ROYAUME DE BELGIQUE

– – – – – – – – – –

AVIS 36.409/2
DE LA SECTION DE LÉGISLATION DU CONSEIL D'ÉTAT

– – – – – – – – – – – –

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par la Présidente du Conseil de la Région de Bruxelles-Capitale, le 19 janvier 2004, d'une demande d'avis, dans un délai de cinq jours ouvrables, sur une proposition d'ordonnance "concernant l'usage de standards ouverts et de logiciels libres dans les administrations régionales de la Région de Bruxelles-Capitale" (Doc. A-285/1 - 2001/2002), a donné le 26 janvier 2004 l'avis suivant :

Suivant l'article 84, § 1er, alinéa 1er, 2°, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, inséré par la loi du 4 août 1996, et remplacé par la loi du 2 avril 2003, la demande d'avis doit spécialement indiquer les motifs qui en justifient le caractère urgent.

La lettre s'exprime en ces termes :

"L'urgence est motivée par le fait que les propositions faisant l'objet de la demande d'avis sont actuellement discutées au sein de la Commission des Finances, du Budget, de la Fonction publique, des Relations Extérieures et des Affaires générales du Conseil et qu'en fonction des autres points figurant à son ordre du jour, cette commission souhaite disposer de cet avis pour sa réunion du 29 janvier 2004."

*

* *

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1er, alinéa 1er, 2°, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, tel qu'il est remplacé par la loi du 2 avril 2003, la section de législation limite son examen au fondement juridique des propositions d'ordonnance, à la compétence de l'auteur de l'acte ainsi qu'à l'accomplissement des formalités préalables, conformément à l'article 84, § 3, des lois coordonnées précitées.

Sur ces trois points, les propositions d'ordonnance appellent les observations ci-après.

Les propositions d'ordonnance examinées se donnent essentiellement pour objet d'imposer aux administrations de la Région de Bruxelles-Capitale l'utilisation exclusive des logiciels libres, des formats de données ouverts et des protocoles de communication ouverts dans l'accomplissement de leurs missions, notamment l'acquisition, le traitement, l'archivage, l'échange ou la communication de données informatisées à l'exception de certaines tâches spécifiques pour lesquelles il n'existe pas de solution opérationnelle à base de tels logiciels.

S'il est adopté, le dispositif proposé exercera, par nature, une influence déterminante sur les marchés publics informatiques futurs à passer par les administrations de la Région de Bruxelles-Capitale.

Pour ce motif, ce dispositif doit être examiné au regard de la répartition des compétences entre l'autorité fédérale et les entités fédérées en matière de marchés publics.

À ce propos, l'article 6, § 1er, VI., alinéa 4, 1°, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles attribue à l'État la compétence de fixer les règles générales en matière de marchés publics. Selon l'arrêt de la Cour d'arbitrage n° 79/92 du 23 décembre 1992, l'autorité fédérale est compétente pour adopter les normes, législatives ou réglementaires, établissant les règles générales, dans la mesure nécessaire au maintien de l'union économique et de l'unité monétaire, les Régions, en vertu de la même disposition, - et seules ces dernières - pouvant néanmoins compléter ces normes par d'autres.

L'arrêt de la Cour d'arbitrage n° 6/96 du 18 janvier 1996 ajoute que le législateur décrétal ne peut méconnaître les règles générales fixées par l'État fédéral sans porter atteinte à la répartition des compétences et qu'une règle fédérale transposant une directive européenne ne saurait être considérée comme une matière se prêtant à un traitement différencié pour l'application de l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980, précitée.

Il s'ensuit qu'en ce qui concerne la matière des marchés publics, la Région de Bruxelles-Capitale doit respecter les règles générales adoptées par l'autorité fédérale, qu'elle peut toutefois compléter.

À ce propos, la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, ainsi que ses arrêtés d'exécution transposent notamment la directive 92/50/CEE du Conseil du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services et la directive 93/36/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures.

L'article 22 de la loi du 24 décembre 1993, précitée, dispose que :

"Le Roi règle les modalités d'utilisation des spécifications techniques, des normes et des agréments techniques."

Les articles 82 à 85 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics prévoient les règles relatives aux spécifications techniques et aux normes. Ces dispositions transposent, notamment, les articles 14 et 8, respectivement des directives 92/50/CEE et 93/36/CEE, précitées.

Selon l'article 82, 1°, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, précité, reproduisant la définition figurant à l'annexe II de la directive 92/50/CEE et à l'annexe III de la directive 93/36/CEE, on entend par spécifications techniques :

"(...) l'ensemble des prescriptions techniques contenues notamment dans les cahiers spéciaux des charges, définissant les caractéristiques requises d'un travail, d'un matériau, d'un produit, d'une fourniture ou d'un service et permettant de caractériser objectivement un travail, un matériau, un produit, une fourniture ou un service de manière telle qu'ils répondent à l'usage auquel ils sont destinés par le pouvoir adjudicateur.

Ces caractéristiques incluent les niveaux de qualité ou de propriété d'emploi, la sécurité, les dimensions, y compris les prescriptions applicables au matériau, au produit ou à la fourniture en ce qui concerne le système d'assurance de la qualité, la terminologie, les symboles, les essais et méthodes d'essai, l'emballage, le marquage et l'étiquetage. Elles incluent également les règles pour la conception et de calcul des ouvrages, les conditions d'essai, de contrôle et de réception des ouvrages ainsi que les techniques ou méthodes de construction et toutes les autres conditions de caractère technique que le pouvoir adjudicateur est à même de prescrire, par voie de réglementation générale ou particulière, en ce qui concerne les ouvrages terminés et en ce qui concerne les matériaux ou les éléments constituant ces ouvrages;"

Selon l'article 83, § 1er, alinéa 1er, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, précité, c'est au pouvoir adjudicateur qu'il appartient d'inclure les spécifications techniques dans les documents généraux ou dans le cahier spécial des charges.

En vertu de l'article 85 du même arrêté, le pouvoir adjudicateur ne peut prévoir des spécifications techniques mentionnant des procédés particuliers qui auraient pour effet de favoriser ou d'éliminer certaines entreprises, "à moins que de telles spécifications soient justifiées par l'objet du marché".

En d'autres termes, les spécifications techniques, qui doivent permettre de caractériser l'objet d'un marché, de sorte que le produit, la fourniture ou le service commandé réponde effectivement à l'usage auquel le destine le pouvoir adjudicateur, doivent nécessairement être déterminées au cas par cas, en fonction de chaque marché considéré, par le pouvoir adjudicateur lui-même.

En l'espèce, l'article 3 de la proposition d'ordonnance "concernant l'usage de standards ouverts et de logiciels libres dans les administrations régionales de la Région de Bruxelles-Capitale" (n° A-285/1) et l'article 2 de la proposition d'ordonnance "relative à l'utilisation de logiciels libres dans les administrations régionales de Bruxelles-Capitale" (n° A-287/1) énumèrent des prescriptions techniques définissant les caractéristiques requises et permettant de caractériser objectivement le "standard ouvert", le "logiciel libre", le "format de données ouvert" et le "protocole de communication ouvert", dont l'utilisation est imposée de manière générale aux administrations de la Région de Bruxelles-Capitale, par l'article 4 de la proposition d'ordonnance n° A-285/1, précitée et l'article 3 de la proposition d'ordonnance n° A-287/1, précitée.

Nonobstant leur formulation, les propositions d'ordonnance ont pour principal objet de fixer des spécifications techniques de manière générale et abstraite, et pour tous les marchés publics informatiques à passer par les administrations de la Région de Bruxelles-Capitale.

En conclusion :

- les dispositions proposées ne peuvent être analysées comme de simples règles complémentaires que la Région pourrait adopter;

- la Région de Bruxelles-Capitale ne disposant pas de la compétence pour fixer des règles générales, en matière de marchés publics, elle est tenue au respect des règles générales fixées en la matière par l'autorité fédérale;

.../...

- comme exposé ci-avant, en application desdites règles générales, les spécifications techniques ne peuvent être déterminées que par le pouvoir adjudicateur au cas par cas, et non par voie législative ou réglementaire.

En conséquence, dans la mesure où leurs dispositions fixent essentiellement des spécifications techniques, les propositions d'ordonnance méconnaissent la répartition des compétences entre l'État fédéral, les Communautés et les Régions [1].

---

(1) Voir dans le même sens l'avis 35.227/2, donné le 28 mai 2003, sur une proposition de décret de l'Assemblée de la Commission communautaire française de Bruxelles-Capitale "relatif à l'utilisation de logiciels libres dans les administrations de la Commission communautaire française" (Doc. parl., Cocof, n° 35/3 session 2001/2002, pp. 2-3).

La chambre était composée de

Messieurs	Y. KREINS,	président de chambre,
	J. JAUMOTTE,	conseillers d'État,
Madame	M. BAGUET,	
Messieurs	J. van COMPERNOLLE,	assesseurs de la section de législation,
	B. GLANSDORFF,	
Madame	A.-C. VAN GEERSDAELE,	greffier.

Le rapport a été présenté par M. M. JOASSART, auditeur adjoint.

LE GREFFIER, LE PRÉSIDENT,

A.-C. VAN GEERSDAELE Y. KREINS

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 36.409/2

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, tweede kamer, op 19 januari 2004 door de Voorzitter van de Brusselse Hoofdstedelijke Raad haar, binnen een termijn van ten hoogste vijf werkdagen, van advies te dienen over een voorstel van ordonnantie "betreffende het gebruik van open standaarden en vrije software in de gewestelijke besturen in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest" (Doc. A-285/1 - 2001/2002), heeft op 26 januari 2004 het volgende advies gegeven:

Overeenkomstig artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, ingevoegd bij de wet van 4 augustus 1996, en vervangen bij de wet van 2 april 2003, moeten in de adviesaanvraag in het bijzonder de redenen worden aangegeven tot staving van het spoedeisende karakter ervan.

De motivering in de brief luidt als volgt :

"Het verzoek om spoedbehandeling wordt ingegeven door het feit dat deze voorstellen waarvoor om advies wordt verzocht, thans besproken word en in de commissie voor financiën, begroting, openbaar ambt, externe betrekkingen en algemene zaken van de Raad, en dat, rekening houdende met de andere punten op haar agenda , deze commissie graag over dit advies zou beschikken voor haar vergadering van 29 januari 2004"

*
* *

Aangezien de adviesaanvraag ingediend is op basis van artikel 84, § 1, eerste lid, 1°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, zoals het is vervangen bij de wet van 2 april 2003, beperkt de afdeling Wetgeving overeenkomstig artikel 84, § 3, van de voornoemde gecoördineerde wetten, haar onderzoek tot de rechtsgrond van het ontwerp, de bevoegdheid van de steller van de handeling en de te vervullen voorafgaande vormvereisten.

Wat deze drie punten betreft, geven de voorstellen van ordonnantie aanleiding tot de volgende opmerkingen.

De voorliggende voorstellen van ordonnantie strekken er hoofdzakelijk toe de besturen van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest te verplichten uitsluitend gebruik te maken van vrije software, open gegevensformaten en open communicatieprotocollen bij het vervullen van hun taken, inzonderheid het aankopen, verwerken, archiveren, uitwisselen of doorsturen van computergegevens, met uitzondering van bepaalde specifieke taken waarvoor zulke software geen operationele oplossing kan bieden.

Indien de voorgestelde regeling wordt goedgekeurd, zal ze uiteraard een bepalende invloed uitoefenen op de overheidsopdrachten inzake informatica die de besturen van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest in de toekomst zullen moeten plaatsen.

.../...

Om die reden moet deze regeling worden onderzocht uit het oogpunt van de verdeling van de bevoegdheden inzake overheidsopdrachten tussen de federale overheid en de deelentiteiten.

In dat verband draagt artikel 6, § 1, VI, vierde lid, 1°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen de Staat de bevoegdheid op om de algemene regels vast te stellen inzake overheidsopdrachten. Volgens arrest nr. 79/92 van 23 december 1992 van het Arbitragehof, is de federale overheid bevoegd "om de wettelijke of verordenende normen uit te vaardigen die de algemene regels vastleggen, voor zover als nodig is om de economische unie en monetaire eenheid in stand te houden; - de Gewesten, en alleen zij, kunnen- krachtens diezelfde bepaling- die normen niettemin aanvullen met andere normen".

Voorts wordt in arrest nr. 6/96 van 18 januari 1996 van het Arbitragehof gesteld dat de decreetgever niet kan voorbijgaan aan de algemene door de federale Staat vastgestelde regels zonder afbreuk te doen aan de bevoegdheidsverdeling en dat een federale regel die een Europese richtlijn omzet niet kan worden beschouwd als een aangelegenheid die zich tot een gedifferentieerde regeling leent voor de toepassing van artikel 10 van de voormelde bijzondere wet van 8 augustus 1980.

Daaruit volgt dat het Brussels Hoofdstedelijk Gewest, wat de aangelegenheid van de overheidsopdrachten betreft, de door de federale overheid goedgekeurde algemene regels in acht moet nemen; het kan die regels echter aanvullen.

De wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, alsmede de uitvoeringsbesluiten ervan, voorzien in dat verband onder meer in de omzetting van richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening en richtlijn 93/36/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen.

Artikel 22 van de voormelde wet van 24 december 1993 bepaalt :

"De Koning regelt de bepalingen die betrekking hebben op het gebruik van de technische specificaties, de normen en de technische erkenningen."

De artikelen 82 tot 85 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken stellen de regels vast betreffende de technische specificaties en normen. Die bepalingen voorzien in de omzetting van onder meer de artikelen 14 en 8 van respectievelijk de voormelde richtlijnen 92/50/EEG en 93/36/EEG.

Volgens artikel 82, 1°, van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996, waarin de definitie wordt overgenomen die voorkomt in bijlage II bij richtlijn 92/50/EEG en in bijlage III bij richtlijn 93/36/EEG, wordt onder technische specificaties verstaan :

> "(...) alle technische voorschriften, met name die welke zijn opgenomen in de bestekken, die een omschrijving geven van de vereiste kenmerken van een werk, een materiaal, een product, een levering of een dienst en aan de hand waarvan een werk, een levering of een dienst objectief zodanig kunnen worden omschreven dat deze beantwoorden aan het gebruik waarvoor het door de aanbestedende overheid is bestemd.
>
> Deze voorschriften omvatten het kwaliteitsniveau en de gebruiksgeschiktheid, veiligheid en afmetingen met inbegrip van de voorschriften voor het materiaal, het product of de levering inzake het systeem voor het waarborgen van de kwaliteit, de terminologie, de symbolen, de proefnemingen en proefnemingsmethoden, de verpakking en het merken of etiketteren. Zij omvatten eveneens de voorschriften voor het berekenen en het ontwerpen van het werk, de voorwaarden voor de proefnemingen, controle en oplevering van de werken, alsmede de bouwtechnieken of bouwwijzen en alle andere voorwaarden van technische aard die de aanbestedende overheid bij algemene dan wel bijzondere maatregel kan voorschrijven met betrekking tot de voltooide werken en tot de materialen of bestanddelen waaruit deze werken zijn samengesteld;"

Volgens artikel 83, § 1, eerste lid, van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996, staat het aan de aanbestedende overheid de technische specificaties op te nemen in de algemene documenten of in het bestek.

Krachtens artikel 85 van hetzelfde besluit mag de aanbestedende overheid geen technische specificaties opnemen die bijzondere werkwijzen vermelden waardoor bepaalde ondernemingen worden bevoordeeld of uitgeschakeld, "tenzij deze technische specificaties onontbeerlijk zijn ten opzichte van het voorwerp van de opdracht".

Met andere woorden, de technische specificaties die het mogelijk moeten maken het voorwerp van een opdracht te karakteriseren zodat het bestelde product, de bestelde levering of dienst effectief beantwoordt aan het gebruik waartoe de aanbestedende overheid ze bestemt, moeten noodzakelijkerwijze geval per geval worden vastgesteld door de aanbestedende overheid zelf, naargelang van elke beschouwde opdracht.

In het voorliggende geval sommen artikel 3 van het voorstel van ordonnantie "betreffende het gebruik van open standaarden en vrije software in de gewestelijke besturen in het Brussels Hoofdstedelijk gewest"(nr. A-285/1) en artikel 2 van het voorstel van ordonnantie "betreffende het gebruik van vrije software in de besturen van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest"(nr. A-287/1) technische voorschriften op die de vereiste kenmerken omschrijven en het mogelijk maken op objectieve wijze de "open standaard", de "vrije software", het "open gegevensformaat" en het "open communicatieprotocol" te karakteriseren, waarvan het gebruik op algemene wijze wordt opgelegd in de besturen van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest door artikel 4 van het voormelde voorstel van ordonnantie nr. A-285/1 en artikel 3 van het voormelde voorstel van ordonnantie nr. A-287/1.

Niettegenstaande de formulering ervan hebben de voorstellen van ordonnantie hoofdzakelijk tot doel de technische specificaties op algemene en abstracte wijze vast te stellen, en dit voor alle overheidsopdrachten inzake informatica die de besturen van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest moeten plaatsen.

Het besluit is dan ook het volgende :

- de voorgestelde bepalingen kunnen niet worden beschouwd als louter aanvullende regels die het Gewest zou kunnen goedkeuren;

- aangezien het Brussels Hoofdstedelijk Gewest niet bevoegd is om algemene regels vast te stellen inzake overheidsopdrachten, is het ertoe gehouden de algemene regels in acht te nemen die in dezen zijn vastgesteld door de federale overheid;

- zoals hierboven is uiteengezet mogen de technische specificaties, met toepassing van de genoemde algemene regels, slechts geval per geval vastgesteld worden door de aanbestedende overheid en niet bij wet of verordening.

In zoverre de bepalingen van de voorstellen van ordonnantie hoofdzakelijk technische specificaties vaststellen, schenden zij bijgevolg de verdeling van de bevoegdheden tussen de federale Staat, de gemeenschappen en de gewesten[1].

---

(1) Zie in dezelfde zin advies 35.227/2, gegeven op 28 mei 2003, over een voorstel van decreet van de Raad van de Franse Gemeenschapscommissie van Brussel-Hoofdstad "relatif à l'utilisation de logiciels libres dans les administrations de la Commission communautaire française" (Gedr. St., Cocof, nr. 35/3 zitting 2001/2002, blz. 2-3).

De kamer was samengesteld uit

de Heren	Y. KREINS,	kamervoorzitter,
	J. JAUMOTTE,	staatsraden,
Mevrouw	M. BAGUET,	
de Heren	J. van COMPERNOLLE,	assessoren van de afdeling wetgeving,
	B. GLANSDORFF,	
Mevrouw	A.-C. VAN GEERSDAELE,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de H. M. Joassart, adjunct-auditeur.

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

DE GRIFFIER, DE VOORZITTER,

A.-C. VAN GEERSDAELE Y. KREINS