CC

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 47.470/2
47.471/2
DU 25 NOVEMBRE 2009

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par le Vice-Président et Ministre de l'Économie, des PME, du Commerce extérieur et des Technologies nouvelles de la Région wallonne, le 20 novembre 2009, d'une demande d'avis, dans un délai de cinq jours ouvrables, sur :

- un avant-projet de décret "visant à transposer, de manière générale la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur" (47.470/2);

- un avant-projet de décret "visant à transposer, de manière générale la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur dans les matières visées à l'article 138 de la Constitution" (47.471/2),

a donné l'avis suivant :

1. Dans son avis 43.646/2, donné le 24 octobre 2007 sur un projet devenu le décret du 3 avril 2009 relatif à l'enregistrement ou à l'agrément des agences de placement la section de législation du Conseil d'État a attiré l'attention de la Région wallonne, dans les termes suivants, sur les obligations pesant sur celle-ci dans le cadre de la transposition de la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur :

> "cette directive est entrée en vigueur le 28 décembre 2006 et doit être transposée avant le 28 décembre 2009 (articles 44, paragraphe 1, et 45 de la directive 2006/123/CE). Au plus tard à cette date, la Région wallonne devra donc avoir mis l'ensemble de son droit en conformité avec cette directive et avoir présenté à la Commission le rapport prescrit par son article 39. Ce rapport doit notamment comporter l'indication des régimes d'autorisation existants et une motivation de leur compatibilité avec la directive susmentionnée (article 9, paragraphe 2, de ladite directive)" [(1)].

Dans son avis 45.609/AG, donné le 3 février 2009, la section de législation, réunie en assemblée générale, a précisé ces obligations :

> "il conviendrait que [l']auteur [de l'avant-projet de décret], compte tenu du délai ultime de transposition de la directive [2006/123/CE précitée], du moment auquel le présent avis est donné, ainsi que du laps de temps nécessaire à l'adoption du projet de décret, à l'élaboration de ses arrêtés d'exécution et à la détermination de sa date d'entrée en vigueur, examine si les dispositions en projet ne devraient pas d'ores et déjà être revues, complétées ou modifiées, afin d'arrêter, dès à présent, dans le décret, ou d'y habiliter le Gouvernement, dans le respect des principes applicables en matière de délégation du pouvoir réglementaire, les mesures de transposition nécessaires afin de rendre applicables aux établissements concernés les dispositions de la directive autres que celles qui viennent d'être expressément examinées. La section de législation pense, notamment, aux dispositions de la directive en matière de simplification des procédures administratives (article 5), de mise en place de guichets uniques (article 6), d'accès à l'information dans le chef des prestataires et des destinataires (article 7), de recours aux procédures électroniques (article 8), de prise en compte d'«autorisations» délivrées par des autorités compétentes d'autres États membres dans des conditions d'octroi «équivalentes» (article 10, paragraphe 3), d'obligation d'information à prévoir dans le chef des prestataires de services (article 22), de règlement des litiges (article 27), etc.
>
> Il ne pourrait en aller autrement que s'il pouvait être considéré soit que ces diverses exigences sont déjà ou seront prochainement transposées par la Région

---

(1) *Doc. parl.*, Parl. wall., 2008-2009, n/ 951/1. Cette observation a notamment été réitérée dans l'avis 44.687/2/V, donné le 24 juillet 2008 sur un projet de décret relatif aux agences de voyage.

wallonne, agissant dans le cadre des matières transférées, par une législation de type «horizontal», soit que les exigences à transposer relèvent de la compétence de l'État fédéral [(2)], soit que cela devrait faire l'objet d'un accord de coopération au sens de l'article 92*bis* de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles" [(3)].

2.1. Ainsi que le relève le texte de la motivation de l'urgence auquel se réfère la demande d'avis, les avant-projets à l'examen sont "similaires à ce[ux] d'[un] avant-projet de loi" sur lequel la section de législation a donné un avis, le 8 septembre 2009. Il s'agit de l'avant-projet de loi transposant la directive 2006/123/CE précitée.

2.2. Cet avis, portant le numéro 47.084/1/V, comportait tout d'abord une observation relative à la compétence, formulée comme suit :

"3. Il appartient à chaque législateur de transposer la directive services en droit interne pour ce qui concerne ses propres compétences. Par conséquent, la loi dont le projet est actuellement à l'examen ne peut s'appliquer qu'aux matières que l'autorité fédérale est habilitée à réglementer; il appartient aux communautés et aux régions de transposer la directive services dans les limites de leurs compétences. L'article 3 du projet devrait exprimer plus clairement que la loi en projet ne s'applique qu'aux matières relevant des compétences fédérales.

4. L'observation faite au point 3 n'empêche pas que la transposition de la directive services par les différents législateurs doit intervenir de manière coordonnée. Afin de garantir clarté et cohérence, il aurait été préférable de conclure un accord de coopération en application de l'article 92*bis* de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, mais cette option n'a pas été retenue, ce qui renforce la nécessité de concertation mutuelle et de d'harmonisation réciproque des politiques".

2.3. L'avis contenait ensuite les observations générales suivantes :

---

(2) *Note 58 de l'avis cité :* Il en est ainsi des dispositions concernant la protection des consommateurs ou celles relevant du droit des pratiques du commerce (article 6, § 1er, VI, alinéa 2, 2/, et alinéa 4, 4/, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles).

(3) Avis 45.609/AG donné le 3 février 2009 sur un avant-projet devenu le décret du 30 avril 2009 relatif à l'hébergement et à l'accueil des personnes âgées (*Doc. parl.*, Parl. wall., 2008-2009, n/ 971/1).

"5. Comme l'observe l'exposé des motifs du projet de loi soumis pour avis, la directive services contient des dispositions de natures fort différentes.

Ainsi, cette directive contient un certain nombre de dispositions comportant des obligations à l'égard de prestataires de services ou conférant des droits à des destinataires (par exemple les articles 18 à 21) et qui exigent manifestement d'être transposées en droit interne; d'autres dispositions de la directive sont de telle nature que seule une intervention de fait des autorités publiques peut les exécuter (comme l'obligation de passer en revue les régimes d'autorisation); d'autres dispositions encore imposent aux autorités réglementaires nationales des règles, des principes et des interdictions dont elles doivent tenir compte lors de l'adoption de la réglementation interne, mais qui ne doivent pas en soi être formulées ou reformulées dans le droit national.

5.1. Le projet de loi soumis pour avis reproduit un certain nombre de dispositions de la directive services qui ne requièrent pas de transposition dans des règles autonomes de droit national. Ainsi, le projet reproduit par exemple plusieurs articles de la directive destinés au législateur ou à d'autres autorités réglementaires et imposant à ces derniers des principes ou des interdictions qu'ils doivent respecter lorsqu'ils édictent des règles. Plus précisément, les chapitres II (liberté d'établissement) et III (liberté de prestation de services) comportent, outre des dispositions spécifiques, plusieurs dispositions comprenant des principes flous et généraux principalement destinés aux autorités compétentes.

À proprement parler, il est superflu de reproduire de tels règles et principes dans des règles autonomes de droit national. Si le législateur devait néanmoins estimer qu'il se justifie de reproduire pareilles dispositions de la directive dans une «loi-cadre» (en raison de l'effet supplétif ou interprétatif qui s'attacherait à pareilles prescriptions légales), il devrait être conscient que formuler ces principes et interdictions émanant de la directive services dans une loi-cadre nationale ne le dispense pas d'expurger dans les délais les lois particulières des dispositions qui seraient contraires à celles de la directive services ou de cette loi cadre et, de manière générale, de faire application des principes prescrits par la directive en élaborant une nouvelle législation ou en révisant l'ancienne.

5.2. Le projet de loi soumis pour avis contient - notamment aux chapitres II et III - un certain nombre de dispositions ayant un effet direct et qui ont trait aux régimes d'autorisation existants. Il semble que l'intention des auteurs du projet soit que ces dispositions complètent le régime existant en matière de procédures d'autorisation à titre de règles «de nature supplétive» dans la mesure où ces procédures ne régleraient pas certains points abordés dans le projet.

Il appartient aux États membres d'effectuer la transposition du droit européen d'une manière rendant le normes transparentes et cohérentes pour les justiciables. Pour transposer la directive services, les obligations concrètes de ces derniers doivent être inscrites dans les différents régimes d'autorisation spécifiques mêmes, en veillant notamment à corriger les défauts constatés à cette occasion et à remédier aux lacunes. Formuler des règles "de nature supplétive" ne satisfait pas aux exigences de la sécurité juridique.

5.3. En conclusion, la technique de transposition choisie dans le projet de loi soumis pour avis, est sinon superflue, en tout cas pour partie insuffisamment transparente et en toute hypothèse insuffisante. Elle ne dispense pas le législateur d'apporter ou de faire apporter dans les délais les adaptations et corrections nécessaires à la législation existante chaque fois que cette dernière s'avère contraire aux principes prescrits par la directive services et auxquels le législateur entend s'astreindre dans le projet à l'examen.

6. Lors de la transposition d'une directive, il est en principe recommandé de s'en tenir le plus possible à la formulation des dispositions de la directive transposée.

Le Conseil d'État n'aperçoit pas toujours pourquoi le projet tantôt s'écarte de la terminologie de la directive services, tantôt la respecte.

[...]".

2.4. Ces observations ont été reproduites dans l'avis 47.286/1, donné le 29 octobre 2009 sur un avant-projet de décret de la Communauté germanophone sur les services.

2.5. Les avant-projets à l'examen appellent les mêmes observations, qui concernent une partie substantielle de ceux-ci, spécialement - mais non exclusivement - les dispositions qui figurent en leurs chapitres II et III.

S'agissant de celles de leurs dispositions qui, échappant aux critiques fondamentales qui viennent d'être énoncées, paraissent pouvoir trouver leur place quant à leur objet dans des décrets visant à une transposition transversale de la directive, il doit être constaté que la méthode généralement suivie consistant à reproduire simplement, de manière textuelle, les dispositions de la directive ne correspond pas à la démarche requise de transposition d'une directive européenne, qui implique un véritable travail d'adaptation et d'intégration des exigences de la directive dans les dispositifs de droit interne; la méthode adoptée suscite également des difficultés quant à l'articulation de plusieurs dispositions des avant-projets avec les législations en vigueur en Région wallonne applicables aux services concernés par la directive.

Cette observation concerne par exemple les dispositions des avant-projets qui se réfèrent à la notion d'"autorité compétente de la Région wallonne", dont la définition à l'article 2, 11/, des avant-projets, constitue une reproduction, au demeurant

partielle, de l'article 4, point 9, de la directive 2006/123/CE précitée; cette définition manque de la précision nécessaire lorsqu'il s'agit de conférer des pouvoirs, notamment de contrôle et de surveillance, à une autorité, même si ces dispositions prennent la précaution, insuffisante, de prévoir leur applicabilité "dans la limite d[es] compétences" de ces autorités.

On peut mentionner également, à seul titre d'exemples, comme procédé défectueux de transposition, en raison de leur défaut de précision [(4)] :

- l'article 29, § 2, spécialement ses alinéas 2 et 3, des avant-projets, aux termes desquels

> "[l'autorité compétente de la Région wallonne compétente (*sic*)] peut décider des mesures les plus appropriées à prendre dans chaque cas d'espèce pour répondre à la demande d'une autorité compétente d'un autre État membre.
>
> Elle apprécie la nature et l'ampleur des vérifications, inspections et enquêtes à mener";

- l'article 37, § 1er, alinéa 2, 1/ et 2/, des avant-projets, aux termes duquel

> "[l]'autorité compétente de la Région wallonne :
>
> - prend toutes les mesures nécessaires afin d'assurer que le prestataire se conforme aux exigences qui ont trait à l'accès à l'activité de service et son exercice;
>
> - procède aux vérifications, inspections et enquêtes nécessaires pour contrôler le service fourni".

---

(4) On peut signaler aussi, incidemment, que le tableau de transposition entre les dispositions de la directive et celles des avant-projets de décret, joint au dossier, comporte une erreur matérielle : l'article 3, paragraphes 1 et 2, de la directive n'est pas transposé par l'article 2, §§ 3 et 4 des avant-projets de décret mais par son article 3, §§ 3 et 4.
Une fois les avant-projets adaptés compte tenu des observations formulées dans le présent avis, ce tableau de travail sera modifié et complété d'un second tableau de transposition mentionnant les dispositions de la directive au départ des dispositions des avant-projets (*Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, 2008, recommandations nos 191 à 191.2, www.conseildetat.be; rapport annuel du Conseil d'État pour l'année 2005-2006, spéc. nos 15 à 17 (www.raadvst-consetat.be/?page=about_annualreports&lang=fr).

Par ailleurs, les articles 37, § 4, et 38 des avant-projets paraissent faire double emploi.

Toujours sur la technique de transposition, les avant-projets utilisent des notions issues de la directive mais non définies et donc non intégrées en droit wallon, comme par exemple celle de "système électronique d'échange d'information" (5).

Dans le même ordre d'idée, l'article 36, § 2, alinéa 2, ne peut prescrire des obligations à des autorités d'autres Etats membres.

2.6. En outre, dans sa démarche tendant à rédiger des dispositions "similaires à celles de l'avant-projet de loi" sur lequel la section de législation a donné son avis 47.084/1/V précité donné le 8 septembre 2009 (6), l'auteur des avant-projets semble avoir perdu de vue la nécessité de limiter son champ d'application aux services concernés par la directive pour lesquels il est compétent.

Ainsi, si la phrase liminaire de l'article 3, § 1er, prend soin à bon escient d'énoncer le champ d'application des avant-projets "sans préjudice des compétences de l'autorité fédérale", elle omet d'en excepter également les compétences des communautés et, s'agissant de l'avant-projet autre que celui renvoyant dans son intitulé à l'article 138 de la Constitution, celles qui ont été transférées à la Région wallonne par les décrets de transfert de compétence des 19 et 22 juillet 1993 (7).

En tout état de cause, il n'appartient pas à la Région wallonne, comme l'auteur des avant-projets envisage de le faire pour la plupart des dispositions de l'article 3,

---

(5) Article 34, paragraphe 1, de la directive.

(6) Voir le n/ 2.1, plus haut.

(7) Décret de la Communauté française n/ II du 19 juillet 1993 attribuant l'exercice de certaines compétences de la Communauté française à la Région wallonne et à la Commission communautaire française et décret de la Région wallonne n/ II du 22 juillet 1993 portant le même intitulé.

§§ 1er, 2, 1/, *partim* (8), et 2/ (9), et 4, d'exclure des services échappant à ses compétences du champ d'application des avant-projets, ce qui laisse à penser que le législateur wallon serait compétent pour adopter une mesure inverse.

L'avant-projet de décret renvoyant dans son intitulé à l'article 138 de la Constitution contient, certes, en son article 1er, alinéa 2, la formule selon laquelle "[l]e présent décret règle, en application de l'article 138 de la Constitution, des matières visées aux articles 127, § 1er, et 128, § 1er, de celle-ci" mais, outre qu'elle ne suffit pas à rendre sans objet l'observation qui vient d'être formulée, elle ne délivre pas l'auteur de l'avant-projet de son obligation de définir le champ d'application des services concernés au sein même de la disposition qui est spécialement consacrée à la détermination de ce champ d'application, à savoir son article 3.

À titre d'exemples, suscitent également des difficultés, au regard des limites des compétences régionales :

- les dispositions de l'avant-projet dont l'intitulé renvoie à l'article 138 de la Constitution, qui se réfèrent à l'ensemble du territoire de la Région wallonne, soit au-delà des limites de la région de langue française qui doivent former le champ d'application territorial de cet avant-projet (10);

- l'ajout d'une compétence à la Commission de la protection de la vie privée par l'article 30, § 2, alinéa 2, des avant-projets;

---

(8) Seule la fiscalité régionale relève des compétences de la Région wallonne et ce n'est donc que dans cette seule mesure que l'avant-projet ne faisant pas référence dans son intitulé à l'article 138 de la Constitution peut exclure "le domaine de la fiscalité" de son champ d'application.

(9) Lorsque, dans un texte de droit belge, il est question de "la sécurité sociale", il ne s'agit pas du sens autonome que cette notion peut avoir en droit européen, qui peut englober des compétences régionales au sens du droit interne, mais précisément la sécurité sociale au sens de l'article 6, § 1er, VI, alinéa 5, 12/, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, qui excepte cette matière des compétences régionales.

(10) Articles 37, §§ 1er, alinéa 1er, et 3, et 40, § 1er, de cet avant-projet.

- l'article 41, qui concerne le détachement des travailleurs.

Enfin, les avant-projets doivent être revus afin de vérifier leur compatibilité avec le cadre normatif général de l'union économique et de l'unité monétaire, que l'article 6, § 1er, VI, alinéas 3 à 5, de la loi spéciale précitée du 8 août 1980 constitue en une autre balise importante à l'exercice des compétences régionales (11).

2.7. D'autres dispositions paraissent inutiles, comme l'article 30, § 2, alinéa 1er, des avant-projets, aux termes duquel l'autorité doit respecter "la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel ainsi que les dispositions des lois du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques et du 24 août 2005 visant à transposer certaines dispositions de la directive services financiers à distance et de la directive vie privée et communications électroniques, relatives à la vie privée et aux communications électroniques", cette obligation résultant de l'effet propre de ces législations.

3. Les avant-projets seront revus à la lumière des observations qui précèdent.

Si les différents niveaux de pouvoir des autorités investies de la transposition des dispositions de la directive 2006/126/CE souhaitent adopter à une méthode transversale, d'application générale, pour celles de ces dispositions qui s'y prêtent, il ne peut qu'être conclu, comme de précédents avis l'ont déjà exprimé, qu'à l'opportunité d'envisager la conclusion d'un accord de coopération ayant cet objet (12).

---

(11) En ce sens, l'avis 44.687/2/V précité donné le 4 juin 2008, observation n/ IV.

(12) Voir les extraits reproduits plus haut des avis 45.609/AG, donné le 3 février 2009 et 47.084/1/V, donné le 8 septembre 2009, observation n/ 4. Voir aussi l'avis 44.687/2/V précité donné le 4 juin 2008, observation n/ IV, en ce compris la note infrapaginale n/ 17.

La chambre était composée de

Messieurs	Y. KREINS,	président de chambre,
	P. VANDERNOOT,	conseillers d'État,
Mesdames	M. BAGUET,	
	A. WEYEMBERGH,	assesseur de la section de législation,
	B. VIGNERON,	greffier.

Le rapport a été présenté par M. X. DELGRANGE, premier auditeur chef de section..

LE GREFFIER LE PRÉSIDENT

B. VIGNERON Y. KREINS