

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 48.207/4
DU 1^{ER} JUIN 2010

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, quatrième chambre, saisi par le Ministre de l'Environnement, de l'Aménagement du Territoire et de la Mobilité de la Région wallonne, le 3 mai 2010, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de décret "modifiant le décret du 27 juin 1996 relatif aux déchets et le Livre 1^{er} du Code de l'environnement", 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 de l'avant-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.

I. Formalités préalables

Il résulte de l'article 2, a), du décret de la Région wallonne du 1^{er} juillet 1993 portant création d'un Conseil supérieur des villes, communes et provinces de la Région wallonne que ce Conseil supérieur a notamment pour mission "d'émettre un avis au sujet de tout projet et proposition de décret du Conseil régional wallon et de tout projet d'arrêté de l'Exécutif régional wallon susceptible d'influencer les finances et/ou la gestion des villes, communes et provinces, à l'exception du décret relatif au budget de la Région wallonne".

Tel est le cas de l'avant-projet de décret dès lors qu'il a des effets à l'égard des "personnes morales de droit public territorialement responsables de la gestion des déchets ménagers".

Or il ne ressort pas du dossier transmis au Conseil d'État que le Conseil supérieur aurait été consulté préalablement à l'adoption de l'avant-projet à l'examen.

La déléguée du ministre a confirmé que le Conseil supérieur n'avait effectivement pas été consulté.

L'auteur de l'avant-projet veillera à l'accomplissement de la formalité requise.

.../...

II. Examen de l'avant-projet

Observations générales

A. La directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur (ci-après la "directive 2006/123/CE")

Comme le précise l'exposé des motifs, le 30 avril 2009, le Gouvernement wallon a adopté un projet d'arrêté ayant pour objet de modifier le cadre réglementaire de l'obligation de reprise telle que réglée par l'article 8*bis* du décret du 27 juin 1996 relatif aux déchets (ci-après, le "décret du 27 juin 1996").

Ce projet d'arrêté a été soumis à la section de législation qui s'est prononcée sur celui-ci dans son avis 46.577/4. À cette occasion, la section de législation a notamment observé que plusieurs des dispositions qui lui étaient soumises manquaient de fondement décrétal, leur adoption nécessitant dès lors que des modifications soient préalablement apportées au cadre législatif wallon.

Selon l'exposé des motifs, l'avant-projet à l'examen entend essentiellement faire écho à cet avis, dans la mesure où ce dernier pointe le défaut de fondement décrétal de certaines dispositions du projet d'arrêté qui lui était soumis.

Ceci étant précisé, il convient de ne pas perdre de vue que, dans son avis 46.577/4 précité, la section de législation a fait d'autres observations tout aussi fondamentales, sur le projet d'arrêté qu'elle a eu à examiner.

La première de ces observations portait sur la compatibilité du système projeté avec la directive 2006/123/CE.

L'avis 46.577/4 précité a, sur ce point, observé :

"II. Le projet d'arrêté contient un grand nombre de dispositions réglant l'agrément des organismes auxquels l'article 8*bis* du décret du 27 juin 1996 permet qu'il soit fait appel en vue d'exécuter une obligation de reprise.

.../...

L'attention est attirée sur le fait que les activités de ces organismes apparaissent *a priori* comme n'étant pas exclues du champ d'application de la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur ⁽¹⁾.

Comme la section de législation du Conseil d'État l'a déjà rappelé à diverses reprises ⁽²⁾, 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 ⁽³⁾ et une motivation de leur compatibilité avec la directive susmentionnée (article 9, paragraphe 2, de ladite directive). Cela signifie que, pendant la phase de transposition, les États membres doivent procéder à un examen de leur législation (considérant 74 de la directive 2006/123/CE), recenser les régimes d'autorisation et les évaluer un à un. De plus, il convient de rappeler que, selon la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, si les États membres ne sont pas tenus d'adopter les mesures de transposition d'une directive avant l'expiration du délai prévu à cet effet, il résulte de l'application combinée des articles 10, second alinéa, et 249, troisième alinéa, du traité instituant la Communauté européenne ainsi que de la directive elle-même que, pendant ce délai, ils doivent

⁽¹⁾ *Note infrapaginale 4 de l'avis cité* : Sur cette directive, voir M. FALLON et A.-C. SIMON, "La directive «services» : quelle contribution au marché intérieur ?", *JTDE*, 2007/2, pp. 33 et sv.

Il convient de noter que ladite directive est postérieure de quelques mois à l'avis 41.095/4 qu'a donné la section de législation du Conseil d'État, le 16 octobre 2006, sur l'avant-projet devenu le décret du 22 mars 2007 modifiant le décret du 27 juin 1996 relatif aux déchets, qui a substantiellement modifié les règles relatives à l'organisation de l'obligation de reprise. Ceci explique que la section de législation n'a, à l'époque, pas fait d'observation sur ce point.

⁽²⁾ *Note infrapaginale 5 de l'avis cité* : Voir spécialement l'avis 45.609/AG, donné le 3 février 2009, sur un avant-projet de décret de la Région wallonne relatif à l'hébergement et à l'accueil des personnes âgées (*Doc. parl.*, Parl. wall., 2008-2009, n° 971/1, pp. 27 et sv.).

⁽³⁾ *Note infrapaginale 6 de l'avis cité* : Par l'expression "régime d'autorisation", la directive entend "toute procédure qui a pour effet d'obliger un prestataire ou un destinataire à faire une démarche auprès d'une autorité compétente en vue d'obtenir un acte formel ou une décision implicite relative à l'accès à une activité de service ou à son exercice" (article 4, 6), de la directive).

s'abstenir de prendre des dispositions de nature à compromettre sérieusement la réalisation du résultat prescrit par cette directive ou, à tout le moins, de prendre, dans le même sens, des dispositions nouvelles qui renforcent celles déjà existantes ⁽⁴⁾.

Compte tenu de ce qui précède, le régime d'agrément visé par le texte en projet devra être évalué au regard de la directive 2006/123/CE, et sa compatibilité avec l'article 9, paragraphe 1, de la directive 2006/123/CE devra être dûment justifiée dans le rapport prévu à l'article 39, paragraphe 1, de la directive 2006/123/CE.

S'agissant, par ailleurs, des conditions d'agrément prévues par le projet d'arrêté, l'attention de l'auteur du projet est attirée sur ce qu'il devra être en mesure d'établir que ces diverses conditions répondent dès à présent aux exigences posées par la directive 2006/123/CE ou, à tout le moins, qu'elles n'ont pas pour effet de rendre plus difficile la transposition future de cette directive.

C'est sous la réserve de l'observation qui vient d'être faite que sont formulées les observations qui suivent ".

Depuis que la section de législation a donné son avis 46.577/4 reproduit ci-avant, le délai de transposition de la directive 2006/123/CE est venu à échéance.

Il en résulte qu'à ce jour la Région wallonne doit 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.

Par ailleurs et *a fortiori*, tous les régimes d'agrément nouveaux, ainsi que toutes les modifications qui seront désormais apportées à des régimes d'agrément existants, devront être conformes à la directive 2006/123/CE.

⁽⁴⁾ *Note infrapaginale 7 de l'avis cité* : Comme l'a rappelé l'assemblée générale de la section de législation dans son avis 39.717/AG, donné les 7 et 21 février 2006, sur l'avant-projet devenu la loi du 15 septembre 2006 réformant le Conseil d'État et instituant un Conseil du Contentieux des Étrangers : "Selon une jurisprudence constante de la Cour de justice des Communautés européennes (voir, notamment, l'arrêt de la Cour du 18 décembre 1997, Inter-Environnement Wallonie c/ Région wallonne, aff. C - 129/96, *Rec.* 1997, I, p. 7411 et suivantes), même si le délai de transposition d'une directive n'est pas encore venu à expiration et même si les États membres destinataires ne sont pas tenus d'adopter les mesures adéquates avant l'expiration de ce délai de transposition, il n'en reste pas moins qu'il incombe à ces États membres de s'abstenir de prendre, pendant le délai de transposition fixé par une directive pour la mettre en oeuvre, des dispositions de nature à compromettre sérieusement la réalisation du résultat prescrit par cette directive" (*Doc. parl.*, Chambre, 2005-2006, n/ 2479/1, p. 276).

S'agissant des conditions d'agrément prévues par le texte en projet, ainsi que des obligations imposées aux titulaires des ces agréments, l'attention de l'auteur de l'avant-projet est attirée sur ce qu'il doit être en mesure d'établir que ces diverses conditions répondent aux exigences posées par le chapitre III (liberté d'établissement) et le chapitre IV (libre circulation des services) de la directive 2006/123/CE.

Sur ces questions fondamentales, force est de constater que le dossier transmis au Conseil d'État, en ce compris la note au Gouvernement et l'exposé des motifs, ne comportent aucune justification en relation avec la directive 2006/123/CE.

Le texte en projet doit faire l'objet d'un examen systématique au regard des exigences de droit européen résultant de la directive 2006/123/CE et l'auteur de l'avant-projet doit être en mesure d'établir les justifications requises.

B. Les différents plans dont l'élaboration et, le cas échéant, l'approbation est prévue par le texte en projet

1. L'avant-projet de décret prévoit et règle -brièvement- l'établissement de divers plans ⁽⁵⁾, en particulier les plans suivants :

- 1/ le "plan de prévention et de gestion de l'obligation de reprise", dont l'article 8*bis*, § 3, alinéa 1^{er}, 1/, du décret du 27 juin 1996 impose l'élaboration et l'exécution à tout producteur qui fait le choix d'exécuter lui-même l'obligation de reprise des biens concernés et dont, selon l'avant-projet de décret à l'examen, le contenu ainsi que la procédure d'instruction et d'approbation seront arrêtés par le Gouvernement;
- 2/ le "plan de prévention et de gestion" visé à l'article 8*bis*, § 4, alinéa 1^{er}, 6/, d), en projet, que l'organisme visé à l'article 8*bis*, § 3, alinéa 1^{er}, 2/ ou 3/, du décret du 27 juin 1996 est tenu d'adopter et d'actualiser et de présenter à l'Office wallon des déchets en vue de son approbation;

⁽⁵⁾ Sur la problématique voir également l'avis 46.577/4 précité.

- 3/ le "plan de communication" visé à l'article 8*bis*, § 4, alinéa 1^{er}, 6/, f), en projet, que l'organisme visé à l'article 8*bis*, § 3, alinéa 1^{er}, 2/ ou 3/, du décret du 27 juin 1996 est tenu d'adopter et d'actualiser et de présenter à l'Office wallon des déchets en vue de son approbation;
- 4/ le "plan stratégique, financier et opérationnel", qui, en vertu de l'article 8*bis*, § 4, alinéa 1^{er}, 6/, h), en projet, du décret du 27 juin 1996, doit être établi par l'organisme visé à l'article 8*bis*, § 3, alinéa 1^{er}, 2/ ou 3/, du même décret, à propos duquel il est seulement prévu qu'il doit être "présenté" par l'organisme, sans toutefois qu'une autorité quelconque soit chargée de son approbation.

À ce sujet, il y a lieu d'observer ce qui suit.

L'article 7 de la Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, signée à Aarhus le 25 juin 1998 (ci-après la "Convention d'Aarhus"), impose à la Région wallonne l'obligation de soumettre à une procédure de participation du public "l'élaboration des plans et des programmes relatifs à l'environnement". L'article 7 de la Convention d'Aarhus précise que les paragraphes 3, 4 et 8 de l'article 6 s'appliquent à cette procédure et que "le public susceptible de participer est désigné par l'autorité publique compétente, compte tenu des objectifs de la présente Convention".

La Convention d'Aarhus ne définissant pas ce qu'il y a lieu d'entendre par "plans et programmes relatifs à l'environnement", il y a lieu, sur ce point, de se reporter au sens usuel des mots. Il en résulte qu'entre dans les prévisions de cette notion toute décision, prise par une autorité publique au sens de la Convention d'Aarhus, qui détermine une suite ordonnée d'actions ou d'opérations envisagées pour atteindre un but déterminé en rapport avec la qualité de l'environnement.

Tel est incontestablement le cas des décisions qui, d'une manière ou d'une autre, donnent leur accord ou leur approbation aux plans qu'envisage l'avant-projet de décret à l'examen, visés aux points 1/, 2/ et 3/ ci-avant ⁽⁶⁾.

Or, ce dernier est en défaut de soumettre ces décisions à une procédure de participation du public conforme aux prévisions de l'article 7 de la Convention d'Aarhus, laquelle a été intégrée dans le droit européen par la directive 2003/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 mai 2003 prévoyant la participation du public lors de l'élaboration de certains plans et programmes relatifs à l'environnement et modifiant, en ce qui concerne la participation du public et l'accès à la justice, les directives 85/337/CEE et 96/61CE du Conseil (ci-après la "directive 2003/35/CE").

L'avant-projet à l'examen sera complété sur ce point.

À ce propos, il convient d'avoir égard à ce que le droit wallon de l'environnement comporte un arsenal qui fait écho à la Convention d'Aarhus et la directive 2003/35/CE et qui réside dans le Titre III du Livre I^{er} du Code de l'environnement, intitulé "Participation du public en matière d'environnement" et qui comporte les articles D. 29-1 à D. 29-28 du Livre I^{er} du Code.

Le texte en projet pourrait dès lors être complété par une disposition modificative qui aurait pour objet d'insérer dans la liste des plans et programmes énumérés à l'article D. 29-1 du Livre I^{er} du Code de l'environnement, les divers plans ici visés de manière à les soumettre à l'un des régimes prévus par les articles D. 29-1 et suivants du Livre I^{er} du Code de l'environnement.

⁽⁶⁾ Par contre, ne paraît pas ici concerné le "plan stratégique, financier et opérationnel" mentionné au point 4/ ci-avant, dès lors que le texte en projet ne prévoit pas l'intervention d'une quelconque autorité en vue de donner son accord ou d'approuver ce plan.

2. S'agissant du "plan de prévention et de gestion" et du "plan de communication" dont le texte en projet prévoit qu'ils sont soumis à l'approbation de l'Office wallon des déchets, il y a par ailleurs lieu de relever que, selon l'article 8bis, § 4, alinéa 1^{er}, 6/, d) et f), ces plans sont "réputés approuvés" à défaut de décision expresse de l'Office dans le délai qui lui est imparti.

Comme la section de législation du Conseil d'État l'a déjà observé ⁽⁷⁾, le système qui permet l'adoption tacite d'un plan ou d'un programme ne peut être admis en ce qui concerne les plans et programmes dont l'élaboration doit inclure une procédure de participation du public en vertu d'instruments de droit international ou européen afin de garantir le respect du principe de l'efficacité des procédures. Il en va spécialement ainsi pour les plans et programmes visés à l'article 7 de la Convention d'Aarhus : cette disposition rend en effet applicable aux plans et programmes qu'elle vise son article 6, paragraphe 8, lequel impose qu' "au moment de prendre la décision, les résultats de la procédure de participation du public soient dûment pris en considération", ce qui fait obstacle, par hypothèse, à tout système d'adoption tacite.

Le texte en projet ne peut donc mettre en place un mécanisme d'approbation ou d'adoption tacite du "plan de prévention et de gestion" et du "plan de communication" par l'Office wallon des déchets.

C. Le caractère excessivement large de différentes habilitations prévues par l'avant-projet

Le texte en projet comporte plusieurs habilitations au Gouvernement qui revêtent un caractère extrêmement large.

⁽⁷⁾ Ayis 41.834/4, donné le 12 février 2007, par la section de législation du Conseil d'État sur un avant-projet devenu le décret de la Région wallonne du 31 mai 2007 relatif à la participation du public en matière d'environnement (*Doc. parl.*, Parl. wall., 2006-2007, n° 595/1, p. 47).

Ainsi :

- 1/ L'habilitation conférée au Gouvernement par l'article premier, point 1/, de l'avant-projet à l'examen est excessivement large : c'est en effet au législateur lui-même qu'il appartient de déterminer les règles essentielles relatives au contenu des plans de prévention et de gestion de l'obligation de reprise ⁽⁸⁾.
- 2/ Le texte par lequel il est envisagé de remplacer le paragraphe 3, alinéa 1^{er}, 3/, de l'article 8bis du décret du 27 juin 1996 est trop peu explicite en ce qui concerne spécialement les "conditions" et les "obligations" à fixer par le Gouvernement; il appartient au législateur lui-même de compléter le texte de l'avant-projet en déterminant les règles essentielles relatives à ces divers objets ⁽⁹⁾.
- 3/ Dans le même ordre d'idées, les habilitations conférées au Gouvernement par le paragraphe 4, alinéa 1^{er}, 1/, 3/ et 5/, en projet de l'article 8bis du décret du 27 juin 1996 manquent de précision : c'est au législateur lui-même qu'il appartient en effet de définir les règles et éléments essentiels relatifs aux conditions d'octroi, de modification, de suspension et de retrait de l'agrément de l'organisme visé à l'article 8bis, paragraphe 3, alinéa 1^{er}, 2/, du décret du 27 juin 1996, ainsi qu'aux conditions auxquelles doit répondre l'organisme visé au paragraphe 3, alinéa 1^{er}, 3/, de l'article 8bis du décret du 27 juin 1996. À cet égard, la seule mention, qui figure à l'article 8bis, § 4, alinéa 2, en projet, selon laquelle les "conditions visées aux 1/ et 5/ peuvent notamment porter sur la forme de l'organisme et les moyens dont il dispose pour remplir ses obligations" est manifestement insuffisante.

Outre qu'en soi, vu leur caractère excessivement large, ces habilitations ne peuvent être admises, l'ampleur des pouvoirs qu'elles attribuent au Gouvernement a pour conséquence que sur plusieurs aspects, des éléments essentiels du régime juridique mis en place par le texte en projet sont indéterminés, avec, pour conséquence, l'impossibilité à laquelle le Conseil d'État est confronté de prendre position sur certaines questions que

⁽⁸⁾ En ce sens, voir l'avis 41.095/4, donné le 16 octobre 2006, par la section de législation du Conseil d'État sur un avant-projet devenu le décret de la Région wallonne du 22 mars 2007 modifiant le décret du 27 juin 1996 relatif aux déchets (*Doc. parl.*, Parl. wall., 2006-2007, n/ 545/1, p. 14).

⁽⁹⁾ *Ibidem.*

pose l'avant-projet à l'examen, notamment en ce qui concerne l'application de la législation européenne et belge en matière de marchés publics ⁽¹⁰⁾.

C'est sous cette réserve que les observations qui suivent sont faites.

D. Les règles en matière de marchés publics et les règles de transparence et d'égalité de traitement

1. Le texte en projet entend insérer dans l'article 8bis du décret du 27 juin 1996 deux paragraphes 8 et 9 nouveaux, rédigés comme suit :

"§ 8. Le Gouvernement est habilité à préciser des règles de transparence et d'égalité de traitement à respecter par l'organisme visé au paragraphe 3, alinéa 1^{er}, 2/ ou 3/ dans le cadre de la désignation par celui-ci des personnes à qui il confie la gestion des déchets ménagers soumis à l'obligation de reprise dont il s'acquitte.

Ces règles peuvent porter sur :

1/ l'obligation d'assurer une publicité préalable à tout projet de recourir à des personnes;

2/ le contenu des documents soumis à publicité;

3/ l'information de l'Office et de toute personne qui en exprime la demande des modalités de sélection des adjudicataires et d'attribution du marché envisagé;

4/ l'obligation de soumettre à un comité d'accompagnement dont la composition et le fonctionnement sont fixés par le Gouvernement tout projet de cahier des charges relatif à des opérations de gestion des déchets que l'organisme visé au paragraphe 3, alinéa 1^{er}, 2/ ou 3/ souhaite confier;

5/ les critères d'attribution de la gestion des déchets. Ceux-ci portent au minimum sur le prix, la valeur technique du contenu de l'offre en ce compris la performance environnementale de l'ensemble des prestations ainsi que la qualité du service incluant la traçabilité de la gestion des déchets;

⁽¹⁰⁾ Cette difficulté résulte plus particulièrement de l'indétermination des conditions d'octroi, de modification, de suspension et de retrait de l'agrément de l'organisme visé à l'article 8bis, § 3, alinéa 1^{er}, 2/, du décret du 27 juin 1996, de l'indétermination des conditions auxquelles doit répondre l'organisme visé à l'article 8bis, § 3, alinéa 1^{er}, 3/, du décret du 27 juin 1996 et de la circonstance qu'en ce qui concerne l'obligation de reprise qui porte sur des déchets ménagers, le Gouvernement est habilité par le texte en projet à "fixer d'autres modalités [que celles prévues par l'avant-projet à l'examen] suivant lesquelles le contrôle des missions de service public est exercé".

6/ l'obligation pour l'organisme visé au paragraphe 3, alinéa 1^{er}, 2/ ou 3/, avant de confier la gestion des déchets, de consulter trois personnes minimum disposant des capacités techniques et financières pour prendre en charge celle-ci et de communiquer à l'Office, pour avis, l'identité de la personne que l'organisme souhaite désigner accompagné d'un rapport motivé au regard des critères d'attribution du marché;

7/ l'obligation de passer les contrats suivant les règles de l'appel d'offres;

8/ la possibilité pour toute personne ayant remis une offre de prendre connaissance du rapport visé au 6/.

§ 9. Lorsqu'un marché public visé à l'article 1^{er} de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services a pour objet la gestion des biens ou des déchets soumis à obligation de reprise en vertu du présent article :

1/ les critères d'attribution portent au minimum sur le prix, la valeur technique du contenu de l'offre en ce compris la performance environnementale de l'ensemble des prestations ainsi que la qualité du service incluant la traçabilité de la gestion des déchets. Ils précisent clairement la pondération des critères. [...] ⁽¹¹⁾.

2/ les cahiers des charges prévoient le ou les critères de révision des prix et précisent la période durant laquelle les candidats restent engagés par leur offre. Ils prévoient une clause sociale relative au maintien et au développement du secteur de l'économie sociale;

3/ préalablement à la décision d'attribution du marché, le pouvoir adjudicateur communique à l'organisme visé au paragraphe 3, alinéa 1^{er}, 2/ ou 3/, pour avis, le choix de la personne qu'il entend désigner;

4/ une copie du procès verbal d'attribution du marché est remise aux organismes visés au paragraphe 3, alinéa 1^{er}, 2/ ou 3/".

2. Il ressort de l'exposé des motifs que ces dispositions entendent faire écho à l'avis 46.577/4 précité.

À cet égard, l'exposé des motifs mentionne ce qui suit :

"Le projet d'arrêté [examiné dans l'avis 46.577/4 précité] a prévu des dispositions tendant à régler la conclusion des marchés attribués directement ou indirectement par l'organisme agréé ou de gestion en vue de consacrer, comme en matière de marchés publics, des exigences de transparence, de concurrence et d'égalité de traitement et dispose que dans l'hypothèse où les personnes morales de

⁽¹¹⁾ *Note infrapaginale 1 du texte cité* : La déléguée du gouvernement a confirmé que la suite de cette disposition doit être omise dès lors que les 3^e et 4^e phrases du 1/ sont pratiquement identiques au 2/.

droit public responsables de la gestion des déchets ménagers, ou l'Office wallon des Déchets, attribuent les marchés de collecte sélective, de tri ou de traitement de commun accord avec les obligataires de reprise l'organisme agréé ou l'organisme de gestion, les règles des marchés publics sont d'application, prévoyant en outre différentes règles procédurales à respecter .

À ce sujet, la section de législation du Conseil d'État indique «que la question peut se poser de savoir si la législation relative aux marchés publics trouve ou non à s'appliquer aux marchés visés par l'article 6 en projet dans les divers cas de figure qu'envisage celui-ci. Dans la foulée, d'autres questions peuvent aussi se poser, notamment de savoir si la Région wallonne est compétente pour régler les matières auxquelles se rapporte l'article 6 ⁽¹²⁾.

Il n'est pas nécessaire de se prononcer ici sur ces questions.

Il suffit de relever que les dispositions à l'examen sont dépourvues de fondement légal.

En effet, on peut douter que, même si elles se rapportent à des contrats relatifs à la gestion de déchets, des dispositions conçues comme visant spécifiquement à imposer l'application des règles inspirées des principes qui sous-tendent la législation relative aux marchés publics, ou à indiquer que "les règles des marchés publics sont d'application et à préciser diverses règles de procédure à respecter en ce cas, puissent être considérées comme entrant dans les prévisions d'une législation qui, comme tel est le cas du décret du 27 juin 1996, poursuit un, objectif de protection de l'environnement et de la santé humaine ⁽¹³⁾. Du moins en va-t-il ainsi à défaut de précision contraire expresse figurant dans le décret du 27 juin 1996 lui-même.

En tout état de cause, régler de manière circonstanciée, comme le fait l'article 6 en projet, la conclusion des marchés que vise cette disposition, ne peut être admis à défaut d'un fondement légal suffisamment explicite sur ce point. Or, si larges que soient les habilitations que l'article 8bis du décret du 27 juin 1996 donne au Gouvernement, aucune d'entre elles ne peut être invoquée à cette fin»".

L'exposé des motifs poursuit alors en exposant que :

"Il est, en effet, permis de s'interroger sur la question de savoir si un organisme agréé ou de gestion répond aux conditions posées à l'article 4, § 2, 8/, de la loi du 24 décembre 1993 en matière de marchés publics et de certaines missions d'exécution de travaux, de fournitures et de services.

⁽¹²⁾ *Note infrapaginale 2 du texte cité* : Ceci compte tenu, en particulier, du fait que l'article 6, § 1^{er}, VI, alinéa 4, 1/, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles attribue compétence à l'autorité fédérale pour fixer les règles générales en matière de marchés publics.

⁽¹³⁾ *Note infrapaginale 3 du texte cité* : Voir l'article 1^{er} du décret du 27 juin 1996.

En vertu de cette disposition, la loi est rendue applicable aux personnes juridiques répondant aux critères suivants à la date de la décision de procéder à une mission [lire : attribution], étant entendu que ces critères doivent être appliqués de façon cumulative :

- avoir été fondées dans le but spécifique de pourvoir aux besoins d'intérêt général qui ne sont pas de nature industrielle ou commerciale et

- disposer de la personnalité juridique et dont

C soit les travaux sont essentiellement financés par les autorités ou institutions citées sous les §§ 1er et 2, 1/ à 8/;

C soit la gestion est soumise au contrôle de ces autorités ou institutions

C soit les membres de la direction, du conseil d'administration ou, du conseil de contrôle sont désignés à raison de plus de la moitié par ces autorités ou institutions".

L'article 4, § 2, 8/, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de service (ci-après, la "loi du 24 décembre 1993") étant issu du droit européen, l'exposé des motifs s'attache ensuite à synthétiser la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne relative à la notion de personne créée dans le but spécifique de pourvoir à des besoins d'intérêt général qui ne sont pas de nature industrielle et commerciale, en pointant notamment une décision dans laquelle la Cour a considéré que les collectes et le traitement de déchets ménagers sont des "besoins d'intérêt général" ⁽¹⁴⁾.

L'exposé des motifs procède à une analyse similaire concernant la notion de "contrôle sur la gestion" exercé par les pouvoirs publics, seule condition parmi les trois conditions non cumulatives énumérées à l'article 4, § 2, 8/, alinéa 1^{er}, troisième tiret, de la loi du 24 décembre 1993, susceptible d'être remplie en l'espèce, selon l'exposé des motifs.

Ces deux analyses ne donnent toutefois lieu à aucune conclusion visant à répondre à la question de savoir si les organismes agréés ou de gestion concernés répondent effectivement ou pourraient répondre aux deux conditions ainsi examinées.

⁽¹⁴⁾ C.J.C.E., C-360/96, 10 novembre 1998, B.F.I., point 52.

Quant à la dernière condition, relative "à l'existence de la personnalité juridique", l'exposé des motifs considère qu'elle n'appelle pas de commentaire particulier, dès lors que, tant l'organisme agréé que l'organisme de gestion doit en être doté.

Après avoir examiné les trois conditions précitées, l'exposé des motifs poursuit comme suit :

"La solution à la question de savoir si les organismes agréés ou de gestion doivent être considérés comme des pouvoirs adjudicateurs n'appartient pas au Gouvernement ⁽¹⁵⁾.

À supposer qu'ils ne doivent pas être soumis à la législation sur les marchés publics, le législateur entend cependant que l'application d'un certain nombre de règles minimales s'inspirant des principes d'égalité, de transparence, et de concurrence qui sous-tendent la législation relative aux marchés publics soit prévue dans le chef des organismes.

Ce dispositif est nécessaire et directement lié à l'exercice des compétences de la Région wallonne en matière de politique des déchets.

En effet, la Déclaration de politique régionale 2005-2009 insistait sur la transparence des coûts de gestion des déchets, laquelle constitue le point de départ de l'imputation de ces coûts aux producteurs, responsables d'obligations de reprise ou administrés, et de leur responsabilisation ainsi que de leur mise sur pied d'égalité. Cette transparence doit permettre d'aboutir au concept de coût-vérité et de responsabiliser les producteurs de déchets.

Dans ce contexte, le décret du 22 mars 2007 modifiant le décret du 27 juin 1996 relatif aux déchets a d'ailleurs prévu que les personnes appelées à gérer à titre professionnel des déchets soient tenues d'informer le bénéficiaire du service de gestion de déchets - leurs clients généralement - des modalités de gestion et des coûts détaillés de celle-ci. De même, les communes sont désormais tenues d'appliquer le principe d'une facturation transparente visant à informer et à responsabiliser les producteurs de déchets ménagers. Cette même transparence doit être poursuivie dans le cadre de la gestion des déchets soumis à obligation de reprise.

(15) *Note infrapaginale 14 du texte cité* : On relèvera, sans être exhaustif, que s'agissant des modalités de fonctionnement des organismes, il est prévu que les organismes ont l'obligation de déposer chaque année auprès de l'Office leurs bilans et comptes de résultats pour l'année écoulée, préalablement examinés par un réviseur d'entreprises, que le Ministre, ou l'Office sur délégation peut désigner un contrôleur externe aux organismes, que l'Office peut exiger de tout obligataire de reprise de lui fournir toute information qu'il juge utile pour l'appréciation de la réalisation des objectifs fixés par l'arrêté, que les divers plans élaborés par les organismes en vertu du projet d'arrêté doivent être communiqués à l'autorité publique ou soumis à son approbation, En outre des modalités de contrôle plus strictes sont prévues par le présent décret pour les organismes lorsqu'ils exercent une mission de service public.

En outre, les dispositions en projet se justifient dans la mesure où les organismes agréés et de gestion se voient par le présent décret érigés en service public fonctionnel s'agissant de la gestion des déchets ménagers.

L'on ne saurait conclure que les dispositions en projet ont pour effet d'étendre le champ d'application de l'article 4 de la loi du 24 décembre 1993 en matière de marchés publics aux organismes agréés ou de gestion à supposer qu'ils n'y soient pas soumis. Elles sont, en effet, d'ampleur et d'intensité limitée.

L'on ne saurait de même conclure que les dispositions en projet violent la liberté de commerce et d'industrie visée l'art. 6, § 1^{er}, VI, de la loi spéciale du 8 août 1980. Au contraire, leur effet ne peut être que de garantir une meilleure mise en concurrence dans le choix des opérateurs de gestion. À supposer même que certains y perçoivent une atteinte à cette liberté, la Cour Constitutionnelle a pu poser que celle-ci «ne peut être conçue comme une liberté absolue. Le législateur compétent peut être amené que ce soit dans le secteur économique ou dans d'autres secteurs à limiter la liberté d'action des personnes ou des entreprises concernées, ce qui aura nécessairement une incidence sur la liberté de commerce et d'industrie. Les régions ne violeraient la liberté de commerce et d'industrie que si elles limitaient cette liberté sans qu'existe une quelconque nécessité pour ce faire ou si cette limitation était manifestement disproportionnée au but poursuivi ou portait atteinte à ce principe en manière telle que l'union économique et monétaire serait compromise» [...]. En l'espèce, il a été démontré qu'une politique des déchets efficiente impose que soient prévues des dispositions en vue de garantir la transparence des coûts de gestion des déchets, laquelle constitue le point de départ de l'imputation de ces coûts aux producteurs, responsables d'obligations de reprise ou administrés, et de leur responsabilisation ainsi que de leur mise sur pied d'égalité. Cette transparence doit permettre d'aboutir au concept de coût-vérité et de responsabiliser les producteurs de déchets.

L'on ne saurait, enfin, conclure que les dispositions en projet portent atteinte aux règles de droit civil, et plus particulièrement à celles du droit des contrats, dès lors qu'aucune des dispositions envisagées n'a pour objet ou pour effet de déroger aux règles contractuelles fixées par le Code civil.

Par ailleurs, il convient de préciser trois points s'agissant des marchés publics ayant pour objet la gestion des biens ou des déchets soumis à obligation de reprise en vertu du présent décret.

D'abord, des critères minimum d'attribution sont fixés, lesquels concernent la valeur technique du contenu de l'offre en ce compris la performance environnementale de l'ensemble des prestations ainsi que la qualité du service incluant la traçabilité de la gestion des déchets. Ensuite, il est prévu que préalablement à la décision d'attribution du marché, le pouvoir adjudicateur communique à l'organisme pour avis, le choix de la personne qu'il entend désigner.

Enfin, il est prévu qu'une copie du procès-verbal d'attribution du marché est remise à l'organisme agréé ou de gestion.

Ces dispositions constituent en quelque sorte le prolongement des règles de transparence que le Gouvernement entend généraliser. Elles peuvent parfaitement, s'envisager au regard de la compétence des Communautés et Régions d'établir des règles complémentaires en matière de marchés publics dans le cadre des matières

.../...

qui relèvent de leurs compétences. Les critères d'attribution énumérés à l'article 16 de la loi du 24 décembre 1993 en matière marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services ne le sont qu'à titre exemplatif. De même, en prévoyant de soumettre à un simple avis le choix de la personne que le pouvoir adjudicateur entend désigner et une notification du procès-verbal d'attribution du marché à l'organisme agréé ou de gestion, le législateur ne déroge en rien aux règles générales en la matière".

Au vu de l'ensemble des justifications et explications ainsi données par l'auteur de l'avant-projet, les paragraphes 8 et 9, en projet, de l'article 8*bis* du décret du 27 juin 1996 appellent les observations suivantes.

Observation préalable sur l'article 8*bis*, §§ 8 et 9 en projet

En ce qui concerne les questions liées à la matière des marchés publics, le texte en projet, ainsi que l'ensemble du dossier communiqué à la section de législation du Conseil d'État, prennent uniquement en considération la loi du 24 décembre 1993.

Cette loi avait notamment pour objet de transposer la directive 92/50/CEE du Conseil du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services ⁽¹⁶⁾, la directive 93/36/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures ⁽¹⁷⁾, la directive 93/37/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux ⁽¹⁸⁾ et la directive 93/38/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications ⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁶⁾ Ci-après la "directive 92/50/CEE".

⁽¹⁷⁾ Ci-après la "directive 93/36/CEE".

⁽¹⁸⁾ Ci-après la "directive 93/37/CEE".

⁽¹⁹⁾ Ci-après la "directive 93/38/CEE".

La loi du 24 décembre 1993 est toutefois appelée à être remplacée par la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services (ci-après, la "loi du 15 juin 2006"), lorsque le Roi aura fixé la date d'entrée en vigueur des dispositions de cette dernière qui ne sont pas encore en vigueur à ce jour ⁽²⁰⁾.

Cette loi du 15 juin 2006 a pour objet de transposer 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 (ci-après la "directive 2004/18/CE" ainsi que la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (ci-après la "directive 2004/17/CE").

Parallèlement à cette loi, le législateur fédéral a également adopté la loi du 16 juin 2006 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, qui a également pour objet d'assurer la transposition des directives 2004/18/CE et 2004/17/CE et qui, selon son article 5, entrera en vigueur à une date encore à fixer par le Roi.

La directive 2004/18/CE est entrée en vigueur le 30 avril 2004 conformément à son article 83. Elle a abrogé la directive 92/50/CEE, à l'exception de son article 41 et les directives 93/36/CEE et 93/37/CEE, à dater du 31 janvier 2006, conformément à ses articles 80 et 82.

⁽²⁰⁾ L'article 80 de la loi du 15 juin 2006, publiée au Moniteur belge le 15 février 2007 et modifié par la loi du 12 janvier 2007, publiée elle aussi au Moniteur belge le 15 février 2007, dispose comme suit :
"Le Roi fixe la date de l'entrée en vigueur des titres I^{er}, II, III et IV et de chacune des dispositions du titre V.
Le présent article ainsi que les articles 15, 31, 77 et 79 entrent en vigueur le jour de leur publication au Moniteur belge".

La directive 2004/17/CE est entrée en vigueur le 30 avril 2004 conformément à son article 74. En son article 73, elle a abrogé la directive 93/38/CEE.

Il en résulte que, pour l'examen de l'état du droit des marchés publics et pour l'examen de la répartition, en droit interne, des compétences en la matière entre les différents niveaux de pouvoirs concernés, c'est à l'ensemble de ces dispositions de droit européen et de droit interne qu'il faut avoir égard et, plus spécialement, en droit interne, non plus tant à la loi du 24 décembre 1993 qu'à celles des 15 et 16 juin 2006.

Article 8bis, § 8, en projet

Ce paragraphe entend permettre au Gouvernement d'imposer aux organismes agréés ou de gestion qui assument l'obligation de reprise des déchets ménagers et qui concluent à cette fin des contrats avec d'autres personnes auxquelles ils confient la gestion des déchets ménagers, certaines obligations en matière de transparence et d'égalité.

Ces obligations "peuvent" porter sur différents objets énumérés à la disposition à l'examen.

Le pouvoir ainsi conféré au Gouvernement pose différentes questions en matière des marchés publics.

a. Applicabilité de la législation européenne et fédérale relative aux marchés publics

Il ressort de l'exposé des motifs et du commentaire des articles que l'auteur de l'avant-projet part du principe que les contrats qui seraient conclus par ces organismes doivent être considérés comme des marchés au sens de la législation sur les marchés publics. L'attention de l'auteur de l'avant-projet est toutefois attirée sur le fait qu'il n'est pas exclu que ces conventions puissent être qualifiées de concessions de services publics. Dans cette hypothèse, la législation européenne et fédérale en matière de marchés publics ne serait pas d'application.

Les observations qui suivent s'inscrivent cependant dans la perspective adoptée par l'auteur de l'avant-projet.

L'article 2, 1/, de la loi du 15 juin 2006 définit la notion de "pouvoir adjudicateur" au sens de cette loi, comme suit :

" a) l'État;

b) les collectivités territoriales;

c) les organismes de droit public;

d) les personnes, quelles que soient leur forme et leur nature, qui à la date de la décision de lancer un marché :

- ont été créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial et

- sont dotées d'une personnalité juridique et

dont

soit l'activité est financée majoritairement par les autorités ou organismes mentionnés au 1/, a, b ou c;

soit la gestion est soumise à un contrôle de ces autorités ou organismes;

soit plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance sont désignés par ces autorités ou organismes;

e) les associations formées par un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs visés au 1/, a, b, c ou d".

Cette disposition constitue le pendant de l'article 4 de la loi du 24 décembre 1993, lequel définit le champ d'application des titres I^{er}, II, III et V du livre premier de celle-ci ⁽²¹⁾.

En particulier, l'article 4, § 2, alinéa 1^{er}, 8/, de la loi du 24 décembre 1993 et l'article 2, 1/, d), de la loi du 15 juin 2006 sont rédigés dans des termes identiques.

-
- ⁽²¹⁾ "§ 1^{er}. Les dispositions des titres I^{er}, II, III et V du livre premier de la présente loi sont applicables à l'État, aux Communautés, aux Régions, aux provinces, aux communes ainsi qu'aux associations formées par un ou plusieurs de ceux-ci.
- § 2. Ces dispositions sont également applicables :
- 1/ aux organismes d'intérêt public;
 - 2/ aux associations de droit public;
 - 3/ aux centres publics d'aide sociale;
 - 4/ aux administrations chargées de la gestion du temporel des cultes reconnus et aux établissements chargés de la gestion des intérêts matériels et financiers des communautés philosophiques non confessionnelles reconnues;
 - 5/ aux sociétés de développement régional;
 - 6/ aux polders et wateringues;
 - 7/ aux comités de remembrement des biens ruraux;
 - 8/ aux personnes qui, à la date de la décision de lancer un marché :
 - ont été créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, et
 - sont dotées d'une personnalité juridique, et
 - dont
 - * soit l'activité est financée majoritairement par les autorités ou organismes mentionnés au § 1^{er} et au § 2, 1/ à 8/;
 - * soit la gestion est soumise à un contrôle de ces autorités ou organismes;
 - * soit plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance sont désignés par ces autorités ou organismes.
- Cette disposition ne s'applique pas aux personnes de droit privé visées au § 4 du présent article;
- 9/ aux institutions universitaires de droit privé, pour ceux de leurs marchés qui sont subventionnés par les pouvoirs publics;
- Lorsque ces institutions remplissent les conditions du 8/, ces dispositions leur sont applicables pour les marchés atteignant les montants fixés pour la publicité européenne.
- 10/ aux associations formées par un ou plusieurs des pouvoirs adjudicateurs visés au § 1^{er} et au § 2, 1/ à 8/.
- § 3. Une liste non limitative des organismes d'intérêt public visés au § 2, 1/, et des personnes visées au § 2, 8/, est établie par le Roi.
- § 4. Le Roi peut rendre les dispositions de la présente loi ou certaines d'entre elles applicables aux marchés de travaux, de fournitures et de services subventionnés par les personnes morales visées au § 1^{er} et au § 2 et passés par des personnes de droit privé.
- [...]"

Comme l'exposé des motifs relatif à l'avant-projet à l'examen le mentionne, la question peut se poser de savoir si les organismes agréés ou de gestion en matière d'obligation de reprise, tels que visés par le texte en projet, sont ou non des pouvoirs adjudicateurs au sens de l'article 4, § 2, alinéa 1^{er}, 8/, de la loi du 24 décembre 1993 et de l'article 2, 1/, d), de la loi du 15 juin 2006.

Ces deux dispositions trouvent leur origine, respectivement, d'une part, dans l'article premier, b), de la directive 92/50/CE, dans l'article premier, b), de la directive 93/36/CE et dans l'article premier, b), de la directive 93/37/CE, ainsi que, d'autre part, dans l'article premier, paragraphe 9, alinéa 1^{er}, de la directive 2004/18/CE. Dès lors, la réponse à cette question suppose que l'on examine les différents critères précités à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice relative à la notion de "pouvoirs adjudicateurs".

Premier critère : la création en vue de satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général à caractère autre qu'industriel ou commercial

1. Comme l'a rappelé la Cour de justice dans un arrêt récent :

"L'on entend par «organisme de droit public» tout organisme qui, premièrement, a été créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, deuxièmement, est doté de la personnalité juridique et dont, troisièmement, soit l'activité est financée majoritairement par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public, soit la gestion est soumise à un contrôle par ces derniers, soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public. Conformément à la jurisprudence de la Cour, ces trois conditions ont un caractère cumulatif (arrêt du 1^{er} février 2001, Commission/France, C-237/99, Rec. p. I-939, point 40 et jurisprudence citée).

En outre, eu égard à l'objectif des directives communautaires en matière de passation des marchés publics d'exclure, notamment, la possibilité qu'un organisme financé ou contrôlé par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public se laisse guider par des considérations autres qu'économiques, la notion d'«organisme de droit public» doit recevoir une interprétation fonctionnelle (voir, en ce sens, arrêt du 13 décembre 2007, Bayerischer Rundfunk e.a., C-337/06, Rec. p. I-0000, points 36 et 37 ainsi que jurisprudence citée)" ⁽²²⁾.

⁽²²⁾ C.J.C.E., aff. C-393/06, 10 avril 2008, Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt, GmbH/ Fernwärme Wien GmbH, points 36 et 37.

La Cour de justice en a déjà conclu qu'"au regard [du] double objectif d'ouverture à la concurrence et de transparence, la notion d'organisme de droit public doit être comprise dans un sens large" ⁽²³⁾.

2. S'agissant de la notion de "besoin d'intérêt général", la Cour de justice a déjà estimé, par le passé, que la gestion et l'élimination de déchets pouvait constituer un "besoin d'intérêt général" ⁽²⁴⁾.

De manière plus générale, la Cour de justice estime que la gestion et l'élimination des déchets sont des "besoins d'intérêt général" parce qu'ils "font partie de ceux qui ne peuvent pas être totalement satisfaits par des entreprises privées dans la mesure où ils sont jugés nécessaires pour des raisons de santé publique et de protection de l'environnement, motif pour lequel l'État entend conserver à leur égard une influence déterminante" ⁽²⁵⁾ ⁽²⁶⁾.

⁽²³⁾ C.J.C.E., aff. C-373/00, 27 février 2003, Adolf Truley GmbH/ Bestattung Wien GmbH, point 43.

⁽²⁴⁾ C.J.C.E., aff. C-360/96, 10 novembre 1998, Gemeente Arnhem, Gemeente Rheden / BFI Holding BV, point 52; C.J.U.E., aff. C-91/08, conclusions de l'avocat Général, 27 octobre 2009, paragraphe 91.

⁽²⁵⁾ C.J.U.E., aff. C-91/08, conclusions de l'avocat général, 27 octobre 2009, paragraphe 91 et les nombreuses références citées par l'avocat général en note 42 de ses conclusions, note qui rappelle :
"Selon une jurisprudence établie, il doit s'agir de besoins que, pour des raisons liées à l'intérêt général, l'État ou une collectivité territoriale choisissent en général de satisfaire eux-mêmes ou à l'égard desquels ils entendent conserver une influence déterminante (arrêt Ing. Aigner, précité, point 40 et jurisprudence citée). La Cour a ainsi reconnu que tel est le cas de la fabrication d'imprimés officiels tels que les passeports, les permis de conduire ou les cartes d'identité (arrêt du 15 janvier 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria e.a., C-44/96, Rec. p. I-73), de l'entretien des forêts nationales (arrêt du 17 décembre 1998, Commission/Irlande, C-353/96, Rec. p. I-8565), de la gestion d'une université (arrêt 3 octobre 2000, University of Cambridge, C-380/98, Rec. p. I-8035) ou bien encore de la gestion d'un réseau public de télécommunication (arrêt Telaustria et Telefonadress, précité)".

⁽²⁶⁾ Voir aussi, C.J.C.E., aff. 393/06, précitée, points 39 et 40 et références citées.

2.1. Concernant l'obligation de reprise dont l'exécution serait confiée à l'organisme agréé et à l'organisme de gestion, en vertu de l'avant-projet, cette obligation de reprise a été instaurée afin de répondre à un besoin d'intérêt général, étant la protection de l'environnement.

Par ailleurs elle porte sur la gestion de déchets que la Cour de justice a déjà qualifiée de "besoin d'intérêt général".

Ensuite, de nombreuses obligations sont imposées à l'organisme agréé et à l'organisme de gestion spécialement par l'article 8bis, § 4, en projet, qui pourraient être considérées comme permettant aux pouvoirs publics de "conserver une influence déterminante" sur la manière dont il sera satisfait à ces besoins ⁽²⁷⁾.

Enfin, s'agissant des déchets ménagers, le texte en projet érige en mission de service public la réalisation de l'obligation de reprise par l'organisme agréé ou l'organisme de gestion, en imposant à ceux-ci des obligations supplémentaires particulièrement lourdes ⁽²⁸⁾. L'exposé des motifs mentionne à ce propos que :

"L'édification en service public des organismes agréés et de gestion se justifie pleinement. En effet, en intervenant financièrement dans la prévention, la collecte sélective, le recyclage effectif, la valorisation et l'élimination des déchets ménagers, ces organismes prennent en charge une part de la responsabilité incombant aux pouvoirs publics et rendent un véritable service aux consommateurs producteurs de déchets soumis à l'obligation de reprise".

2.2. En conclusion, il existe plusieurs éléments qui permettent de considérer que les tâches confiées à l'organisme agréé ou l'organisme de gestion par le texte en projet en vue de satisfaire à l'obligation de reprise, peuvent être qualifiées de "besoin d'intérêt général" au sens des dispositions de droit européen et de droit interne fédéral précité.

⁽²⁷⁾ Notamment en ce qui concerne "les modalités de collectes", le "plan de prévention et de gestion", le "plan de communication", la constitution d'une sûreté.

⁽²⁸⁾ Voir l'article 8bis, § 5, en projet.

3. Concernant la question de savoir si les besoins concernés revêtent "un caractère autre que commercial ou industriel", il ne peut pas être donné de réponse univoque et tranchée.

En effet, comme l'a rappelé l'avocat général près la Cour de justice, dans ses conclusions relatives à l'affaire C-91/08, Wall AG, précitées ⁽²⁹⁾,

"Il existe une jurisprudence abondante sur la manière dont il convient d'apprécier l'existence de ces besoins. Selon la Cour, il est nécessaire de prendre en compte un ensemble d'éléments juridiques et factuels qui peuvent s'avérer pertinents, tels que les circonstances qui ont pu présider à la création de l'organisme concerné ou les conditions dans lesquelles il exerce son activité. À cet égard, la Cour précise qu'il importe de vérifier si cet organisme exerce ses activités dans des conditions normales de marché. À cette fin, la Cour examine la situation de la concurrence sur le marché des produits et des services pour lesquels ledit organisme a été créé. Si l'existence d'une concurrence peut constituer un indice du fait qu'un besoin d'intérêt général revêt un caractère industriel ou commercial, cet indice n'est pas suffisant. Il est encore nécessaire d'examiner si l'organisme poursuit un but lucratif, s'il supporte les pertes liées à l'exercice de son activité et s'il bénéficie d'un financement public pour l'exercice de l'activité en cause".

Il en ressort que la question de savoir si les besoins concernés revêtent "un caractère autre que commercial ou industriel" s'apprécie en tenant compte non seulement du régime juridique abstrait de l'organisme concerné mais nécessite en outre de connaître des circonstances de fait précises, notamment en termes d'état du marché et de situation concurrentielle, ces derniers éléments ne constituant toutefois que des "indices" et n'étant pas, à eux seuls, déterminants ⁽³⁰⁾.

⁽²⁹⁾ Voir C.J.U.E., aff. C-91/08, conclusions de l'avocat général, 27 octobre 2009, paragraphe 93 et les nombreuses références citées.

⁽³⁰⁾ Voir C.J.C.E., aff. C-360/96, précité, points 47 à 49; C.J.C.E., aff. C-393/06, précité, point 46; C.J.C.E., aff. C-223/99 et C-260/99, 10 mai 2001, Agorà Srl/ Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano et Excelsior Snc di Pedrotti Bruna & C./ Ente Autonomo Fiera UInternazionale di Milano, point 38; C.J.C.E., aff. C-373/00, précité, point 66 et dispositif.

À ce stade, vu les nombreuses habilitations consenties au Gouvernement par le texte en projet et l'indétermination du contexte juridique et des circonstances factuelles qui en résulte, dès lors que les organismes agréés ou de gestion envisagés sont en voie de création et que l'état du marché dans ce secteur ne peut dès lors, par hypothèse, pas être examinée, il est vain de tenter de déterminer, de manière définitive et certaine, si les besoins auxquels il serait satisfait, revêtent effectivement un caractère d'intérêt général autre que commercial ou industriel.

Un tel caractère ne saurait toutefois être exclu, spécialement en ce qui concerne la reprise des déchets ménagers, dès lors qu'en ce qui concerne ces déchets, selon l'exposé des motifs, l'organisme agréé ou l'organisme de gestion "prendr[a] en charge une part de la responsabilité incombant aux pouvoirs publics et rend[ra] un véritable service aux consommateurs producteurs de déchets soumis à l'obligation de reprise".

Deuxième critère : la personnalité juridique

En ce qui concerne le critère de la "personnalité juridique", force est de constater que le texte en projet ne prévoit rien. Il n'impose aucune forme particulière à l'organisme agréé ou de gestion, pas même la condition de disposer de la personnalité juridique.

Toutefois, l'exposé des motifs mentionne que :

"La deuxième condition relative à l'existence de la personnalité juridique n'appelle pas de commentaire particulier. Tant l'organisme agréé que l'organisme de gestion doit en être doté".

Par conséquent, bien que cela ne résulte pas directement du texte en projet, il est permis de supposer que l'organisme agréé et l'organisme de gestion devront disposer de la personnalité juridique.

Troisième critère : le contrôle de la gestion par d'autres pouvoirs adjudicateurs

1. S'agissant du troisième critère arrêté par la législation européenne et fédérale, il est subdivisé en trois sous-critères. Compte tenu des termes du texte en projet, il n'apparaît pas qu'un examen approfondi des premier et troisième sous-critères soit ici utile ou pertinent : tel qu'il est rédigé le texte en projet n'envisage pas de faire financer majoritairement l'activité des organismes agréés ou de gestion par des autres pouvoirs adjudicateurs; de même, le texte en projet ne prévoit pas que plus de la moitié des membres de l'organisme d'administration, de direction ou de surveillance sera désignée par des pouvoirs adjudicateurs.

Toutefois, une réserve s'impose : vu le caractère extrêmement large des habilitations faites au Gouvernement par le texte en projet, notamment en terme de conditions d'agrément et de conditions de suspension ou de retrait d'agrément, l'on ne peut exclure que, faisant usage de ces habilitations, le Gouvernement fixe des conditions qui seront de nature telle que l'un de ces deux sous-critères, voire les deux, pourraient être remplis.

2. S'agissant du deuxième sous-critère, à savoir, celui du contrôle sur la gestion exercé par un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs, le texte en projet pose question, comme le relève du reste le dossier transmis à la section de législation.

Il ressort en effet de la jurisprudence de la Cour de justice, rappelée par l'avocat général près la Cour de justice dans ses conclusions relatives à l'affaire C-91/08, Wall AG, précitées, que le critère relatif au contrôle de gestion de l'organisme concerné "vise le cas dans lequel un organisme se trouve dans une situation de dépendance à l'égard des pouvoirs publics, équivalente à celle qui existe lorsqu'un des deux autres critères alternatifs est rempli [à savoir : le financement majoritaire par un ou plusieurs pouvoirs

adjudicateurs, ou la désignation, par un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs de plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance]. Cette dépendance doit permettre aux pouvoirs publics d'influencer les décisions de cet organisme en matière de marchés publics. [...] " ⁽³¹⁾.

La Cour de justice en a déjà inféré qu'"il apparaît exclu de considérer que le critère de contrôle de gestion est satisfait dans l'hypothèse d'un simple contrôle *a posteriori* puisque, par définition, un tel contrôle ne permet pas aux pouvoirs publics d'influencer les décisions de l'organisme concerné en matière de marchés publics" ⁽³²⁾.

Dans ce cadre, comme le rappelle l'exposé des motifs relatif au texte en projet, la Cour a jugé que dépasse le simple contrôle *a posteriori* et constitue un contrôle de la gestion, un contrôle qui porte non seulement sur "le bilan annuel" mais aussi sur "la gestion en cours sous l'angle de l'exactitude des chiffres, de la régularité, de la recherche d'économies, de la rentabilité et de la rationalité" et qui permet au contrôleur de "visiter les locaux d'exploitation et les installations de l'organisme contrôlé et de rapporter les résultats de ces contrôles aux organes compétents ainsi qu'aux actionnaires de la société et à la collectivité" ⁽³³⁾.

La Cour de justice a aussi jugé qu'il était satisfait au critère du contrôle sur la gestion de l'organisme dans un cas où le contrôle exercé sur l'organisme permettait simultanément :

- de définir les activités de l'organisme en des termes généraux et déterminer par décision administrative les caractéristiques techniques ainsi que les prix de revient et,

⁽³¹⁾ Aff. C-91/08, conclusions de l'avocat général, 27 octobre 2009, paragraphe 106 et références citées.

⁽³²⁾ C.J.C.E., aff. C-370/00, précité, point 70.

⁽³³⁾ *Idem*, point 73; aff. C-91/08, conclusions de l'avocat général, 27 octobre 2009, paragraphe 107.

- d'imposer à l'organisme que ses statuts contiennent des clauses conformes à des clauses types très détaillées, notamment quant à l'objet social de ces entités et
- de prononcer la dissolution de l'organisme et nommer un liquidateur et suspendre les organes dirigeants et nommer un administrateur provisoire, ces pouvoirs étant prévus pour des cas d'irrégularités graves, de faute grave dans la gestion ou de carence du conseil d'administration ou du directoire et du conseil de surveillance et
- d'imposer un profil de gestion déterminé soit en contraignant l'organisme à un minimum de dynamisme, soit en limitant l'activité considérée comme excessive et
- d'effectuer, outre des contrôles sur pièces et sur place des opérations des organismes d'habitations à loyer modéré, d'études, d'audits ou d'évaluations dans le domaine du logement social et peut formuler des propositions sur les suites à donner à ses rapports d'inspection ⁽³⁴⁾.

De la jurisprudence ainsi rappelée, il ressort que le critère du contrôle sur la gestion de l'organisme s'apprécie lui aussi, de manière très concrète, au cas par cas et selon les circonstances juridiques et factuelles.

En l'espèce, force est de constater qu'un contrôle non négligeable est mis en place à l'égard des organismes agréés ou de gestion.

3.1. Ainsi, l'article 8*bis*, § 4, en projet, du décret du 27 juin 1996, permet au Gouvernement d'imposer des conditions en terme de modalités de collecte et de perception des cotisations des adhérents. Les bilans et les comptes de l'organisme doivent être transmis à l'Office wallon des déchets qui est par ailleurs chargé d'approuver le "plan de prévention et de gestion" de l'organisme ainsi que son "plan de communication". Enfin, il est imposé à l'organisme d'établir un "plan stratégique, financier et opérationnel" de l'organisme qui doit porter notamment sur "les modalités de calcul et d'évaluation des contributions des producteurs", "l'estimation des coûts de la gestion des déchets, incluant les recettes éventuelles du recyclage", "l'affectation d'éventuels reliquats au

⁽³⁴⁾ C.J.C.E., aff. C-237/99, 1^{er} février 2001, Commission/ République française, points 50 à 59.

fonctionnement du système" et "les conditions et les modalités de révision des contributions". Si ce plan n'est pas, lui, soumis à l'approbation de l'Office wallon des déchets, il n'en reste pas moins que la Région wallonne pourra exercer une influence non négligeable sur son contenu et son respect. Cette influence sera d'autant plus significative qu'aura été précisé de manière détaillée le contenu du plan et que la méconnaissance de celui-ci entraînera la suspension ou le retrait de l'agrément ⁽³⁵⁾.

3.2. Le contrôle mis en place par le texte en projet est renforcé lorsque l'obligation de reprise exécutée porte sur des déchets ménagers.

Dans ce cas, la mission remplie par l'organisme concerné est érigée en mission de service public et des obligations supplémentaires lui sont imposées : l'organisme est ainsi tenu de conclure avec les personnes morales de droit public territorialement responsables de la gestion des déchets ménagers un contrat qui règle en détail des aspects importants de l'activité de l'organisme, tels que les modalités de collecte et de prise en charge des déchets ménagers, les conditions techniques minimales par type de déchets pour le tri ainsi que pour la planification et l'organisation de l'enlèvement, la vente des matériaux triés, la manière selon laquelle les marchés de collecte sélective, de tri et de recyclage sont organisés, une procédure concernant les factures litigieuses et, de manière plus large, les règles et modalités en matière de coûts.

Par ailleurs, l'organisme est soumis à un contrôle du délégué du gouvernement, qui a pour mission de veiller au respect des missions de service public et des obligations prévues par le décret. Ce délégué dispose de pouvoirs importants : il est entendu à sa demande par le conseil d'administration de l'organisme et peut à tout moment prendre connaissance des livres, de la correspondance, des procès-verbaux et, de manière générale, de tous les documents et de toutes les écritures de l'organisme. Il peut enfin requérir des administrateurs et du personnel de l'organisme toutes les explications et procéder à toutes les vérifications qui lui paraissent nécessaires à l'exercice de son mandat. Il est aussi chargé de faire rapport au Gouvernement, lequel rapport est ensuite présenté

⁽³⁵⁾ Sur ce point d'ailleurs, la Cour de justice a déjà jugé que "dès lors que les règles de gestion sont très détaillées, la simple surveillance de leur respect peut, à elle seule, aboutir à conférer une emprise importante aux pouvoirs publics" (aff. C-237/99, citée à la note précédente, point 52).

au Parlement. En outre, le Gouvernement est habilité à "fixer d'autres modalités suivant lesquelles le contrôle des missions de service public est exercé".

4. Dans le texte en projet, l'activité des organismes agréés ou de gestion œuvrant à l'obligation de reprise est donc fortement encadrée. Ceci est d'autant plus vrai pour les déchets ménagers, pour lesquels l'organisme considéré voit notamment son pouvoir d'appréciation et sa liberté fortement limités dans l'organisation de son activité.

Toutefois, il n'est pas possible de se prononcer de manière définitive et univoque sur la question de savoir si la gestion des organismes concernés sera effectivement contrôlée par les pouvoirs publics, au sens des dispositions de droit européen et de droit interne fédéral en matière de marchés publics. Il en va d'autant plus ainsi que les habilitations conférées au Gouvernement par le texte en projet sont très larges, notamment en ce qui concerne les conditions d'agrément, de retrait ou de suspension de l'agrément. Or, il est évident que l'appréciation de l'importance du contrôle exercé par la Région wallonne -ou l'Office wallon des déchets- sur l'organisme agréé ou de gestion sera fonction de l'étroitesse du lien de cause à effet qui sera établi par le Gouvernement entre d'une part, une suspension ou un retrait d'agrément et, d'autre part, la méconnaissance d'obligations plus ou moins précises et contraignantes.

Par ailleurs, plus spécialement en ce qui concerne la reprise des déchets ménagers, le texte en projet habilite le Gouvernement à fixer d'autres modalités de contrôle que celles prévues par le texte en projet, modalités qui sont à ce stade et par hypothèse indéterminées.

Il reste néanmoins que, vu ces obligations imposées à l'organisme agréé ou de gestion l'on ne peut exclure que, dans des cas déterminés, il soit considéré que la Région wallonne dispose d'un pouvoir tel qu'elle peut influencer de manière capitale la stratégie de gestion des organismes concernés, spécialement en ce qui concerne les décisions d'attribuer un marché de travaux, de fournitures ou de services. Ceci vaut certes de manière plus évidente pour le secteur des déchets ménagers mais vaut également pour les autres types de biens ou de déchets soumis à l'obligation de reprise.

Conclusion

Dès lors que, d'une part, certains aspects du contexte juridique dans lequel les organismes sont appelés à s'inscrire ne sont pas réglés par le texte en projet et que, d'autre part, la qualification de "marchés publics" et la qualification de "pouvoir adjudicateur" doivent prendre en considération le contexte factuel et les circonstances d'espèce, il n'est pas possible de se prononcer définitivement, de manière générale, sur l'application de la législation européenne et fédérale en matière de marchés publics.

Par conséquent, pour l'analyse qui suit, deux catégories d'hypothèses doivent être envisagées : celles dans lesquelles, en raison du contexte juridique et des circonstances factuelles, l'organisme agréé ou de gestion devra être qualifié de pouvoir adjudicateur au sens de la législation en matière de marchés publics et celles dans lesquelles l'organisme agréé ou de gestion n'aura pas cette qualité.

b. Les cas où la législation européenne et fédérale relative aux marchés publics aurait vocation à s'appliquer

b.1. La question de la compétence de la Région wallonne

b.1.1. La répartition des compétences en matière de marchés publics ⁽³⁶⁾

1. La section de législation a déjà eu, à plusieurs reprises, l'occasion de se prononcer sur la répartition des compétences entre les différents niveaux de pouvoir, en matière de marchés publics.

⁽³⁶⁾ Pour une analyse de la question, notamment au regard de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle et des avis de la section de législation du Conseil d'État, voir, en doctrine, entre autres : M.-A. FLAMME, Ph. MATHËI, Ph. FLAMME, A. DELVAUX, C. DARDENNE, Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics, T. 1A, 6^e éd. Revue et augmentée, 1996-1997, Confédération nationale de la construction, Bruxelles, 1997, p. 63-65; D. BATSELE, Ph. FLAMME et Ph. QUERTAINMONT, Initiation aux marchés publics, 2^e éd., Coll. Initiations, Bruylant, Bruxelles, 2001, pp. 11 à 14; D. D'HOOGHE, De gunning van overheidsopdrachten, Administratieve rechtsbibliotheek, Die Keure, Brugge, 2009, pp. 29-33; P. THIEL, Marchés publics et PPP - Memento 2010, Kluwer, Waterloo 2010, p. 101 à 104 et les références citées.

1.1. Ainsi, dans son 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", la section de législation a observé :

"[...] 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 décentralisé 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 ⁽³⁷⁾ ⁽³⁸⁾.

1.2. Par ailleurs, dans son avis 38.703/1/V, donné le 6 septembre 2005, sur le projet devenu les lois du 15 et du 16 juin 2006, s'agissant des "règles générales" qui relèvent de la compétence de l'autorité fédérale, la section de législation a exposé :

"Selon l'article 6, § 1^{er}, VI, alinéa 4, 1/, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, l'autorité fédérale est compétente pour fixer les règles générales en matière de marchés publics.

⁽³⁷⁾ *Note infrapaginale 1 de l'avis cité* : 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).

⁽³⁸⁾ *Doc. parl.*, Parl. Région de Bruxelles-Capitale, 2003-2004, n/ A-285/2; voir aussi l'avis 36.410/2, donné le 26 janvier 2004, sur une proposition d'ordonnance de la Région de Bruxelles-Capitale "relative à l'utilisation de logiciels libres dans les administrations régionales de Bruxelles-Capitale" (*Doc. parl.*, Parl. Région de Bruxelles-Capitale, 2003-2004, n/ A-287/2).

Comme l'a souligné la Cour d'arbitrage, la compétence fédérale est restreinte à deux égards : elle concerne uniquement la fixation de règles générales, et elle ne peut être exercée que dans le seul objectif de garantir les principes énumérés à l'article 6, § 1^{er}, VI, alinéa 3, de la loi spéciale (libre circulation des biens et des services, etc.) [...]. En ce qui concerne les «règles générales», il ressort des travaux préparatoires de la loi spéciale du 8 août 1988 modifiant la loi spéciale susmentionnée qu'elles devaient alors comprendre notamment les principes figurant ou mis au point dans la loi du 14 juillet 1976 relative aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et dans les arrêtés pris en exécution de cette loi [...]. Les principes concernés se retrouvent actuellement dans la loi du 24 décembre 1993 et dans ses arrêtés d'exécution. Les dispositions du présent projet peuvent également être réputées comprendre des «règles générales» et relèvent donc de la compétence de l'autorité fédérale.

La compétence de l'autorité fédérale pour fixer les «règles générales» doit être comprise en combinaison avec la compétence des communautés et des régions leur permettant de fixer des règles complémentaires en matière de marchés publics dans le cadre des matières qui relèvent de leur compétence. Ces règles complémentaires ne peuvent toutefois pas déroger aux règles générales [...], sauf s'il peut être recouru aux pouvoirs implicites visés à l'article 10 de la loi spéciale [...]" ⁽³⁹⁾.

1.3. Enfin, dans son avis 44.198/2, donné le 7 juillet 2008, sur une proposition de décret de la Région wallonne "visant à imposer des critères d'investissements socialement responsables aux marchés financiers de pouvoirs publics régionaux" ⁽⁴⁰⁾, la section de législation a eu à se prononcer sur une proposition de décret de la Région wallonne "visant à imposer des critères d'investissements socialement responsables aux marchés financiers de pouvoirs publics régionaux".

Cette proposition ⁽⁴¹⁾ visait à compléter l'article 18bis de la loi du 24 décembre 1993 par un paragraphe 3 libellé 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

⁽³⁹⁾ *Doc. parl.*, Ch., 2005-2006, n/ 51 2237/001, pp. 134-135.

⁽⁴⁰⁾ *Doc. parl.*, Parl. wall., 2007-2007, n/ 410-2.

⁽⁴¹⁾ *Doc. parl.*, Parl. wall., 2005-2006, n/ 410-1.

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".

Concernant cette proposition et après avoir rappelé les termes de son avis 36.409/2, la section de législation a tout d'abord observé :

"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.

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 [...], 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 [...], 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".

La section de législation poursuit :

"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 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 ⁽⁴²⁾.

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".

2. Comme il ressort des avis précités, les lois du 15 et du 16 juin 2006 relèvent de la compétence de l'autorité fédérale pour arrêter les règles générales en matière de marchés publics.

⁽⁴²⁾ *Note infrapaginale 6 de l'avis cité* : "Aux articles 18bis 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 18bis 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".

Ainsi qu'il résulte tant de ces avis que de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, les Régions doivent, en vertu de l'article 6, § 1^{er}, VI, alinéa 4, 1/, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, respecter les règles générales adoptées par l'autorité fédérale, qu'elles peuvent toutefois compléter.

À cet égard, force est de constater que différentes règles que le Gouvernement est habilité à adopter sont sujettes à critique dès lors que, loin de compléter les règles générales fixées par le législateur fédéral, elles aboutissent en réalité à déroger à ces règles applicables aux organismes agréés ou de gestion.

Ainsi :

1/ Les 5/ et 7/ de l'article 8bis, § 8, alinéa 2, en projet permettent au Gouvernement d'imposer le recours à l'appel d'offres, à l'exclusion de toute autre procédure; or, la loi du 15 juin 2006 met en place d'autres procédures telles que l'adjudication ⁽⁴³⁾, la procédure négociée ⁽⁴⁴⁾, le dialogue compétitif ⁽⁴⁵⁾, ainsi que d'autres procédures spécifiques ou complémentaires ⁽⁴⁶⁾; comme il ressort des dispositions de la loi du 15 juin 2006 qui ont trait à ces procédures, c'est au pouvoir adjudicateur qu'il revient de choisir le mode selon lequel il entend passer le marché considéré; notamment, les articles 23, 24 et 25 de loi du 15 juin 2006 ne restreignent d'aucune façon la liberté dont dispose le pouvoir adjudicateur de choisir entre l'adjudication et l'appel d'offres; par ailleurs, si le recours à certaines des procédures précitées est le cas échéant soumis à conditions, c'est encore, par hypothèse, au pouvoir adjudicateur qu'il appartient de décider de recourir à telles procédures, pour autant que les conditions fixées par la loi ⁽⁴⁷⁾ ou à fixer par le Roi ⁽⁴⁸⁾ soient effectivement remplies; il en résulte que les 5/ et 7/ en projet,

⁽⁴³⁾ Art. 24 de la loi du 15 juin 2006.

⁽⁴⁴⁾ Art. 26 de la loi du 15 juin 2006.

⁽⁴⁵⁾ Art. 27 de la loi du 15 juin 2006.

⁽⁴⁶⁾ Art. 28 à 33 de la loi du 15 juin 2006.

⁽⁴⁷⁾ Voir par ex., l'art. 26 de la loi du 15 juin 2006 en ce qui concerne la procédure négociée.

⁽⁴⁸⁾ Voir par ex., les art. 27 et 34 en ce qui concerne respectivement le dialogue compétitif et la concession de travaux publics.

peuvent aboutir à priver totalement les pouvoirs adjudicateurs des choix que leur ouvre la loi du 15 juin 2006 quant au choix du mode de passation.

2/ Le 5/ en projet est également sujet à critique dans la mesure où il habilite le Gouvernement à fixer lui-même de manière générale certains critères d'attribution des marchés; ce faisant, il déroge à l'article 25 de la loi du 15 juin 2006 qui prévoit qu'en cas d'appel d'offres c'est au pouvoir adjudicateur qu'il appartient de fixer les critères d'attribution et ce, au cas par cas, puisque lesdits critères doivent, selon la loi, "être liés à l'objet du marché".

3/ Le 6/ en projet entend notamment habiliter le Gouvernement à imposer à l'organisme agréé ou de gestion, "avant de confier la gestion des déchets, de consulter trois personnes minimum disposant des capacités techniques et financières pour prendre en charge celle-ci".

Cette disposition manque de clarté : la section de législation s'interroge sur l'objet de l'obligation qu'elle entend imposer.

Ainsi, d'un côté, le terme "consulter" évoque l'obligation de "consulter", "si possible" plusieurs entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de service, obligation imposée par l'article 26 de la loi du 15 juin 2006 aux pouvoirs adjudicateurs qui décideraient de recourir à la procédure négociée sans publicité. Une telle référence apparaît toutefois paradoxale au regard des 5/ et 7/ en projet qui ont précisément pour objet d'interdire le recours à toute procédure autre que l'appel d'offres. Il ne semble donc pas que la disposition à l'examen doive être comprise comme s'inscrivant dans le cadre d'une procédure négociée.

D'un autre côté, la référence que la disposition à l'examen fait aux capacités financières et techniques des soumissionnaires consultés, évoque la sélection qualitative qui précède le dépôt des soumissions en adjudication ou appel d'offres restreints, dans lesquelles "tout entrepreneur, fournisseur ou prestataire de service peut demander à

participer et dans laquelle seuls les candidats sélectionnés par le pouvoir adjudicateur ou l'entreprise publique peuvent présenter une offre et assister à la séance d'ouverture des offres" ⁽⁴⁹⁾.

Comprise en ce sens, cette disposition n'a toutefois pas égard à la possibilité dont disposent les pouvoirs adjudicateurs en vertu de la loi du 15 juin 2006, de recourir à une "procédure ouverte", à savoir, selon l'article 3, 5/, de cette loi, "la procédure de passation dans laquelle tout entrepreneur, fournisseur ou prestataire de services intéressé peut présenter une offre et dans laquelle la séance d'ouverture des offres est publique".

En outre, elle ne se concilie pas avec l'article 20, alinéa 1^{er}, de la loi du 15 juin 2006 qui confie au Roi le pouvoir de fixer les règles relatives à la sélection qualitative des candidats et des soumissionnaires.

4/ Les 3/ et 8/, en projet, permettent au Gouvernement d'imposer à l'organisme agréé ou de gestion des obligations d'information à l'égard, selon le cas, de l'Office wallon des déchets, de toute personne qui en fait la demande, ou de toute personne qui a remis une offre; ces obligations revêtent un caractère tout à fait général; de telles obligations ne se concilient pas avec les "règles générales" en matière de marché public établies par la loi du 15 juin 2006, notamment l'article 11 de cette loi qui prévoit :

"Le pouvoir adjudicateur et toute personne qui, en raison de ses fonctions ou des missions qui lui ont été confiées, a connaissance de renseignements confidentiels relatifs à un marché ou qui ont trait à la passation et à l'exécution du marché, communiqués par les candidats, soumissionnaires, entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services, ne divulguent aucun de ces renseignements. Ces renseignements concernent notamment les secrets techniques ou commerciaux et les aspects confidentiels des offres.

Dans le cas d'une procédure de recours, l'instance saisie et le pouvoir adjudicateur veillent au respect du caractère confidentiel des renseignements visés à l'alinéa précédent.

En toute hypothèse, les candidats, les soumissionnaires et les tiers n'ont aucun accès aux documents relatifs à la procédure de passation des marchés aussi longtemps que le pouvoir adjudicateur n'a pas pris de décision, selon le cas, au sujet de la sélection des candidats, de la régularité des offres, de l'attribution du marché ou de la renonciation à poursuivre la procédure".

⁽⁴⁹⁾ Voir l'article 3, 6/, de la loi du 15 juin 2006 qui définit la "procédure restreinte".

De même, elles ne se concilient pas non plus avec la loi du 16 juin 2006, notamment l'article 2, § 2, de cette loi qui dispose comme suit :

"Les candidats et soumissionnaires ont le droit d'obtenir les informations relatives à la décision prise par le pouvoir adjudicateur concernant leur demande de participation ou leur offre ou la décision visée à l'article 35 de la loi relative aux marchés publics. Le Roi peut prévoir des exceptions à ce droit pour les marchés inférieurs à certains montants.

Certains renseignements ne peuvent pas être communiqués lorsque leur divulgation ferait obstacle à l'application d'une loi, serait contraire à l'intérêt public, porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'entreprises publiques ou privées ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre entreprises".

En conclusion de l'analyse qui précède, il ressort que la quasi-totalité des habilitations faites au Gouvernement par l'article 8bis, § 8, alinéa 2, en projet, dérogent ou permettent au Gouvernement de déroger aux "règles générales" en matière de marchés publics établies par l'autorité fédérale.

Elles ne peuvent en conséquence être considérées comme de simples "règles complémentaires" qu'il est au pouvoir des Régions d'arrêter. Dans cette mesure, le texte en projet méconnaît l'article 6, § 1^{er}, VI, alinéa 4, 1/, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles.

b.1.2. Le recours aux pouvoirs implicites

L'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles dispose comme suit :

"Les décrets peuvent porter des dispositions de droit relatives à des matières pour lesquelles les Conseils ne sont pas compétents, dans la mesure où ces dispositions sont nécessaires à l'exercice de leur compétence".

La question peut se poser de savoir si la compétence de la Région wallonne pour adopter le paragraphe 8 en projet ne pourrait pas, le cas échéant, se fonder sur la théorie des pouvoirs implicites que les entités fédérées tirent de l'article 10 précité.

Comme la section de législation l'a souvent rappelé, il résulte de la jurisprudence bien établie de la Cour constitutionnelle que les entités fédérées ne peuvent faire usage de la possibilité que leur confère l'article 10 précité qu'à la condition que cela soit nécessaire à l'exercice de la compétence de l'entité fédérée, que la matière considérée se prête à un règlement différencié et que l'incidence des dispositions en cause sur la matière ne soit que marginale.

Or, en matière de marchés publics, comme la section de législation l'a déjà également observé, si la Cour constitutionnelle a admis l'exercice de pouvoirs implicites sous le régime de la loi du 14 juillet 1976 relative aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services pour admettre une dérogation à la législation relative aux marchés publics, elle a exclu l'exercice des pouvoirs implicites sous le régime de la loi du 24 décembre 1993, précitée⁽⁵⁰⁾, qui a remplacé la loi du 14 juillet 1976, précitée, au motif que la matière ne se prête plus à un règlement différencié⁽⁵¹⁾.

Il en va *a fortiori* ainsi dans le cadre des lois des 15 et 16 juin 2006.

Il résulte de ce qui précède que la compétence de la Région wallonne pour adopter le paragraphe 8 en projet ne peut se fonder sur l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles.

b.2. La proportionnalité des restrictions que le Gouvernement est habilité à imposer et le principe d'égalité

En outre, les restrictions que l'avant-projet de décret habilite le Gouvernement à imposer aux organismes agréés n'apparaissent pas se situer dans un rapport de proportionnalité raisonnable avec l'objectif poursuivi.

⁽⁵⁰⁾ C.C., n/ 6/96 du 18 janvier 1996, B 2.5 à B 2.9.

⁽⁵¹⁾ Voir, en ce sens, l'avis 35.227/2 précité, voir aussi P. THIEL, *op. cit.*, pp. 101 à 104 et les références citées.

Ainsi, le dossier communiqué à la section de législation ne permet pas de comprendre en quoi ces restrictions sont nécessaires pour permettre à la Région wallonne d'exercer ses compétences en matière de protection de l'environnement. En effet, en substance, il ressort du dossier communiqué au Conseil d'État que la seule justification que l'auteur de l'avant-projet entend donner pour imposer l'ensemble des restrictions prévues par le texte en projet est la circonstance "qu'une politique des déchets efficiente impose[rait] que soient prévues des dispositions en vue de garantir la transparence des coûts de gestion des déchets, laquelle constitue le point de départ de l'imputation de ces coûts aux producteurs, responsables d'obligations de reprise ou administrés et de leur responsabilisation ainsi que de leur mise sur pied d'égalité. Cette transparence doit permettre d'aboutir au concept de coût-vérité et de responsabiliser les producteurs de déchets".

Or, d'une part, cette explication se borne à exposer de manière tout à fait générale, l'objectif poursuivi. Elle est en défaut de justifier l'utilité ou la nécessité de chacune des restrictions envisagées et sa proportionnalité au regard du but poursuivi. D'autre part, la section de législation n'aperçoit pas en quoi la transparence des coûts de gestion des déchets pourrait justifier à elle seule et par principe, que des restrictions à la liberté de commerce et d'industrie et à la liberté contractuelle soient imposées aux organismes agréés ou de gestion, qui seraient par surcroît, plus lourdes que celles imposées par la législation relative aux marchés publics aux autres pouvoirs adjudicateurs et ce, alors spécialement que cette législation est elle-même déjà fondée sur les principes généraux d'égalité, de non-discrimination, de transparence et de concurrence ⁽⁵²⁾. Singulièrement, la section de législation n'aperçoit pas en quoi le recours à la procédure d'appel d'offres, à l'exclusion de toute autre procédure, spécialement celle de l'adjudication, ou la procédure négociée, serait nécessaire pour garantir la transparence des coûts, en vue notamment de responsabiliser les producteurs de déchets.

⁽⁵²⁾ Voir notamment l'article 5 de la loi du 15 juin 2006.

Enfin, l'objectif poursuivi - à savoir la transparence des coûts de gestion des déchets - revêt une généralité telle qu'au regard du principe d'égalité, la section de législation n'aperçoit pas comment, dans l'intention de l'auteur de l'avant-projet, il pourrait justifier que les restrictions envisagées par le paragraphe 8 en projet puissent être imposées uniquement dans le cadre de la gestion de déchets ménagers et non dans celui des autres biens ou déchets faisant l'objet d'une obligation de reprise.

c. Les cas où la législation européenne et fédérale relative aux marchés publics n'aurait pas vocation à s'appliquer

Dans les cas où la législation européenne et fédérale relative aux marchés publics n'aurait pas vocation à s'appliquer, la question liée à la répartition des compétences entre l'autorité fédérale et les entités fédérées ne se pose pas.

Par contre, la question de la proportionnalité des restrictions à la liberté contractuelle que le Gouvernement est habilité à imposer à l'organisme agréé ou de gestion se pose avec plus d'acuité encore, dès lors qu'il s'agirait alors d'imposer à des personnes de droit privé, non soumises aux règles générales relatives aux marchés publics, des exigences plus sévères encore que celles que ces règles générales imposent aux personnes qui y sont soumises en qualité de pouvoir adjudicateur.

En d'autres termes, dès lors que, comme exposé au point b.2, les restrictions que le Gouvernement serait autorisé à imposer, apparaissent disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi dans la mesure où elles concernent des personnes qui doivent être qualifiées de pouvoirs adjudicateurs au sens des règles générales en matière de marchés publics, elles s'avèrent plus disproportionnées encore à l'égard de personnes privées qui ne constituent même pas de tels pouvoirs adjudicateurs.

La critique à laquelle les restrictions précitées sont sujettes au regard du principe de liberté de commerce et d'industrie, du principe général de proportionnalité et du principe général d'égalité, telle que formulée au point b.2, vaut donc, *a fortiori*, dans l'hypothèse examinée ici.

Article 8bis, § 9, en projet

Le paragraphe 9 a une portée différente du paragraphe 8. En effet, il ne vise pas à permettre au Gouvernement d'imposer certaines obligations à des organismes agréés ou de gestion privés mais entend imposer directement des obligations précises au pouvoir adjudicateur qui attribue un marché public qui a pour objet la gestion de biens ou de déchets soumis à l'obligation de reprise et dont l'attribution et l'exécution sont déjà par ailleurs régies par la législation fédérale en matière de marchés publics.

1. Outre que cette disposition risque de faire double emploi avec le paragraphe 8 en projet, dans les cas où l'organisme agréé ou de gestion devrait être qualifié de "pouvoir adjudicateur" au sens de la législation fédérale en matière de marchés publics, le paragraphe 9 en projet appelle d'autres observations, de nature plus fondamentale.

1.1. Tout d'abord, s'agissant de la restriction prévue au paragraphe 9, 1/, en projet, elle est, en sa première phrase, identique à la restriction imposée au paragraphe 8, alinéa 2, 5/, en projet et appelle donc, *mutatis mutandis*, les mêmes critiques que celles formulées ci-avant à l'égard de cette disposition en tant que cette dernière s'appliquerait à des organismes devant être qualifiés de "pouvoirs adjudicateurs" au sens de la législation fédérale en matière de marchés publics.

Par conséquent, cette phrase doit être omise de l'avant-projet à l'examen.

En sa seconde phrase, ce même point 1/ impose de préciser clairement la pondération des critères d'attribution. Cette obligation est liée au recours à la procédure d'appel d'offres qui est imposé par la première phrase du 1/ au pouvoir adjudicateur. Elle doit par conséquent être omise elle aussi.

Quant à la troisième et à la quatrième phrases du 1/, comme l'a confirmé la déléguée du ministre, celles-ci doivent être omises.

1.2. Ensuite, s'agissant du paragraphe 9, 2/, en projet, celui-ci impose que le cahier des charges [lire : le cahier spécial des charges] prévoie le ou les critères de révision des prix, précise la période durant laquelle les candidats restent engagés par leur offre et comporte une clause sociale relative au maintien et au développement du secteur de l'économie sociale.

Cette disposition entend donc régler, pour partie, le contenu du cahier spécial des charges.

Or, conformément à l'article 39 de la loi du 15 juin 2006 ⁽⁵³⁾, c'est au Roi qu'il appartient de fixer les règles générales d'exécution des marchés publics.

Pour le surplus et dans le respect notamment de l'article 40 de la même loi, c'est aux pouvoirs adjudicateurs eux-mêmes qu'il appartient d'imposer le cas échéant des conditions d'exécution spécifiques au marché concerné, selon le cas, dans l'avis de marché ou dans le cahier spécial des charges. De même, selon l'article 41 de la même loi, c'est également aux pouvoirs adjudicateurs qu'il revient d'inclure des 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 chargé, à cet égard, de fixer "les autres modalités ayant trait à la formulation des spécifications techniques, des normes et des agréments techniques".

Pour rappel, comme la section de législation du Conseil d'État l'a déjà observé,

"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 [...].

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*

⁽⁵³⁾ Voir, dans le même sens, l'article 1^{er} , § 1^{er}, alinéa 2, de la loi du 24 décembre 1993 précitée.

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 [...]" ⁽⁵⁴⁾.

Or, comme mentionné précédemment, les articles 39, 40 et 41 de la loi du 15 juin 2006 constituent des règles générales en matière de marchés publics, qui relèvent de la compétence de l'autorité fédérale.

Au regard de ces règles générales, les règles dont le paragraphe 9, 2/, en projet a pour but d'imposer le respect aux pouvoirs adjudicateurs concernés 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, le paragraphe 9, 2/, en projet, excède la compétence de la Région wallonne et empiète sur celle de l'autorité fédérale ⁽⁵⁵⁾.

Toutefois, la question de savoir si, à titre subsidiaire, la disposition à l'examen pourrait le cas échéant être adoptée par la Région wallonne sur la base de l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, appelle une réponse négative.

En effet, comme déjà exposé, les règles générales en matière de marchés publics, telles qu'elles sont établies par l'autorité fédérale depuis l'adoption de la loi du 24 décembre 1993, ne se prêtent plus à un traitement différencié de sorte que la théorie des pouvoirs implicites ne peut plus être invoquée en cette matière.

2. En conclusion sur les points qui précèdent, les règles prévues au paragraphe 9, 1/ et 2/, en projet, ne sont pas admissibles et doivent être omises du décret en projet.

⁽⁵⁴⁾ Avis 44.198/2 précité.

⁽⁵⁵⁾ *Idem.*

Observations particulières

Vu le caractère fondamental des diverses observations générales ci-avant, les observations particulières à chacune des dispositions en projet se limitent aux développements qui suivent.

Article 1^{er}, 3/ du projet

a) Article 8bis, § 4, en projet

L'article 8bis, § 4, alinéa 3, en projet, du décret du 27 juin 1996, est ainsi rédigé :

"Le Gouvernement peut subordonner la mise en œuvre de l'agrément ou la mise en place de l'organisme de gestion à la constitution d'une sûreté telle que visée par l'article 55 du décret du 11 mars 1999 relatif au permis d'environnement auprès de l'autorité qu'il désigne visant à garantir la Région du respect de l'obligation de reprise. Il est tenu de le faire lorsque l'obligation de reprise concerne des déchets ménagers".

Cette disposition doit être mise en rapport avec l'article 55 du décret du 11 mars 1999 relatif au permis d'environnement, qui dispose comme suit :

"Art. 55. § 1^{er}. L'autorité compétente peut, sur proposition du fonctionnaire technique intégrée dans le rapport de synthèse, imposer à l'exploitant de fournir, avant la mise en œuvre du permis d'environnement, une sûreté au profit du Gouvernement destinée à assurer l'exécution de ses obligations en matière de remise en état du site et dont le montant est équivalent aux frais que supporteraient les pouvoirs publics s'ils devaient faire procéder à la remise en état.

Le Gouvernement détermine les cas où une sûreté est toujours exigée. Il peut prévoir, pour les installations qu'il détermine, que le montant de la sûreté couvre les frais afférents à la période de maintenance, de surveillance et de contrôle de l'établissement.

Cette sûreté est en tout cas toujours exigée pour les centres d'enfouissement technique visés au décret du 27 juin 1996 relatif aux déchets.

§ 2. La sûreté consiste, au choix du demandeur, en un dépôt à la Caisse des dépôts et consignations ou en une garantie bancaire indépendante ou en toute autre forme de sûreté que le Gouvernement détermine, à concurrence du montant précisé dans le permis.

.../...

Dans le cas où la sûreté consiste en un versement en numéraire, l'exploitant de l'établissement est tenu d'augmenter annuellement la sûreté à concurrence des intérêts produits durant l'année précédente.

Dans le cas où la sûreté consiste en une garantie bancaire indépendante, celle-ci est obligatoirement émise par un établissement de crédit agréé soit auprès de la Commission bancaire et financière, soit auprès d'une autorité d'un État, membre de l'Union européenne qui est habilitée à contrôler les établissements de crédit.

Le permis d'environnement peut disposer que la constitution de la sûreté est fractionnée en tranches dans la mesure où celles-ci correspondent à des phases d'exploitation prévues dans ce permis.

§ 3. Dans le cas où une sûreté est requise, le permis d'environnement n'est exécutoire qu'à partir du moment où le fonctionnaire technique reconnaît que la sûreté a été constituée.

Lorsque la sûreté est fractionnée, le permis d'environnement n'est exécutoire pour une partie de l'exploitation qu'à partir du moment où le fonctionnaire technique reconnaît que la tranche correspondante de la sûreté requise a été constituée.

§ 4. Sur proposition du fonctionnaire technique justifiant d'une évolution du coût estimé de la remise en état, l'autorité compétente pour délivrer le permis d'environnement en première instance peut modifier le montant de la sûreté en cours d'exploitation.

§ 5. Le fonctionnaire technique est tenu de constater la remise en état dans un délai de soixante jours à dater de l'introduction par l'exploitant de la demande de constat. À défaut de décision dans le délai requis, la remise en état est réputée conforme.

À l'expiration d'un délai de trois mois à dater du constat de remise en état, et en l'absence de réserves du fonctionnaire technique, la sûreté est libérée et les intérêts éventuels produits sont restitués conformément aux modalités fixées en application du § 7.

§ 6. Le fonctionnaire technique peut accorder un délai complémentaire unique pour la remise en état. Si les lieux ne sont pas remis en état dans le délai requis, le Gouvernement fait procéder d'office à la remise en état, en faisant appel à la sûreté.

Si le montant est insuffisant, le Gouvernement récupère les frais complémentaires exposés auprès du titulaire du permis.

§ 6bis. En ce qui concerne les centres d'enfouissement technique, la sûreté visée aux paragraphes 1^{er} à 4 comprend une partie relative à la remise en état du centre d'enfouissement technique et une autre relative à sa post-gestion.

Par dérogation au § 5 de la présente disposition, le fonctionnaire technique constate, à la demande de l'exploitant et sur la base d'un rapport dont le Gouvernement arrête le contenu, si la remise en état du centre d'enfouissement technique ou d'une de ses cellules est conforme aux conditions du permis d'environnement. En vue de constater la remise en état, le fonctionnaire technique inspecte la cellule ou les cellules et contrôle le rapport requis en vertu du présent décret. Le fonctionnaire technique est tenu de se prononcer sur la remise en état dans un délai de soixante jours à dater de l'introduction par l'exploitant de la demande de constat et du rapport.

La libération de la sûreté relative à la remise en état du centre d'enfouissement technique peut être fractionnée en fonction de la remise en état des différentes cellules destinées à être exploitées. Cette partie de la sûreté, en ce compris les intérêts éventuels produits, est libérée suite au constat de la remise en état du centre d'enfouissement technique et restituée, conformément aux modalités fixées en application des paragraphes 5, alinéa 2, et 7.

La partie de la sûreté relative à la post-gestion du centre d'enfouissement technique est libérée lorsque le fonctionnaire technique constate que le centre d'enfouissement technique n'est plus susceptible d'entraîner un danger pour l'environnement.

Dans cette hypothèse, la sûreté relative à la post-gestion du centre d'enfouissement technique est libérée et les intérêts éventuels produits sont restitués, conformément aux modalités fixées en application du paragraphe 7.

§ 7. Le Gouvernement peut fixer les modalités complémentaires auxquelles les sûretés doivent répondre et, le cas échéant, des conditions types de sûreté. Il détermine les modalités de libération de la sûreté lorsque l'exploitant a satisfait à toutes ses obligations en matière de remise en état lorsque le centre d'enfouissement technique n'est plus susceptible d'entraîner un danger pour l'environnement, ainsi que la procédure en cas de non-respect de ces obligations. Un recours contre toutes les décisions en matière de sûreté prévues par le présent article et la décision du fonctionnaire technique de non-remise en état est ouvert auprès du Gouvernement à l'exploitant.

Le recours contre les décisions en matière de sûreté est également ouvert au fonctionnaire technique, s'il n'est pas l'autorité compétente.

Le Gouvernement règle les modalités du recours et détermine notamment :

- 1/ les informations que doit contenir le recours et sa forme;
- 2/ les modalités d'instruction du recours par le fonctionnaire technique compétent.

À défaut d'envoi de la décision dans le délai visé par le Gouvernement, la décision prise en première instance est confirmée.

§ 8. Le Gouvernement peut, pour les installations et les activités classées qu'il désigne, établir le mode de calcul de la sûreté en fonction de l'avancement des travaux d'exploitation et de remise en état déjà effectués".

.../...

Il ressort du libellé même de cet article 55 que celui-ci organise un mécanisme de sûreté spécifiquement conçu pour garantir le respect d'obligations liées au permis d'environnement octroyé à l'exploitant d'une installation classée.

La spécificité des modalités de ce mécanisme, modalités qui sont fonction du contexte particulier du permis d'environnement, a pour conséquence que nombre des règles fixées à l'article 55 du décret du 11 mars 1999 ne sont pas transposables d'office aux régimes d'agrément ou de "mise en place" de l'organisme, visés par la disposition à l'examen.

Plutôt que de renvoyer purement et simplement à l'article 55 reproduit ci-avant, le texte en projet doit régler lui-même les différents aspects essentiels du mécanisme de sûreté qu'il entend mettre en place, de sorte que ce mécanisme soit adapté aux obligations dont cette sûreté devra garantir l'exécution et au régime juridique des organismes chargés de constituer cette sûreté.

b) Article 8bis, § 5, en projet

Le paragraphe 5, alinéa 2, 1/, a), en projet, impose à l'organisme de conclure avec les "personnes morales de droit public territorialement responsables de la gestion des déchets ménagers" un contrat définissant notamment "les modalités de collecte des déchets ménagers et de prise en charge des déchets collectés". Un tel système suppose l'accord de toutes les parties sur les modalités visées.

Dans le même temps, le paragraphe 5, alinéa 2, 2/, en projet, impose à l'organisme agréé et de gestion "de se conformer aux modalités de collecte déterminées par les personnes morales de droit public territorialement responsables de la gestion des déchets ménagers". Une telle obligation suppose que les modalités déterminées unilatéralement par les personnes morales de droit public agréé et de gestion s'imposent à l'organisme agréé et de gestion, que celui-ci marque ou non son accord.

Les deux dispositions concernées apparaissent donc contradictoires.

Le texte en projet doit être revu afin de lever cette contradiction.

.../...

Article 1^{er}, 6/ du projet

Article 8bis, § 9, en projet

Le paragraphe 9, 3/, en projet, a pour conséquence d'imposer au pouvoir adjudicateur de communiquer le choix de la personne à qui il entend attribuer le marché concerné, pour avis, à l'organisme visé à l'article 8bis, § 3, alinéa 1^{er}, 2/ ou 3/, du décret du 27 juin 1996, préalablement à la décision d'attribution.

Imposer une telle obligation au pouvoir adjudicateur n'a de sens que si ce dernier ainsi que le marché en cause présentent un lien, d'une manière ou d'une autre, avec l'organisme agréé et de gestion.

Or, tel ne sera pas toujours le cas, vu le champ d'application très large du paragraphe 9 en projet et l'absence d'obligation de couverture territoriale imposée aux organismes agréés et de gestion, ainsi que le fait que le titulaire de l'obligation de reprise n'a pas l'obligation de recourir à un organisme visé à l'article 8bis, § 3, alinéa 1^{er}, 2/ ou 3/, du décret du 27 juin 1996.

La disposition à l'examen doit être revue à la lumière de ce constat.

Article 3

L'article D. 88 du Livre I^{er} du Code de l'environnement est divisé en paragraphes, ce qui ne ressort pas de la phrase liminaire de l'article 3 de l'avant-projet.

La phrase liminaire de la disposition à l'examen doit par conséquent être revue de sorte qu'elle mentionne que l'alinéa nouveau en projet doit être inséré entre l'alinéa 1^{er} et l'alinéa 2 du paragraphe 1^{er} de l'article D. 88 dont la modification est envisagée.

Enfin, il y a lieu d'écrire :

"Par dérogation à l'alinéa 1^{er}, ... (la suite comme à l'avant-projet)".

Observation finale

La formule de promulgation sera omise.

La chambre était composée de

Messieurs	P. LIÉNARDY,	président de chambre,
	J. JAUMOTTE,	conseillers d'État,
	L. DETROUX,	
Madame	C. GIGOT,	greffier.

Le rapport a été présenté par Mme A. VAGMAN, auditeur.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

C. GIGOT

P. LIÉNARDY