

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 48.074/2
DU 28 AVRIL 2010

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par le Ministre-Président du Collège de la Commission communautaire française de Bruxelles-Capitale, le 2 avril 2010, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de décret de la Commission communautaire française "sur les services", 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, le projet appelle les observations ci-après.

Observations préalables

1. L'avant-projet examiné vise à transposer, dans les matières personnalisables relevant de la Commission communautaire française, la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur.

Il est très similaire au décret de la Région wallonne du 10 décembre 2009 visant à transposer 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, qui a fait l'objet de l'avis de la section de législation du Conseil d'État 47.471/2 du 25 novembre 2009 ¹ et au décret de la Communauté germanophone du 15 mars 2010 sur les services, qui a fait l'objet de l'avis de la section de législation du Conseil d'État 47.286/1 du 29 octobre 2009 ².

Il convient dès lors de rappeler, le cas échéant, les observations déjà formulées à l'égard de ces précédents.

2. Le considérant 118 de la directive 2006/123/CE précitée rappelle :

"Conformément au point 34 de l'accord interinstitutionnel "Mieux légiférer", les États membres sont encouragés à établir, pour eux-mêmes et dans l'intérêt de la Communauté, leurs propres tableaux, qui illustrent, dans la mesure

⁽¹⁾ *Doc. parl.*, Parl. wall., 2009-2010, n/ 123/1.

⁽²⁾ *Doc. parl.*, Parl. Comm. germ., 2009-2010, n/ 29/1.

du possible, la concordance entre la présente directive et les mesures de transposition, et à les rendre publics".

La déléguée du ministre-président a communiqué, ce jeudi 22 avril, un tableau de transposition établissant la correspondance entre les articles de la directive et ceux de l'avant-projet. Il s'indique néanmoins d'accompagner l'exposé des motifs du projet d'un double tableau de transposition, à savoir, outre celui communiqué, d'un tableau mentionnant les dispositions de la directive au départ des dispositions du projet ³.

Compétence

L'avis 47.471/2 précité renvoie, s'agissant de la compétence, à l'avis 47.084/1/V du 8 septembre 2009 sur un avant-projet de loi transposant la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, qui contenait l'observation suivante :

"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" ⁴.

(3) Voir *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, onglet "Technique législative", www.conseildetat.be, recommandations n^{os} 191 et 194, pp. 118-119.

(4) *Doc. parl.*, Chambre, 2009-2010, n/ 2338/1.

Observations générales

1. Les avis 47.286/1 et 47.471/2 précités rappellent l'observation suivante, formulée dans l'avis 47.084/1/V précité :

"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 les 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.

[...]"

L'avant-projet à l'examen appelle 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 un décret 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 de l'avant-projet avec les réglementations de la Commission communautaire française applicables aux services concernés par la directive.

Cette observation concerne par exemple les dispositions de l'avant-projet qui se réfèrent à la notion d'"autorité compétente", dont la définition à l'article 2, 13, de l'avant-projet, 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.

2. On peut mentionner également, à seul titre d'exemple, comme procédé défectueux de transposition, en raison de leur défaut de précision :

- l'article 29, § 2, spécialement ses alinéas 2 et 3, de l'avant-projet, aux termes desquels :

"l'autorité compétente de la Commission communautaire française effectue, dans la limite de ses compétences, les vérifications, inspections, enquêtes concernant un prestataire de services ou ses services, qui lui sont demandées par l'autorité compétente d'un autre Etat membre par le biais d'une demande motivée.

Elle apprécie la nature et l'ampleur des vérifications, inspections et enquêtes à mener";

- l'article 37, § 1^{er}, alinéa 2, 1 et 2, de l'avant-projet, aux termes duquel

"L'autorité compétente de la Commission communautaire française

1 / 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,

2/ procède aux vérifications, inspections et enquêtes nécessaires pour contrôler le service fourni".

Toujours sur la technique de transposition, l'avant-projet utilise des notions issues de la directive mais non définies et donc non intégrées dans le droit de la Commission communautaire française, comme par exemple celle de "système électronique d'échange d'information" ⁵.

3. Compte tenu du caractère fondamental des observations générales qui viennent d'être faites, le Conseil d'État se limitera à formuler les observations particulières qui suivent.

⁽⁵⁾ Article 34.1 de la directive.

Observations particulières

Dispositif

Article 4

1. L'alinéa 2 reproduit une disposition figurant à l'article 6, alinéa 2, de l'avant-projet germanophone. L'avis 47.286/1 précité contient à cet égard l'observation suivante, qui demeure pertinente :

"In het eerste lid van artikel 6 van het ontwerp worden de voorwaarden opgesomd waaraan een vergunning voor vestiging moet voldoen. Luidens het tweede lid van dit artikel is het eerste lid ervan niet van toepassing op de vergunningsstelsels die de toegang tot of de uitoefening van een gereguleerd beroep afhankelijk maken van bepaalde kwalificaties en op specifieke bepalingen die vereisen dat een bepaalde activiteit wordt voorbehouden aan een bepaald beroep.

Voor zover met het genoemde tweede lid wordt verwezen naar hetgeen geregeld wordt in richtlijn 2005/36/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 september 2005 betreffende de erkenning van beroepskwalificaties, gaat het om een loutere toepassing van artikel 6, derde lid, van het ontwerp en is het overbodig.

In zoverre dat lid betrekking heeft op «specifieke voorschriften», is het niet duidelijk welke andere bepalingen worden bedoeld. De stellers van het ontwerp dienen de nodige verduidelijking aan te brengen en te beoordelen of artikel 6, tweede lid, op dit vlak wel in overeenstemming te brengen valt met het Europese gemeenschapsrecht".

2. Les alinéas 4 et 5 confèrent au Collège des pouvoirs spéciaux.

Il est généralement admis que le Collège de la Commission communauté française peut se voir attribuer pareils pouvoirs sur la base de l'article 78 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, qui lui est rendu applicable par l'article 4, 1/, du décret de la Communauté française 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 du décret de la Commission communautaire française du 22 juillet 1993 portant le même intitulé.

.../...

En effet, comme l'a relevé la section de législation du Conseil d'État dans son avis 39.442/2/4 du 19 décembre 2005 sur un avant-projet devenu le décret-programme de la Région wallonne du 23 février 2006 relatif aux actions prioritaires pour l'avenir wallon,

"En application de l'article 78 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, qui correspond à l'article 105 de la Constitution au niveau du pouvoir des Communautés et des Régions, l'avant-projet vise donc à conférer au Gouvernement régional un pouvoir normatif plus large que celui dont il est investi en vertu de l'article 20 de la loi spéciale (exécution des décrets), lequel correspond à l'article 108 de la Constitution.

Un pareil procédé dérogatoire aux règles normales d'exercice de la fonction normative, en vertu desquelles il revient au pouvoir législatif de modifier les décrets qu'il a adoptés, doit toutefois être justifié : le législateur doit se garder de porter atteinte de manière discriminatoire au principe de légalité en habilitant le pouvoir exécutif à modifier des textes législatifs sans nécessité réelle. C'est pourquoi l'exposé des motifs doit être complété afin qu'un débat puisse avoir lieu au sein de l'assemblée délibérante démocratiquement élue quant aux circonstances particulières qui justifient l'attribution des pouvoirs en projet" ⁶.

Or, le commentaire de l'article 4 de l'avant-projet examiné justifie l'attribution de pouvoirs spéciaux de manière particulièrement sibylline : "Cette disposition vise à poser en droit belge le principe général de la liberté d'accès aux activités de service et à permettre à la Commission communautaire française d'abroger ou de corriger les régimes d'autorisation qui ne seraient pas conformes aux principes inscrits dans ce même article". L'attribution de pouvoirs spéciaux doit être dûment justifiée au regard des principes qui viennent d'être rappelés.

À cet égard, l'attention de l'auteur de l'avant-projet est attirée sur le fait la Région wallonne, outre le décret transversal du 10 décembre 2009 précité, a adopté à la même date un décret "modifiant diverses législations relatives aux matières visées à l'article 138 de la Constitution, en vue de transposer la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur". En outre, il résulte de l'exposé des motifs qu'il a déjà été procédé "au screening des réglementations, qui consiste à analyser, dans les matières identifiées comme relevant du champ d'application de la directive, quelles dispositions dans les réglementations devront être maintenues, modifiées ou supprimées".

⁽⁶⁾ *Doc. parl.*, Parl. wall., 2005-2006, n/ 296/1.

Il serait dès lors préférable de procéder à ces adaptations par la voie législative classique.

Article 36, § 3

La Commission communautaire française ne peut prescrire des obligations à des autorités d'autres États membres.

L'article 36, § 3, sera omis.

Article 41

Cette disposition doit être revue afin d'éviter de conférer un effet rétroactif au texte en projet, sans toutefois que l'habilitation faite au Collège soit conférée sans limite dans le temps ⁷.

⁽⁷⁾ Voir *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, onglet "Technique législative", www.conseildetat.be, recommandation n° 154.

La chambre était composée de

Messieurs	Y. KREINS,	président de chambre,
Mesdames	P. VANDERNOOT, M. BAGUET,	conseillers d'État,
	V. VANNES,	assesseur de la section de législation,
Monsieur	G. DELANNAY,	greffier assumé.

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

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

G. DELANNAY

Y. KREINS