



CONSEIL D'ÉTAT

section de législation

avis 64.482/VR
du 27 novembre 2018

sur

un avant-projet de décret de la Communauté française 'visant à promouvoir la passation de marchés publics durables dans le cadre des politiques de la Communauté française'

Le 18 octobre 2018, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Ministre du Budget, de la Fonction publique et de la Simplification administrative de la Communauté française à communiquer un avis, dans un délai de trente jours prorogé à quarante-cinq jours *, sur un avant-projet de décret 'visant à promouvoir la passation de marchés publics durables dans le cadre des politiques de la Communauté française'.

L'avant-projet a été examiné par les chambres réunies le 27 novembre 2018. Les chambres réunies étaient composées de Marnix VAN DAMME, président de chambre, président, Martine BAGUET, président de chambre, Wilfried VAN VAERENBERGH, Bernard BLERO, Wouter PAS et Wanda VOGEL, conseillers d'État, et Wim GEURTS, greffier et Charles-Henri VAN HOVE, greffier assumé.

Le rapport a été présenté par Pierrot T'KINDT et Pauline LAGASSE, auditeurs.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 27 novembre 2018.

*

* Cette prorogation résulte de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973, qui dispose que le délai de trente jours est prorogé à quarante-cinq jours dans le cas où l'avis est donné par les chambres réunies en application de l'article 85bis.

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973, 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 suivantes.

COMPÉTENCE

L'avant-projet de décret concerne la passation et l'exécution de marchés publics. Le dispositif doit, dès lors, être examiné au regard de la répartition des compétences entre l'autorité fédérale et les entités fédérées en matière de marchés publics¹.

La question est réglée par l'article 6, § 1^{er}, VI, alinéas 1^{er}, 3 et 4 de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles', qui dispose comme suit :

« Art. 6. § 1^{er}. Les matières visées à l'article 39 de la Constitution sont :

[...]

VI. En ce qui concerne l'économie :

1^o La politique économique ;

[...]

[‡] S'agissant d'un avant-projet de décret, on entend par « fondement juridique » la conformité aux normes supérieures.

¹ Cette question a déjà été abordée par la section de législation à plusieurs reprises. Voir notamment l'avis n° 35.227/2 donné le 28 mai 2003 sur une proposition de décret 'relatif à l'utilisation de logiciels libres dans les administrations de la Commission communautaire française' (*Doc. parl.*, Ass. Comm. comm. fr., 2001-2002, n° 35/3, pp. 2 et 3 ; <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/35227.pdf>) ; l'avis n° 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' (*Doc. parl.*, Parl. Rég. Brux.-Cap., 2001-2002, n° A-285/2, pp. 2 à 5 ; <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/36409.pdf>) ; l'avis n° 38.703/1/V donné le 6 septembre 2005 sur les avant-projets devenus la loi du 15 juin 2006 'relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services' et 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' (*Doc. parl.*, Chambre, 2005-2006, n° 2237/1, pp. 132 à 146 ; <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/38703.pdf>) ; l'avis n° 44.198/2 donné le 7 juillet 2008 sur une proposition de décret 'visant à imposer des critères d'investissements socialement responsables aux marchés financiers de pouvoirs publics régionaux' (*Doc. parl.*, Parl. wall., 2005-2006, n° 410/2, pp. 2 à 5 ; <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/44198.pdf>) ; l'avis n° 48.207/4 donné le 1^{er} juin 2010 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' (<http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/48207.pdf>) ; l'avis n° 53.307/VR et 53.308/VR donné le 13 juin 2013 sur une proposition devenue l'ordonnance du 8 mai 2014 'relative à l'inclusion de clauses environnementales et éthiques dans les marchés publics' (53.307/VR) et sur une proposition devenue l'ordonnance du 8 mai 2014 'relative à l'inclusion de clauses sociales dans les marchés publics' (53.308/VR) (*Doc. parl.*, Parl. Rég. Brux.-Cap., 2012-2013, n°s A-362/2 et A-363/2 ; <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/53307.pdf>) ; et l'avis n° 64.298/4 donné le 15 octobre 2018 sur un projet d'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale 'imposant des clauses sociales lors de la passation de marchés publics dans le cadre de la réalisation d'investissements en infrastructures sportives communales'.

En matière économique, les Régions exercent leurs compétences dans le respect des principes de la libre circulation des personnes, biens, services et capitaux et de la liberté de commerce et d'industrie, ainsi que dans le respect du cadre normatif général de l'union économique et de l'unité monétaire, tel qu'il est établi par ou en vertu de la loi, et par ou en vertu des traités internationaux.

À cette fin, l'autorité fédérale est compétente pour fixer les règles générales en matière :

1° de marchés publics ;

[...] ».

Les travaux préparatoires de la loi spéciale du 8 août 1988 'modifiant la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles' contiennent à ce sujet les précisions suivantes :

« § 8. En matière économique, ce paragraphe attribue aux Régions la politique économique, les aspects régionaux de la politique du crédit, la politique des débouchés et des exportations, certaines aides en matière agricole, ainsi que les richesses naturelles, sans préjudice du respect par les Régions des éléments constitutifs de l'union économique et de l'unité monétaire.

En matière de politique économique, le présent paragraphe reconnaît aux Régions la compétence de principe, l'État voyant ses compétences attribuées expressément.

[...]

Les trois derniers alinéas du présent paragraphe 8 ont pour but de définir les conditions dans lesquelles les Régions exerceront leur compétence de politique économique. Ces conditions sont prévues afin de garantir l'union économique et l'unité monétaire dont l'autorité nationale a la responsabilité.

La compétence complète, en matière économique, est donnée aux Régions en vertu de l'alinéa 1^{er} de ce paragraphe. C'est la raison pour laquelle il est nécessaire que soient décrites avec grande clarté les matières qui doivent relever de la compétence de l'autorité nationale en vue de la sauvegarde de l'union économique et de l'unité monétaire. Ces compétences nationales doivent être considérées comme des exceptions par rapport aux compétences des Régions en matière économique. À ce titre, elles doivent être interprétées restrictivement.

[...]

La sauvegarde de l'union économique et celle de l'unité monétaire passent également par le respect des normes en matière de marchés publics [...]. Ces normes restent de la compétence de l'autorité nationale. En ces matières, l'autorité nationale a la compétence de déterminer les grands principes par des règles organiques (le cadre général). L'autorité nationale et les Régions sont tenues de respecter le cadre normatif général ainsi déterminé. Toutefois, les Régions peuvent compléter ces principes, y compris par voie normative, afin de mener des politiques adaptées à leurs besoins, pour autant que celles-ci n'aillent pas à l'encontre du cadre normatif défini par l'autorité nationale.

[...] »².

Ces règles répartitrices de compétence ont été rappelées par la Cour constitutionnelle dans l'arrêt n° 9/2011 du 27 janvier 2011 dans les termes suivants :

« B.3.4. En matière de marchés publics, contrairement à ce qui s'applique aux matières énumérées à l'alinéa 5 de l'article 6, § 1^{er}, VI, de la loi spéciale précitée, pour lesquelles l'autorité fédérale a une compétence exclusive, sa compétence est limitée à la fixation de règles générales, avec comme seul objectif de garantir les principes énumérés à l'alinéa 3 de cet article.

Ainsi qu'il ressort des travaux préparatoires de la loi spéciale du 8 août 1988 modifiant la loi spéciale du 8 août 1980, par 'règles générales en matière de marchés publics', on entend les principes qui sont contenus ou concrétisés dans :

– la loi du 14 juillet 1976 relative aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services;

– l'arrêté royal du 22 avril 1977 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services;

– l'arrêté ministériel du 10 août 1977 établissant le cahier général des charges des marchés publics de travaux, de fournitures et de services;

– la réglementation en matière d'agrément des entrepreneurs (*Doc. parl.*, Chambre, S.E., 1988, n° 516/6, pp. 126-127).

Les mêmes travaux préparatoires indiquent que les Régions peuvent compléter ces principes, y compris par voie normative, 'afin de mener des politiques adaptées à leurs besoins, pour autant que celles-ci n'aillent pas à l'encontre du cadre normatif défini par l'autorité nationale' (*Doc. parl.* Chambre, S.E. 1988, n° 516/1, p. 10).

[...] ».

C'est donc l'autorité fédérale qui est compétente pour fixer les règles générales en matière de marchés publics³, par dérogation à la compétence de principe reconnue aux Régions en matière économique. Les Régions – et seules ces dernières – sont, quant à elles, compétentes pour établir des règles complémentaires à ces règles générales.

Par conséquent, la Communauté française ne dispose pas de la compétence d'établir de telles règles complémentaires⁴.

² Projet de loi spéciale du 8 août 1988 'modifiant la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles', *Doc. parl.*, Chambre, S.E. 1988, n° 516/1, pp. 7 à 10. L'article 4, § 8, de la loi spéciale du 8 août 1988, auquel se rapporte le commentaire cité, a remplacé l'article 6, § 1^{er}, VI, de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles'.

³ Les règles générales en matière de marchés publics sont actuellement contenues dans la loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics', ainsi que dans ses arrêtés d'exécution.

⁴ Voir notamment l'avis n° 25.290/9 donné le 25 septembre 1996 sur un avant-projet devenu le décret du 14 juillet 1997 'portant organisation de la promotion de la santé en Communauté française', qui rappelle l'incompétence de la Communauté française en matière de marchés publics (*Doc. parl.*, Parl. Comm. fr., 1996-1997, n°127/1 ; <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/25290.pdf>). Pour un constat similaire en ce qui concerne la Commission communautaire française, voir l'avis n° 35.227/2 donné le 28 mai 2003 sur une proposition de décret 'relatif à l'utilisation de logiciels libres dans les administrations de la Commission

Les pouvoirs implicites ne peuvent par ailleurs pas être invoqués en l'espèce, dès lors que l'ensemble du dispositif touche à une matière pour laquelle la Communauté française n'est pas compétente.

L'avant-projet méconnaît ainsi la répartition des compétences entre l'État fédéral, les Communautés et les Régions, et n'a pas été examiné plus avant.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

Charles-Henri VAN HOVE

Marnix VAN DAMME

communautaire française' (*Doc. parl.*, Ass. Comm. comm. fr., 2001-2002, n° 35/3, pp. 2 et 3 ; <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/35227.pdf>). En ce qui concerne la Communauté germanophone, voir l'avis n° 36.162/2 donné le 21 janvier 2004 sur une proposition devenue le décret du 27 juin 2005 'portant création d'une haute école autonome' (<http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/36162.pdf>).