

SV

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 44.198/2
DU 7 JUILLET 2008

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par le Président du Parlement wallon, le 27 février 2008, d'une demande d'avis sur une proposition de décret "visant à imposer des critères d'investissements socialement responsables aux marchés financiers de pouvoirs publics régionaux" (Doc., Parl. wallon, 2005-2006, n/ 410/1), a donné l'avis suivant :

Observations générales

1. La principale disposition de la proposition est son article 2, qui tend à compléter l'article 18bis de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, par un paragraphe 3 rédigé comme suit :

"§ 3. En Région wallonne, la Région, les provinces, les communes, ainsi que les pouvoirs adjudicateurs financés ou contrôlés majoritairement par la Région, les provinces, les communes, imposent dans les marchés financiers qu'ils lancent des conditions qui requièrent qu'au moins 10 % des sommes investies le soient dans des fonds de placements, produits financiers ou mandats de gestion gérés selon un processus d'investissement qui intègre, en plus des critères financiers, également d'autres préoccupations répondant à des critères sociaux, éthiques ou environnementaux, ou dans des sociétés ou associations sans but lucratif qui font application des principes de base visés à l'article 1^{er}, § 2, 1/, de l'Accord de coopération du 4 juillet 2000 entre l'État fédéral, la Région flamande, la Région wallonne, la Région de Bruxelles-Capitale et la Communauté germanophone relatif à l'économie sociale.

Le processus d'investissement précise dans quelle mesure des critères sociaux, éthiques ou environnementaux sont pris en compte dans la gestion. Le contrôle du respect des critères sociaux, éthiques ou environnementaux fait l'objet, d'une part, de rapports clairs et réguliers par la société de gestion et, d'autre part, d'un contrôle régulier par un organisme indépendant choisi par le Gouvernement pour une période de trois ans."

La teneur de ce paragraphe est similaire à celle du paragraphe 3 que l'article 2 de l'ordonnance du 1^{er} juin 2006 visant à imposer des critères d'investissements socialement responsables aux marchés financiers de pouvoirs publics a ajouté à ce même article 18bis, pour la Région de Bruxelles-Capitale.

La proposition d'où est issue cette ordonnance ⁽¹⁾ n'a toutefois pas été soumise à l'avis de la section de législation du Conseil d'État.

⁽¹⁾ Doc., Parl. R.B.C., 2005/2006, n/ A-237/1.

2. L'article 2 de la proposition examinée fait l'objet du commentaire suivant :

"Dès lors qu'on impose que les cahiers des charges des marchés financiers des pouvoirs publics contiennent des conditions d'exécution supplémentaires par rapport à ce que prévoit la législation fédérale, se pose, automatiquement, un problème de compétence.

À ce propos, on peut rappeler les principes évoqués dans un avis rendu par le Conseil d'État le 19 janvier 2004 (proposition d'ordonnance concernant l'usage de standards ouverts et de logiciels libres dans les administrations régionales de la Région de Bruxelles- Capitale, session 2003-2004, A-285/2, pp. 2-3) :

«L'article 6, § 1^{er}, VI, alinéa 4, 1^o, 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. (...)».

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

La compétence de la Région d'adopter le présent décret est garantie de deux façons :

- d'une part, à la lumière de l'avis de la section de législation précité, une règle complémentaire de la législation fédérale est édictée ; à cet égard, on notera que, vu l'absence actuellement de législation en la matière, et ce, aussi bien au niveau belge qu'au niveau européen, il n'est pas fait allusion à un label et/ou certification spécifique, car les approches I.S.R. sont nombreuses et variées; du reste, imposer par la législation un label «x» mettrait l'organisme qui le délivre dans une situation de quasi-monopole;
- d'autre part, seuls la Région et les pouvoirs publics qui dépendent d'elle ou sont soumis à son contrôle de tutelle sont soumis à cette exigence.

Le pourcentage défini dans cet article constitue un seuil minimal qui peut être dépassé. En fonction de l'évaluation de l'application de ce décret, il pourra être envisagé de relever ce seuil minimal."

3. L'avis de la section de législation du Conseil d'État sur lequel s'appuie ce commentaire, à savoir l'avis 36.409/2 donné le 26 janvier 2004 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", formule 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, § 1^{er}, 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 décentral 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, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 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 ⁽²⁾."

4. La loi du 24 décembre 1993, précitée, est abrogée par l'article 78 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

⁽²⁾ 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 la Région de Bruxelles-Capitale "relatif à l'utilisation de logiciels libres dans les administrations de la Commission communautaire française" (Doc. parl., Cocof, n/ 35/3, 2001/2002, pp. 2-3).

Même si le Roi n'a pas encore arrêté, conformément à l'article 80, alinéa 1^{er}, de la loi du 15 juin 2006, précitée, la date de l'entrée en vigueur de la plupart de ses dispositions ⁽³⁾, c'est néanmoins à ces dernières qu'il convient désormais de se référer comme établissant à l'avenir le cadre normatif des règles générales en matière de marchés publics, de la compétence de l'autorité fédérale.

Comme l'indique son article 1^{er}, alinéa 2, la loi du 15 juin 2006, précitée, transpose notamment la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services ⁽⁴⁾, dont l'article 82 abroge, avec effet le 31 janvier 2006, la directive 92/50/CEE, à l'exception de son article 41, ainsi que les directives 93/36/CEE et 93/37/CEE.

⁽³⁾ Le rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 23 novembre 2007 modifiant la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services et certains arrêtés royaux pris en exécution de cette loi expose notamment ce qui suit :
"À la suite de l'adoption des directives européennes 2004/17/CE et 2004/18/CE du 31 mars 2004, il a été jugé opportun de remplacer entièrement la législation relative aux marchés publics afin de maintenir une structure cohérente et une suite logique dans les dispositions de la loi, tout en sauvegardant la distinction entre les deux différents régimes applicables. Cette réforme a abouti à la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de la loi du 16 juin 2006 relative à l'attribution, à l'information aux candidats et aux soumissionnaires et au délai d'attente concernant les marchés publics et certains marchés de travaux, de fournitures et de services. Ces deux lois ont été modifiées par les lois du 12 janvier 2007 et ont été publiées au Moniteur belge du 15 février 2007. À l'exception d'un certain nombre d'articles, lesdites lois ne sont pas entrées en vigueur car leurs mesures d'exécution sont en cours d'élaboration.
Dans l'attente de l'adoption des mesures d'exécution de cette nouvelle législation, il s'impose, afin d'assurer la transposition des dispositions obligatoires des directives 2004/17/CE et 2004/18/CE, d'apporter des adaptations et des compléments à la réglementation actuellement en vigueur. À cette fin, le présent projet modifie la loi du 24 décembre 1993 en faisant application des articles 43, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, et 65, alinéa 1^{er}, de ladite loi, qui permettent au Roi de prendre les mesures nécessaires pour assurer la transposition des dispositions obligatoires du Traité et des actes internationaux résultant de celui-ci.
Le projet modifie également un certain nombre de dispositions dans les arrêtés royaux des 8 janvier 1996, 10 janvier 1996 et 18 juin 1996."

⁽⁴⁾ Modifiée, en dernier lieu, par le règlement CE n° 1422/2007 de la Commission du 4 décembre 2007.

5. Strictement parlant, et tout comme la loi du 24 décembre 1993, précitée, qu'elle a pour objet de remplacer, celle du 15 juin 2006, précitée, ignore le concept de "marchés financiers" auquel recourt, pour déterminer son champ d'application, le paragraphe 3 dont l'article 2 de la proposition de décret envisage l'adjonction à la loi fédérale.

Puisque ce paragraphe 3 est destiné à compléter l'article 18*bis* de la loi du 24 décembre 1993, précitée, il paraît cependant logique de supposer - en vue de l'examen de la compatibilité des règles prévues par ce paragraphe avec la législation fédérale - que les marchés visés sous ce vocable sont les marchés publics portant sur des "services financiers" formant la catégorie 6 dans l'annexe II ⁽⁵⁾ tant de la loi du 15 juin 2006, précitée, que de la directive 2004/18/CE, ou du moins certains de ces marchés.

6. Partant ainsi de l'hypothèse que les règles régionales supplémentaires faisant l'objet de l'article 2 de la proposition seraient applicables aux marchés publics de services financiers également soumis à l'application des règles générales déterminées par le législateur fédéral, un raisonnement analogue à celui suivi dans l'avis 36.409/2

⁽⁵⁾ Actuellement, dans l'annexe 2 de la loi du 24 décembre 1993, précitée, qui reproduisait sur ce point l'annexe IA de la directive 92/50/CEE du Conseil du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services.

du 26 janvier 2004 – dont les observations sont reproduites plus haut – peut être tenu en ce qui concerne les obligations qui résulteraient de ces règles régionales supplémentaires ⁽⁶⁾.

Au regard de ces règles générales, les règles supplémentaires dont l'article 2 de la proposition a pour but d'imposer le respect aux pouvoirs adjudicateurs qu'elles énumèrent ne peuvent, par conséquent, être qualifiées de règles complémentaires qu'il serait au pouvoir de la Région d'établir dans le respect de la répartition des compétences en matière de marchés publics.

Dans cette mesure, l'article 2 de la proposition excède sa compétence et empiète sur celle de l'État, dès lors que s'ensuivrait une restriction de l'autonomie que les règles générales établies par l'autorité fédérale reconnaissent aux pouvoirs adjudicateurs en matière de spécifications techniques et de conditions d'exécution des marchés publics.

⁽⁶⁾ Aux articles 18*bis* et 22 de la loi du 24 décembre 1993, précitée, correspondent les articles 40 et 41 de la loi du 15 juin 2006, précitée, qui ont respectivement trait aux règles générales d'exécution des marchés publics et aux spécifications techniques (Voir les articles 23 et 26 de la directive 2004/18/CE, concernant respectivement les spécifications techniques et les conditions d'exécution du marché).

Ces articles 40 et 41 réservent aux pouvoirs adjudicateurs la compétence d'imposer les conditions d'exécution des marchés publics soumis à l'application de la loi du 15 juin 2006, précitée, et d'inclure les spécifications techniques dans le cahier spécial des charges du marché, dans les documents en tenant lieu ou dans les documents généraux rendus applicables à ce marché, le Roi étant seul habilité par ailleurs à déterminer les autres modalités ayant trait à la formulation des spécifications techniques, des normes et des agréments techniques. L'article 18*bis* inséré dans la loi du 24 décembre 1993 par l'article 102 de la loi-programme du 8 avril 2003 réserve du reste pareillement aux pouvoirs adjudicateurs l'exercice des facultés qu'il leur octroie, contrairement au paragraphe 3 que l'article 2 de la proposition de décret envisage d'y ajouter en vue de contraindre ceux de ces pouvoirs adjudicateurs qu'il énumère à imposer certaines conditions particulières dans tous "les marchés financiers qu'ils lancent", ce qui constituerait donc, en fait, non une règle complémentaire que la Région serait compétente pour ajouter aux règles générales de la compétence de l'autorité fédérale, mais plutôt une règle dérogatoire à ces dernières, dans la mesure où elle aurait pour effet de restreindre les compétences dévolues aux pouvoirs adjudicateurs par ces règles générales.

La chambre était composée de

Messieurs	Y. KREINS,	président de chambre,
	P. VANDERNOOT,	conseillers d'État,
Madame	M. BAGUET,	
Monsieur	G. DELANNAY,	greffier assumé.

Le rapport a été présenté par M. J.-L. PAQUET, premier auditeur.

LE GREFFIER,

LE PRÉSIDENT,

G. DELANNAY

Y. KREINS