

LC

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 45.012/2/V
DU 25 AOÛT 2008

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, deuxième chambre des vacations, saisi par le Ministre de l'Enseignement obligatoire de la Communauté française, le 25 juillet 2008, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de décret "relatif au programme de financement exceptionnel de projets de rénovation, construction, reconstruction ou extension de bâtiments scolaires via des partenariats public/privé (PPP)", après avoir examiné l'affaire en ses séances des 21 et 25 août 2008, a donné l'avis suivant :

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1/, 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 du projet, 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, l'avant-projet appelle les observations ci-après.

Observations générales

1. Selon l'exposé des motifs de l'avant-projet de décret, celui-ci a pour objet

"la mise en place d'un cadre normatif permettant la mise en place d'un programme de financement exceptionnel par la Communauté française par voie de Partenariats public privé (PPP) pour rattraper, sur une période de principe de 10 ans, le retard constaté en matière de rénovation profonde et de construction des Bâtiments Scolaires dans l'enseignement francophone.

(...)

Il vise à confier à des partenaires privés, par voie de tranches successives de groupes d'écoles, la mission de mettre à disposition des pouvoirs organisateurs des bâtiments scolaires, conformes aux normes de sécurité et d'hygiène, aux performances techniques, physiques et environnementales, définies par le gouvernement ainsi qu'au projet pédagogique défini par chaque pouvoir organisateur.

La mission est confiée, via la conclusion d'un contrat [par lequel le] partenaire privé (constitué en société de projet) assure la conception, l'exécution et le financement des travaux et services de mise à disposition des bâtiments scolaires [pour un groupe de projets].

Ce contrat dit «Contrat de Mise à Disposition» est attribué, conclu et exécuté par la Communauté française dans le respect de la réglementation des marchés publics."⁽¹⁾

Après avoir relevé que certains partenariats public-privé ("PPP") relèvent en droit belge de la notion de marché public et que d'autres renvoient à la notion de concession de travaux publics et emportent délégation de service public, l'auteur de l'avant-projet indique, dans le même exposé des motifs et le commentaire de l'article 3,

⁽¹⁾ Voir, dans des termes quasi identiques, le commentaire de l'article 3 de l'avant-projet.

que son choix s'est, en l'occurrence, délibérément porté sur le recours à la notion de marché public, le contrat de mise à disposition étant qualifié par lui de "marché public complexe" soumis à la réglementation applicable en matière de marchés publics (ce que confirme la définition de l'article 2, 5/, de l'avant-projet), et manifeste son intention de recourir pour l'attribution du contrat à la procédure négociée avec publicité préalable.

La section de législation estime devoir attirer l'attention de l'auteur de l'avant-projet de décret sur les conséquences juridiques qui en découlent.

L'article 6, § 1^{er}, VI, alinéa 4, 1/, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles attribue à l'autorité fédérale compétence pour fixer les règles générales en matière de marchés publics. Ceci implique que les collectivités fédérées, dont la Communauté française, sont tenues de se conformer, pour ce qui concerne leurs marchés publics, à la législation fédérale applicable en la matière, notamment à la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services ⁽²⁾ et aux arrêtés pris pour son exécution ⁽³⁾. Il s'ensuit, entre autres, que la Communauté ne pourra attribuer les marchés conduisant à la conclusion d'un contrat de mise à disposition, par la voie d'une procédure négociée avec publicité préalable - ce qui constitue un mode d'attribution exceptionnel par rapport à l'adjudication et à l'appel d'offres - que dans les cas et aux conditions strictes énoncées à l'article 17, § 3, de la loi précitée ⁽⁴⁾.

⁽²⁾ Cette loi est appelée à être prochainement remplacée par celles des 15 et 16 juin 2006 intitulées respectivement loi relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux de fournitures et de services et loi relative à l'attribution, à l'information aux candidats et soumissionnaires et au délai d'attente concernant les marchés publics et certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

⁽³⁾ Voir notamment C.C., arrêt n^{os} 32/92 du 23 avril 1992 et 6/96 du 19 janvier 1996.

⁽⁴⁾ Pour plus de détails, voir notamment D. D'Hooghe et F. Vandendriessche, *Publiek-Private Samenwerking Administratieve Rechtsbibliotheek Die Keure* 2001, n^{os} 98 à 101.

Il résulte également de ce qui précède que la Communauté française devra être attentive au respect des règles relatives aux modifications susceptibles d'être apportées au contrat en cours d'exécution et aux incompatibilités prévues à l'article 78 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 ⁽⁵⁾.

2. Dans son ensemble, l'avant-projet établit une distinction entre la Communauté française et les "pouvoirs organisateurs" des établissements d'enseignement concernés. Ainsi que le montre notamment l'article 2, 4/, de l'avant-projet, il est même envisagé qu'une "convention de gestion de projet", réglée au chapitre III, soit "conclue entre le pouvoir organisateur et la Communauté française [...]".

Or, comme l'expose de manière correcte l'article 2, 8/, de l'avant-projet, un "pouvoir organisateur" en la matière peut être défini comme étant "l'autorité, la ou les personne(s) physique(s) ou morale(s) qui assument la responsabilité d'un établissement d'enseignement", ce qui inclut notamment la Communauté française elle-même pour l'enseignement qu'elle organise. La notion de pouvoir organisateur implique une personnalité juridique autonome.

La distinction ainsi opérée par l'avant-projet est dès lors dépourvue de pertinence lorsque le pouvoir organisateur concerné est la Communauté elle-même.

L'avant-projet doit être revu afin de régler cette difficulté ⁽⁶⁾.

3. Plusieurs dispositions de l'avant-projet sont rédigées en ce sens que, pour bénéficier des mesures qu'il envisage, les pouvoirs organisateurs doivent "s'engager" à respecter telle ou telle obligation.

⁽⁵⁾ Voir notamment D. D'Hooghe et F. Vandendriessche, op. cit., n^{os} 105 à 116.

⁽⁶⁾ L'auteur de l'avant-projet pourrait s'inspirer, par exemple, de la solution retenue par la proposition de décret visant à réguler les inscriptions des élèves dans le 1^{er} degré de l'enseignement secondaire et à favoriser la mixité sociale au sein des établissements scolaires, tel qu'il a été adopté par le Parlement de la Communauté française le 17 juillet 2008 (Parl. Comm. fr., C.R.I., 2007-2008, n/ 26, 17 juillet 2008; *Doc. parl.*, 2007-2008, n/ 552/2, pp. 73 et s.).

Pareille rédaction n'est pas adéquate.

Il incombe en effet au décret de fixer directement lui-même les obligations des pouvoirs organisateurs concernés, sans que, par une fiction inutile, il soit prévu que ceci résulterait d'un engagement. Ce type de disposition pourrait en outre donner lieu à des difficultés d'application au cas où pareil engagement n'aurait pas été formulé de manière expresse dans certains dossiers. Il ne peut être fait état d'"engagements" que dans le contexte d'une relation contractuelle entre les pouvoirs organisateurs et d'autres opérateurs ou avec la Communauté française elle-même, telle celle qui résultera des conventions de gestion de projet prévues par l'avant-projet.

L'avant-projet sera revu en conséquence.

Observations particulières

Dispositif

Article 1^{er}

Il n'y a pas lieu de mentionner l'article 127 de la Constitution comme fondement juridique du décret en projet. L'article 1^{er} de l'avant-projet est inutile et doit dès lors être omis.

Article 2

1. Le législateur doit s'abstenir de s'immiscer dans l'organisation des services du Gouvernement. Cette immixtion n'est en effet pas compatible avec la répartition des compétences entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif.

L'article 2, 2/, de l'avant-projet doit dès lors être omis.

Cette observation vaut pour l'ensemble de l'avant-projet, il doit être revu en conséquence.

.../...

2. Comme la définition de la "société patrimoniale d'administration des bâtiments scolaires catholiques" visée au 15/ ne contient pas de référence spécifique au réseau de l'enseignement libre subventionné de confession catholique, l'on peut s'interroger sur l'utilité de qualifier ainsi la société patrimoniale d'administration des bâtiments scolaires.

L'observation vaut également pour l'article 20, alinéa 1^{er}.

Articles 6 et 8

1. Les articles 6, § 2, alinéas 2 et 3, et 8, alinéas 3 et 4, tendent à énoncer les conditions et les critères dont la commission de gestion du programme de financement exceptionnel tiendra compte pour, d'une part, sélectionner les projets et, d'autre part, soumettre au Gouvernement une proposition de décision d'acceptation de ces derniers.

Afin d'éviter toute incohérence, la liste de ces conditions et critères doit être identique dans les deux cas de figure. Telle est d'ailleurs l'intention poursuivie puisque, dans le commentaire de l'article 8, il est écrit que

"[l]a commission fait [la] proposition [de décision au Gouvernement prévue par l'article 8] sur la base des conditions et critères décrits à l'article 6".

Plutôt que de reproduire la liste, en principe identique, de ces conditions et de ces critères dans les deux dispositions, il est préférable, tant pour des raisons de clarté que pour éviter toute incohérence entre les deux listes⁽⁷⁾, de la mentionner dans la première des deux dispositions en cause, soit l'article 6, et, à l'article 8, d'y renvoyer.

⁽⁷⁾ L'avant-projet illustre ce risque puisque l'article 6, § 2, alinéa 2, premier tiret, n'est pas rédigé de manière identique à l'article 8, § 1^{er}, alinéa 3, premier tiret, qui ont pourtant le même objet, la première disposition visant aussi les investissements égaux à 750.000 euros et la seconde prévoyant en outre une indexation de ce montant. Sur ce dernier point, il est recommandé par ailleurs d'habiliter le Gouvernement, dans un souci de sécurité juridique, à fixer le montant résultant de la formule d'indexation.

2. L'article 8, § 2, prévoit que le c'est "[s]ur proposition de la commission [que] le Gouvernement prend la décision d'acceptation ou non des dossiers".

En principe, pareille rédaction signifie que le Gouvernement ne peut s'écarter de la proposition faite par la commission, sauf à celle-ci de formuler une nouvelle proposition.

Il appartient à l'auteur de l'avant-projet de vérifier si telle est bien son intention ou s'il n'est pas préférable de prévoir plus simplement que le Gouvernement statue sur la base d'un rapport de la commission au Gouvernement ne liant pas ce dernier. En ce dernier cas, l'ensemble de l'article 8 et, le cas échéant, l'article 6 devraient être revus.

3. La section de législation constate que la sélection des projets s'opère en fonction de quatre critères entre lesquels l'avant-projet de décret n'établit aucune priorité ou pondération. Un tel système risque de causer de nombreuses contestations en raison des inégalités qu'il pourrait établir entre les divers projets soumis à la Commission.

Articles 9 et 11

1. Il ressort tant de l'article 8 du décret en projet que du commentaire des articles 8 et 9 que la commission doit faire réaliser une analyse technique, juridique et financière. Les articles 9, alinéa 1^{er}, et 3, et 11, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du décret en projet ne visent par contre qu'une analyse technique et financière. Ces derniers doivent dès lors être complétés.

La même observation vaut pour la suite de l'avant-projet.

2. À l'article 11, § 1^{er}, alinéa 2, du décret en projet, il faut remplacer les mots "la décision visée au § 1" par les mots "la décision visée à l'alinéa 1^{er}".

Article 12

Selon le commentaire de l'article, la convention de gestion de projet, qui est conclue entre le pouvoir organisateur dont le projet a été sélectionné et la Communauté française, est établie sur le modèle d'une convention type.

Or, le décret en projet ne contient pas un tel modèle et n'habilite pas non plus le Gouvernement à le fixer. L'avant-projet doit être complété sur ce point.

Article 13

S'agissant de la création de la commission de gestion du patrimoine de financement exceptionnel, il revient au législateur lui-même de le créer, conformément à l'article 24, § 5, de la Constitution, au lieu d'habiliter le Gouvernement à le faire.

Article 14

Comme la section de législation du Conseil d'État l'a rappelé à plusieurs reprises ⁽⁸⁾,

"Le caractère d'un établissement scolaire est défini aux articles 2 à 4 de la loi du 29 mai 1959 modifiant certaines dispositions de la législation de l'enseignement. D'un côté, il faut distinguer selon les réseaux les établissements officiels de la Communauté et subventionnés, qui sont organisés par les pouvoirs publics, et les établissements libres, qui sont organisés par des personnes privées. D'un autre côté, il faut distinguer les établissements selon leur caractère, non confessionnel, confessionnel ou pluraliste. Ces deux distinctions ne se recoupent pas. Des établissements officiels peuvent être confessionnels tout comme des établissements libres peuvent être non confessionnels. Le critère pertinent en matière de bâtiments scolaires est celui de la nature juridique du pouvoir

⁽⁸⁾ Voir notamment l'avis 42.219/2, donné le 12 mars 2007, sur un avant-projet devenu le décret du 16 novembre 2007 relatif au programme prioritaire de travaux en faveur des bâtiments scolaires de l'enseignement fondamental ordinaire et spécialisé, de l'enseignement secondaire ordinaire, spécialisé et de promotion sociale, de l'enseignement artistique à horaire réduit, des centres psycho-médico-sociaux ainsi que des internats de l'enseignement fondamental et secondaire, ordinaire et spécialisé, organisés ou subventionnés par la Communauté française (Doc. parl., Parl. Comm. fr., 2007-2008, n/ 470/1, p. 30).

organisateur de l'établissement d'enseignement, comme le prévoit le décret du 5 février 1990 précité qui distingue selon les réseaux et non selon les caractères. Il convient donc d'établir une commission inter-réseau plutôt qu'une commission inter-caractère".

L'article 14, alinéa 1^{er}, de l'avant-projet doit dès lors être revu.

Article 16

Ni l'exposé des motifs ni le commentaire de l'article n'apportent des précisions sur la fixation de la contribution propre des pouvoirs organisateurs relevant du réseau d'enseignement libre subventionné et du réseau d'enseignement officiel subventionné (article 16, § 2, alinéa 2, du décret en projet).

Il appartient à l'auteur de l'avant-projet de justifier, au regard de l'article 24, § 4, de la Constitution, les pourcentages retenus.

Article 18

Au paragraphe 2, sans doute faut-il lire "les écoles du réseau officiel subventionné".

Articles 21 et 22

L'article 174 de la Constitution consacre le principe de l'annualité budgétaire. Ce principe est transposé au niveau des communautés et des régions par les articles 13, § 1^{er}, de la loi spéciale du 8 août 1980 précitée et 50, § 1^{er}, de la loi spéciale du 16 janvier 1989 relative au financement des communautés et des régions. Suivant ces dispositions, les budgets sont votés chaque année et ne valent que pour un an, de sorte qu'il n'appartient pas au législateur décrétoal de déroger à cette règle de l'annualité budgétaire en déterminant les affectations pour les années à venir.

Les dispositions en projet ne répondent pas à ce principe puisqu'elles lient le législateur budgétaire pour l'avenir dans la mesure où, méconnaissant ce principe de l'annualité budgétaire, elles auraient pour effet de déposséder le législateur budgétaire de ses prérogatives en matière de vote du budget et de contrôle du Gouvernement ⁽⁹⁾.

Article 21

L'article 21 revêtant un caractère modificatif, la mention du "programme de financement exceptionnel" dans les dispositions modifiées doit être accompagnée de la référence au décret en projet.

Observations finales

Plusieurs imperfections d'ordre légistique ou rédactionnel sont à relever.

Quelques exemples en sont donnés ci-après :

1/) Lorsqu'il est renvoyé à une disposition ou à une subdivision de l'avant-projet ⁽¹⁰⁾, il n'y a pas lieu de le préciser par l'ajout des mots "du présent décret", qui vont alors de soi.

2/) Les énumérations que contiennent plusieurs dispositions doivent se faire par le procédé de la numérotation (1/, 2/, 3/, etc.) mais en aucun cas par l'usage de procédés graphiques tels que des puces ("•") ou autres signes (ex. : " ").

⁽⁹⁾ Voir notamment l'avis 42.219/2, donné le 12 mars 2007, sur un avant-projet devenu le décret du 16 novembre 2007 précité (Doc. parl., Parl. Comm. fr., 2007-2008, n/ 470/1, p. 25) et l'avis 43.843/2, donné le 17 décembre 2007, sur un avant-projet devenu le décret du 22 février 2008 portant diverses mesures relatives à l'organisation et au fonctionnement de l'Agence pour l'évaluation de la qualité de l'enseignement supérieur organisé ou subventionné par la Communauté française (Doc. parl., Parl. Comm. fr., 2007-2008, n/ 512/1, p. 33).

⁽¹⁰⁾ Voir par exemple l'article 2, 2/ et 4/ de l'avant-projet.

3/) Pour désigner un jour civil, il n'est pas nécessaire de lui apposer le nom de "calendrier" qui le distinguerait des autres catégories, notamment celles de jour férié, ouvrable, ouvré. Il suffit d'écrire simplement "jour".

4/) Il y a lieu de remplacer le code monétaire ISO "EUR", utilisé par plusieurs dispositions, par le substantif "euro" et, le cas échéant, de l'accorder.

L'avant-projet sera revu afin de se conformer aux usages de la légistique⁽¹¹⁾ et à en parfaire la rédaction.

⁽¹¹⁾ Voir Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires, www.conseildetat.be, onglet "Technique législative", §§ 32 et 35.

La chambre était composée de

Messieurs	R. ANDERSEN,	premier président du Conseil d'État,
	P. LEWALLE,	conseillers d'État,
	P. VANDERNOOT,	
Madame	C. GIGOT,	greffier.

Le rapport a été présenté par M. R. WIMMER, auditeur.

LE GREFFIER,

LE PREMIER PRÉSIDENT,

C. GIGOT

R. ANDERSEN