreneurs de certaines classes l'exécution de travaux rangés dans certaines catégories ou sous-catégories.*

En vertu de l'article 7, § 3, alinéa 1, le Ministre des Travaux Publics peut être amené, au terme de la même procédure, à prendre une même mesure par suite de contingences locales ou régionales particulières.

Le même article 7, en son § 2 cette fois, prévoit que le même Ministre, sans devoir suivre la procédure susindiquée, c'est-à-dire de sa propre initiative et en l'absence de consultation préalable de la Commission d'Agréation, peut *fermer aux entrepreneurs agréés dans les classes supérieures l'accès aux travaux rangés dans les classes inférieures.*

Bien que les circonstances dans lesquelles le Ministre peut être conduit à faire application de cette dernière disposition ne soient pas indiquées, tout porte à croire que ces circonstances sont les mêmes que celles prévues aux alinéas 1 et 2 de l'article 7, § 3.

18. Appréciation critique.

Que faut-il penser de cet aménagement par l'A.R. du 31 janvier 1978 du pouvoir conféré au Ministre des Travaux Publics par le dernier alinéa de l'article 1er, B, de l'A.L. du 3 février 1947? Cet aménagement est, selon nous, sérieusement critiquable. Le pouvoir de déterminer pour chaque catégorie de travaux les classes d'entrepreneurs autorisés à les exécuter, est un pouvoir de nature réglementaire réservé par l'A.L. au seul Ministre des Travaux Publics et qui n'est assorti quant à son exercice d'aucune condition de forme.

Il doit donc être bien entendu que pour rester conforme à l'article 1er, B, dernier alinéa, de l'A.L., le pouvoir reconnu au Ministre par l'A.R. du 31 janvier

1978 doit s'exercer par voie de dispositions générales et ne peut donc être utilisé à l'occasion de tel ou tel marché déterminé.

Cette dernière remarque vaut tout particulièrement pour les dispositions des articles 7, § 3, et 11 de l'A.R. Ces dispositions seraient, selon nous, entachées d'excès de pouvoir si l'on avait voulu par leur biais donner au Ministre le pouvoir de déroger par des mesures individuelles, c'est-à-dire pour tel ou tel marché déterminé, à l'ordre établi entre le classement des travaux et celui des entrepreneurs jugés aptes à les exécuter¹⁵.

La procédure prévue par ces dernières dispositions n'est pas non plus à l'abri de tout reproche, car si nous pouvons admettre que l'autorité investie d'un pouvoir de décision puisse entourer l'exercice de ce pouvoir de garanties non prévues à l'origine, cette sorte d'autolimitation ne peut, à notre sens, aller jusqu'à rendre l'exercice de ce pouvoir dépendant d'une acte juridique aussi contraignant et paralysant qu'une proposition préalable obligatoire.

CHAPITRE VII. LES DEROGATIONS INDIVIDUELLES.

19. Les autorités compétentes.

La matière a pour siège l'article 8 de l'A.L. du 3 février 1947.

Cet article confère aux Ministres chargés de l'exécution d'une loi budgétaire ou qui ont dans leur compétence le contrôle d'établissements publics ou d'organismes paraétatiques dont relèvent des travaux mis en adjudication, le pouvoir de déroger au profit de tel ou tel entrepreneur nommément désigné aux conditions que celui-ci devrait normalement remplir pour pouvoir exécuter des marchés publics, y compris la condition relative à l'agrégation spéciale et préalable.

Le pouvoir de déroger revient au Gouverneur de la province s'agissant de travaux mis en adjudication par les institutions locales sensu lato, à la condition qu'ils ne soient ni financés ni subsidiés par l'Etat.

Ce pouvoir est conféré à titre personnel et ne peut donc être délégué.

20. Les caractères des dérogations individuelles.

La dérogation individuelle visée à l'article 8 est octroyée à un entrepreneur à l'occasion d'un travail déterminé et ne vaut que pour ce travail. Elle a donc, contrairement à l'agrégation, un caractère essentiellement *temporaire*.

¹⁵ D'après le Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics, la décision du Ministre prise en application de l'article 7, § 2, doit avoir une portée générale, tandis que les mesures prises en vertu des art. 7, § 3 et 11 concerneraient un ou plusieurs marchés.

Il ne s'agit pas, comme dans le cas d'une demande d'agréation, d'examiner si l'entrepreneur est capable d'exécuter en permanence des travaux de l'importance de ceux qui relèvent de la classe correspondante, mais bien d'apprécier s'il est en mesure de mener à bonne fin un marché, celui pour lequel il sollicite la dérogation.

Comme l'agréation, la dérogation doit être *préalable*    l'octroi du marché. Si elle n'est pas accordée ou l'est tradivement, la soumission de l'impétrant ne peut, sans excès de pouvoir, être retenue¹⁶.

Le Rapport au Régent qui précède l'A.L. précise dans quel but la dérogation existe. Il s'agit «de permettre de prévenir une spéculation sur les prix soumissionnés, par suite d'un défaut de concurrence dans les offres de soumission aux travaux de certaines classes». Le même rapport souligne que la dérogation est et doit rester l'exception. Si le défaut de concurrence revêt un caractère plus durable, les règles pour les classement des entrepreneurs agréés dans les diverses catégories de travaux et dans les classes d'importance devraient être revues.

La caractère *exceptionnel* de ce pouvoir explique les conditions de forme qui en entourent l'exercice. Le Ministre ou le Gouverneur, selon le cas, ne peut accorder une dérogation que par un arrêté motivé et après avoir demandé l'avis de la Commission d'Agréation. Il y a plus, l'autorité investie du pouvoir de décision n'a même pas l'obligation de soumettre la demande pour avis à la Commission; elle peut d'emblée et d'office refuser d'y donner suite. La circonstance que cette même autorité a saisi la Commission ne l'engage en rien; elle demeure totalement libre de sa décision. Même en présence d'un avis favorable, elle peut, sans devoir donner la moindre justification, refuser d'accorder la dérogation sollicit  e¹⁷.

Comme l'écrit M. le Professeur M.A. Flamme, la dérogation à la règle de l'agréation préalable est une simple faculté pour le Ministre comp  t  nt (ou pour le Gouverneur), faculté dont il est libre de ne pas user¹⁸. Ce n'est que si le Ministre ou le Gouverneur accorde la dérogation qu'il doit motiver sa décision en la forme. Les motifs retenus doivent avoir trait à «la nécessité de stimuler la concurrence et de prévenir que certains travaux ne deviennent le monopole d'un nombre restreint d'entrepreneurs»¹⁹.

De plus, il semble bien que l'autorité investie du pouvoir de déroger ne puisse pas se contenter de constater que le prix offert par l'entrepreneur non agréé ou insuffisamment agréé est notablement plus bas que celui remis par les entrepreneurs possédant

l'agréation requise, pour accorder à l'impétrant la dérogation; il lui faut encore s'assurer que l'intéressé est en mesure de mener à bonne fin le marché pour lequel il sollicite la d  rogation²⁰.

21. La procédure.

Les modalités d'exercice du pouvoir de déroger sont explicitées aux articles 9 et 10 de l'A.R. du 31 janvier 1978.

Une distinction est établie selon que la demande de dérogation émane d'un entrepreneur non agréé ou d'un entrepreneur insuffisamment agr   ²¹.

Dans le premier cas, l'entrepreneur doit faire une demande dès que le montant du marché public à attribuer dépasse les montants en d  ca desquels aucune agréation n'est requise.

Dans le second cas, une demande doit être introduite lorsque le prix remis excède de plus de 10 % le montant maximal du marché qui peut, d'après l'agréation que possède déjà l'entrepreneur, lui être attribué.

Il doit faire de même si au moment où il soumissionne un marché public ou si du fait de l'attribution de celui-ci, le montant total des travaux qu'il peut exécuter simultanément, compte tenu de l'état d'avancement des travaux en cours, dépasse ou dépassera de plus de 10 % le montant total des travaux qu'il peut normalement exécuter en même temps²².

Dans l'un et l'autre cas, la procédure est la même. L'entrepreneur qui désire obtenir une dérogation doit en faire expressément la demande et joindre celle-ci à son offre. Sa demande doit être introduite auprès de l'autorité administrative comp  t  nte pour passer le marché; elle ne peut être transmise directement à la Commission d'Agréation. Si l'autorité administrative précitée souhaite donner suite à la demande, elle la transmet à la Commission, mais uniquement si cette demande satisfait aux conditions fixées par le Ministre des Travaux Publics. Ces conditions sont celles prévues aux articles 7 et 8 de l'A.M. du 7 février 1978.

D'abord, il faut que la soumission de l'impétrant soit régulière et qu'il soit en ordre vis-à-vis de l'O.N.S.S.

²⁰ C.E. arrêts Association momentanée Aimé Michaux et s.a. La Routière, n   5483, du 7 février 1957 et s.a. d'entreprises de travaux en béton Trabeka, n   8117, du 7 octobre 1960. Voy. aussi obs. M.A. Flamme sur C.E., arrêt L. Van Eeghem, n   14101, du 29 avril 1970, R.J.D.A., 1971, pp. 179 à 187 et J. Borret, «Beschouwingen over de afwijking van de erkenningsvereiste...», L'Entreprise et le Droit, 1973, pp. 188 à 194.

²¹ L'entrepreneur agréé provisoirement ne peut pas prétendre obtenir une dérogation.

²² L'entrepreneur agréé peut également demander à être autorisé à exécuter de manière permanente des travaux de l'importance de celui qu'il s'agit d'attribuer et à pouvoir mener de front des travaux pour un montant plus important, en introduisant une demande d'accession à une classe supérieure. La situation particulière dans laquelle se trouve l'entrepreneur agréé en classe huit a été décrite précédemment.

¹⁶ C.E. arrêt S.A. Société belge des b  tons, n   13476, du 28.3.1969

¹⁷ C.E. arrêt Devos, n   5822, du 11.10. 1957. Si la décision de refus est motivée en la forme, il va de soi que les motifs retenus doivent être matériellement exacts et juridiquement admissibles.

¹⁸ op.cit..., T.I., p. 314, note 5 en bas de page.

¹⁹ C.E. arrêt SPRL L. Van Eeghem, n   14101, du 29.4.1970.

Ensuite, une des quatre conditions ci-après doit être remplie :

- l'impétrant a introduit un dossier complet en vue d'obtenir l'agrément requise ;
- les prix remis par les entrepreneurs dûment agréés sont inacceptables ;
- les conditions normales de concurrence ont été faussées ;
- il existe un écart important entre d'une part l'estimation éventuellement révisée du montant du marché et les offres remises par les entrepreneurs dûment agréés et d'autre part entre l'offre de l'impétrant et l'offre la plus favorable ou la plus intéressante émanant d'un entrepreneur dûment agréé.

Enfin, l'impétrant doit apporter la preuve de sa capacité financière et économique, ainsi que de sa capacité technique.

Sa capacité est appréciée en fonction des mêmes critères que ceux servant à juger l'aptitude d'un entrepreneur ayant demandé son agrément dans la classe à laquelle le marché qu'il s'agit d'attribuer est rangé, mais avec une certaine tolérance.

Après avoir vérifié si la demande de dérogation satisfait à ces conditions, la Commission d'Agrément restitue le dossier à l'autorité consultante accompagné de son avis motivé.

Il appartiendra ensuite au Ministre²³ ou au Gouverneur de province, selon le cas, de prendre la décision d'accorder ou de refuser la dérogation sollicitée. En cas d'octroi, la décision, qu'elle soit rendue sur avis favorable ou défavorable de la Commission, doit être motivée en la forme²⁴.

22. L'autolimitation du pouvoir reconnu.

L'A.R. du 31 janvier 1978 et à sa suite l'A.M. du 7 février 1978, tout en maintenant la liberté des Ministres compétents et des Gouverneurs de province de pas exercer leur pouvoir de déroger, s'efforcent d'instaurer plus de sécurité juridique en précisant les conditions qui doivent être réunies pour que ce pouvoir puisse s'exercer.

Il y a là une manifestation intéressante de la tendance, qui gagne du terrain, en faveur de la légitimité d'une certaine autolimitation du pouvoir discrétionnaire par celui qui en est le titulaire.

Si cette idée d'autolimitation mérite la considération comme tout ce qui tend à réduire l'insécurité juridique, l'on ne peut pour autant s'abstenir de formuler des critiques quant à la manière dont elle est matérialisée en l'espèce.

Les deux arrêtés d'exécution de l'A.L. du 3 février 1947 ne vont-ils pas trop loin dans la voie de l'autolimitation en liant étroitement les dérogations à la réunion de conditions à ce point strictes qu'elles ne laissent plus place pour une appréciation concrète des circonstances de la cause ? Nous ne le pensons pas. Ce que par contre nous leur reprochons est d'avoir formulé des conditions qui, si elles sont de nature à rassurer sur l'aptitude de l'entrepreneur bénéficiaire de la dérogation à mener à bien le travail pour lequel elle lui a été donnée, permettent par contre à l'autorité compétente d'accorder une dérogation, alors que la preuve d'une concurrence insuffisante n'est pas rapportée (voy. les conditions visées à l'article 7, 1^o et 4^o de l'A.M. du 7 février 1978, même si la dernière peut s'autoriser de l'arrêt SPRL L. Van Eeghem n^o 14.101 du 29 avril 1970 du Conseil d'Etat).

En outre, si l'on peut admettre que le Ministre des Travaux Publics fixe à son propre usage les conditions dans lesquelles il envisage d'accorder une dérogation, il est pour le moins douteux qu'il puisse imposer les mêmes conditions à ses collègues Ministres et aux Gouverneurs de province qui, comme lui, chacun dans son domaine, ont été personnellement investis du même pouvoir de déroger.

Sans doute, le Ministre des Travaux Publics est-il le seul à avoir été chargé de l'exécution de l'A.L. du 3 février 1947, mais le pouvoir qui lui est ainsi confié ne nous paraît pas inclure celui d'imposer une ligne de conduite aux autres Ministres et aux Gouverneurs de province.

Toujours en rapport avec les problèmes de compétence, il peut également être reproché aux arrêtés d'exécution de conférer à l'autorité compétente pour conclure le marché, dans le cas où elle est distincte de celle investie du pouvoir de déroger, le moyen de s'opposer à la mise en oeuvre de ce dernier pouvoir, en ne transmettant pas la demande de dérogation à la Commission d'Agrément. Certes, il est vrai que la dérogation doit demeurer exceptionnelle et tout aussi exact qu'il n'est pas souhaitable de voir l'autorité investie du pouvoir de déroger accorder des dérogations individuelles contre le gré du maître de l'ouvrage, qui est tout de même le principal intéressé. Il n'empêche que cette faculté d'arrêter constitue une atteinte portée au caractère éminemment personnel, et voulu comme tel par l'arrêté-loi du 3 février 1947, du pouvoir de déroger.

CHAPITRE VIII CONCLUSIONS

23. La nécessité d'un aggiornamento.

Dès l'origine, il était entendu que l'A.L. du 3 février 1947 serait revu à la lumière de l'expérience. Quelques retouches sans grande portée réelle mises à part, cette réglementation s'est, malgré cela, transmise telle qu'elle jusqu'à nos jours. Cette permanence s'explique

²³ Qui n'est pas nécessairement le Ministre des Travaux Publics.

²⁴ Voy. sur ce point les conclusions de M. Grommen, à l'époque Substitut de l'Auditeur, dans l'affaire SPRL Van Eeghem, reproduites par M.A. Flamme dans sa note consacrée à cette affaire (RJDA 1971, p. 183, alinéa 2).

sans doute par le fait qu'une sélection préalable des entrepreneurs de travaux publics correspond à une réelle nécessité.

Maintenant que la loi du 4 août 1978 de réorientation économique prévoit un système d'enregistrement obligatoire des entrepreneurs le moment est peut-être venu de procéder enfin à un aggiornamento de la matière, et ce dans un triple direction.

Il convient d'abord de veiller à une simplification des formalités et des institutions administratives. Pourquoi ne pas confier à une même institution le pouvoir d'accorder enregistrement et agréation? Pourquoi ne pas imposer des exigences égales de qualification technique et financière aux entrepreneurs de travaux publics et de travaux privés?

Il faut ensuite réfléchir sur l'adéquation des moyens aux fins. L'A.L. du 3 février 1947 est un instrument juridique de politique de la concurrence. La sélection

des entrepreneurs sur la base d'un classement par catégories et importance des travaux est destiné à assurer une meilleure transparence du marché. Les modifications à ce classement et, par suite, à cette sélection ne peuvent intervenir que dans le but de rétablir ou d'assurer une concurrence suffisante. Si les pouvoirs publics entendent se ménager la possibilité d'intervenir dans le cadre d'une politique d'aide aux régions et aux entreprises en difficulté, en réservant des marchés à des entrepreneurs locaux, le texte de l'A.L. doit être revu en ce sens. L'on ne peut sous couvert d'exécution déformer le texte de base.

Enfin, il importe de réfléchir également sur l'efficacité actuelle de la réglementation et d'apporter les modifications qui s'imposent. Ceci n'est toutefois possible que si l'on prend le temps de se pencher sur les aspects économiques de l'agréation des entrepreneurs.