KV

ROYAUME DE BELGIQUE

– – – – – – – – – –

AVIS 48.243/2
DU 2 JUIN 2010

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

– – – – – – – – – – – –

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par le Ministre-Président du Gouvernement de la Communauté française, le 7 mai 2010, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de décret relatif aux services en Communauté française, a donné l'avis suivant :

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1er, alinéa 1er, 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.

Observations préalables

1. L'avant-projet examiné vise à transposer la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur.

Il est très similaire au décret de la Région wallonne du 10 décembre 2009 visant à transposer la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur dans les matières visées à l'article 138 de la Constitution, qui a fait l'objet de l'avis de la section de législation du Conseil d'État n/ 47.471/2 du 25 novembre 2009 [1], au décret de la Communauté germanophone du 15 mars 2010 sur les services, qui a fait l'objet de l'avis de la section de législation du Conseil d'État n/ 47.286/1 du 29 octobre 2009 [2], et à l'avant-projet de décret de la Commission communautaire française sur les services, qui a fait l'objet de l'avis 48.074/2 du 28 avril 2010.

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

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

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

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

> "Conformément au point 34 de l'accord interinstitutionnel «Mieux légiférer», les États membres sont encouragés à établir, pour eux-mêmes et dans l'intérêt de la Communauté, leurs propres tableaux, qui illustrent, dans la mesure du possible, la concordance entre la présente directive et les mesures de transposition, et à les rendre publics".

Un tableau de transposition établissant la correspondance entre les articles de la directive et ceux de l'avant-projet est annexé à l'exposé des motifs. Il s'indique néanmoins d'accompagner l'exposé des motifs du projet d'un double tableau de transposition, à savoir, outre celui y figurant déjà, d'un tableau mentionnant les dispositions de la directive au départ des dispositions du projet [3].

Formalités préalables

Il résulte du dossier transmis au Conseil d'État que l'accord du Ministre du Budget a été sollicité. Celui n'a toutefois pas été communiqué. L'auteur du projet veillera à la complète application de cette formalité.

Compétence

Les avis 47.471/2 et 48.074/2 renvoient, s'agissant de la compétence, à l'avis 47.084/1/V du 8 septembre 2009 sur un avant-projet de loi transposant la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, qui contenait l'observation suivante :

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

---

(3) *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.conseildetat.be, onglet "Technique législative", recommandation n[os] 191 et 194, pp. 118-119.

L'article 3 du projet devrait exprimer plus clairement que la loi en projet ne s'applique qu'aux matières relevant des compétences fédérales.

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

En tout état de cause, il n'appartient pas à la Communauté française, comme l'auteur des avant-projets envisage de le faire pour, par exemple, l'article 3, § 1er, 2/ et 3/, d'exclure des services échappant à ses compétences du champ d'application de l'avant-projet, ce qui laisse à penser que le législateur communautaire serait compétent pour adopter une mesure inverse.

Observations générales

1. Les avis 47.286/1, 47.471/2 et 48.074/2 précités rappellent l'observation suivante, formulée dans l'avis 47.084/1/V précité :

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

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

5.1. Le projet de loi soumis pour avis reproduit un certain nombre de dispositions de la directive services qui ne requièrent pas de transposition dans des règles autonomes de droit national. Ainsi, le projet reproduit par exemple plusieurs articles de la directive destinés au législateur ou à d'autres autorités réglementaires

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

et imposant à ces derniers des principes ou des interdictions qu'ils doivent respecter lorsqu'ils édictent des règles. Plus précisément, les chapitres II (liberté d'établissement) et III (liberté de prestation de services) comportent, outre des dispositions spécifiques, plusieurs dispositions comprenant des principes flous et généraux principalement destinés aux autorités compétentes.

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

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

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

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

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

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

[...]".

L'avant-projet à l'examen appelle les mêmes observations, qui concernent une partie substantielle de celui-ci, spécialement mais non exclusivement les dispositions qui figurent en leurs chapitres II et III.

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

Cette observation concerne par exemple les dispositions de l'avant-projet qui se réfèrent à la notion d'"autorité compétente", dont la définition à l'article 2, 13 , de l'avant-projet, constitue une reproduction de l'article 4, point 9, de la directive 2006/123/CE précitée; cette définition manque de la précision nécessaire lorsqu'il s'agit de conférer des pouvoirs, notamment de contrôle et de surveillance, à une autorité.

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

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

> "l'autorité compétente de la Communauté française effectue, dans la limite de ses compétences, les vérifications, inspections, enquêtes concernant un prestataire de services ou ses services, qui lui sont demandées par l'autorité compétente d'un autre État membre par le biais d'une demande motivée (…).
>
> Elle apprécie la nature et l'ampleur des vérifications, inspections et enquêtes à mener";

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

"L'autorité compétente de la Communauté française

1/ prend toutes les mesures nécessaires afin d'assurer que le prestataire se conforme aux exigences qui ont trait à l'accès à l'activité de service et son exercice,

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

3. Compte tenu du caractère fondamental des observations générales qui viennent d'être faites, le Conseil d'État se limitera à formuler l'observation particulière qui suit.

Observation particulière

Article 41

Cette disposition doit être revue afin d'éviter de conférer un effet rétroactif au texte en projet. En effet, même si, comme le relève le commentaire de l'article, la date ultime de transposition de la directive est fixée au 28 décembre 2009, le Conseil d'État n'aperçoit pas comment l'on pourrait conférer un effet rétroactif aux dispositions contenues dans le projet.

La chambre était composée de

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

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

LE GREFFIER LE PRÉSIDENT

G. DELANNAY Y. KREINS