

KV

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 47.472/2
DU 25 NOVEMBRE 2009

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par le Vice-Président et Ministre de l'Économie, des PME, du Commerce extérieur et des Technologies nouvelles de la Région wallonne, le 20 novembre 2009, d'une demande d'avis, dans un délai de cinq jours ouvrables, sur un avant-projet de décret "modifiant diverses législations en vue de transposer la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur", a donné l'avis suivant :

Suivant l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2/, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, inséré par la loi du 4 août 1996, et remplacé par la loi du 2 avril 2003, la demande d'avis doit spécialement indiquer les motifs qui en justifient le caractère urgent.

La motivation s'exprime en ces termes :

"Considérant que l'article 44 de la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur impose aux États membres la transposition de ladite directive avant le 28 décembre 2009;

Considérant que la Région wallonne a dû tenir compte préalablement à l'adoption de l'avant-projet de décret visant à transposer, de manière générale, la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur et de l'avant-projet de décret visant à transposer, de manière générale, la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur dans les matières visées à l'article 138 de la Constitution de la proposition de décision, de l'adoption du projet de loi par l'autorité fédérale sur les services et que celui-ci a été soumis à l'avis de la section de législation du Conseil d'État;

Considérant que les dispositions des deux avant-projets précités sont similaires à celles de l'avant-projet de loi, qui a fait l'objet d'un avis du Conseil d'État;

Considérant que l'urgence est également motivée en ce qui concerne l'avant-projet de décret modifiant diverses législations en vue de transposer la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur et l'avant-projet de décret modifiant diverses législations relatives aux matières visées à l'article 138 de la Constitution, en vue de transposer la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur de la proposition de décision, par le fait que ces dispositions doivent impérativement être adoptées avant le 28 décembre 2009;

Considérant que la transposition de la directive ne serait pas complète sans l'adoption de ces deux textes."

*

* *

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2/, 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.

Observation générale

Le texte en projet a pour objet de modifier certaines dispositions législatives de droit wallon en vue d'assurer la transposition partielle de la directive 2006/123/CE du Parlement et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur (ci-après "directive «services»").

La saisine de la section de législation est donc ici limitée aux modifications que le texte en projet envisage d'apporter aux textes concernés.

Il en résulte plusieurs conséquences.

Tout d'abord, il n'appartient pas à la section de législation de se prononcer sur les dispositions en vigueur, mais uniquement sur les modifications qu'il est envisagé d'apporter à celles-ci. Il en résulte donc, à titre d'exemple, que le présent rapport n'examinera pas la conformité d'un régime d'autorisation ou d'agrément à la directive services lorsque l'exigence de cet agrément ou de cette autorisation résulte déjà des dispositions en vigueur.

Ensuite, il appartiendra à l'auteur du projet de vérifier si des dispositions autres que celles concernées par le texte en projet, ne doivent pas non plus être abrogées ou modifiées afin de garantir la conformité de la législation wallonne à la directive 2006/123/CE du Parlement et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur.

Ceci étant précisé, il est néanmoins rappelé à l'auteur du projet que, de manière générale, s'agissant des régimes d'autorisation ou d'agrément existants qui seraient maintenus, ainsi que des exigences y relatives, il y aura lieu, d'une part, de les examiner au regard des règles prévues par la directive "services" en matière de liberté

.../...

d'établissement ainsi qu'au regard des règles de la directive qui ont trait à la libre circulation des services.

En effet, au plus tard à la date du 28 décembre 2009, la Région wallonne devra 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.

S'agissant de la liberté d'établissement, le rapport doit notamment comporter l'indication des régimes d'autorisation existants et une motivation de leur compatibilité avec la directive susmentionnée (article 9, paragraphe 2, de ladite directive); concernant la libre circulation des services, les États membres devront présenter le rapport requis par l'article 39, paragraphe 5, de la directive, "concernant les exigences nationales dont l'application pourrait relever de l'article 16, paragraphe 1, troisième alinéa, et de l'article 16, paragraphe 3, première phrase, en précisant les raisons pour lesquelles ils estiment que l'application de ces exigences remplit les critères visés à l'article 16, paragraphe 1, troisième alinéa, et à l'article 16, paragraphe 3, première phrase".

C'est sous ces importantes réserves que les observations qui suivent sont formulées.

Observations particulières

Chapitre I^{er} : Disposition préliminaire

Article 1^{er}

L'article 1^{er} de l'avant-projet de décret doit être rédigé de manière à faire apparaître que le texte en projet a pour objet d'assurer une transposition partielle de la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur.

Cette disposition sera revue en conséquence.

.../...

Chapitre II : Modifications apportées au décret du 27 mai 2004 relatif aux Agences-Conseil en économie sociale

Article 2

Selon le commentaire de l'article 2, la modification en projet tend, par rapport à la rédaction actuelle du décret en voie de modification, à mieux faire apparaître que l'agrément des agences-conseil en économie sociale qui est requis par ou en vertu du décret du 27 mai 2004 relatif aux Agences-Conseil en économie sociale (ci-après dénommé : le décret du 27 mai 2004) est un agrément imposé aux seules agences qui souhaitent bénéficier du régime de subvention organisé par ce décret.

Le commentaire de l'article précise à cet égard que la modification en projet entend "assurer la conformité certaine" du décret du 19 décembre 2002 à la directive "services". Cette conformité serait établie, selon l'auteur du projet, au travers du considérant 10 de la directive d'après lequel

"la présente directive ne porte pas sur les critères d'accès de certains prestataires aux fonds publics, lesquels incluent en particulier les critères établissant les conditions dans lesquelles des prestataires sont habilités à recevoir un financement public (...)".

L'explication ainsi donnée dans le commentaire de l'article est ambiguë : en effet, le constat qu'un agrément est imposé à des prestataires de services pour leur permettre de bénéficier d'un financement public n'établit pas à proprement parler la "conformité" de l'agrément concerné au regard de la directive "services"; ce constat a seulement pour conséquence que le régime d'agrément concerné (et donc les critères sur la base desquels il est établi) sort du champ d'application de la directive 2006/123/CE au motif que ce régime se borne à régler les conditions d'octroi d'une subvention à charge du trésor public, l'agrément qu'il requiert à cette fin ne constituant pas une exigence affectant l'accès à une activité de service ou son exercice au sens où ces notions sont entendues par la directive précitée.

L'auteur du projet ne peut donc se méprendre sur l'effet juridique que produit la modification prévue par l'article 2 de l'avant-projet : si la directive "services" ne s'applique pas au régime d'agrément requis par ou en vertu du décret du 27 mai 2004,

.../...

avec cette conséquence que la justification du maintien de celui-ci ne devra pas être apportée par la Région wallonne dans le rapport visé à l'article 39 de la directive 2006/123/CE, il n'en reste pas moins que l'agrément exigé des agences-conseil en économie sociale dans le cadre du décret du 27 mai 2004 s'analyse toujours comme une exigence régissant l'accès des prestataires de services concernés à une forme d'aide octroyée par un État membre et doit à ce titre être conforme aux autres règles communautaires, y compris les règles de concurrence, en particulier l'article 87 du traité CE ⁽¹⁾.

Article 3

Cette disposition n'a pas de raison d'être en vue de la transposition de la directive "services".

Elle n'aurait en effet un sens que si l'agrément prévu par le décret du 27 mai 2004 constituait une exigence affectant l'accès à une activité de service ou son exercice et tombant de ce fait dans le champ d'application de la directive "services". Comme il a été indiqué sous l'article 2 que tel n'est pas le cas, il n'y a pas lieu d'avoir égard aux éventuels agréments qui peuvent avoir été obtenus par un prestataire de services dans un autre État membre. Il faut, par contre, comme indiqué sous l'article 2, que l'octroi des agréments exigés en Région wallonne en vue de faire bénéficier une agence-conseil en économie sociale d'un financement public pour les missions qu'elle accomplit respecte l'ensemble des règles communautaires, ce qui implique notamment qu'il soit assuré sans discrimination directe ou indirecte fondée sur l'État dont provient le prestataire de services qui sollicite un agrément.

⁽¹⁾ Voir sur cette question le point 2.3.3. du "Manuel relatif à la mise en oeuvre de la directive «services»" édité par la Commission européenne http://ec.europa.eu/internal_market/services-dir/index_fr.htm.

Chapitre III : Modifications apportées au décret du 14 décembre 2006 relatif à l'agrément et au subventionnement des "Initiatives de développement de l'emploi dans le secteur des services de proximité à finalité sociale", en abrégé : "I.D.E.S.S."

Articles 4 à 8

Comme la section de législation l'a constaté dans l'avis 42.776/2, donné le 26 avril 2007 sur le projet devenu l'arrêté du Gouvernement wallon du 21 juin 2007 qui lui procure exécution, la matière réglée par le décret du 14 décembre 2006 relatif à l'agrément et au subventionnement des "Initiatives de développement de l'emploi dans le secteur des services de proximité à finalité sociale", en abrégé : "I.D.E.S.S.", échappe aux compétences de la Région wallonne ⁽²⁾.

En tout état de cause, les modifications en projet appellent *mutatis mutandis* les mêmes observations que celles formulées sous les articles 2 et 3.

Chapitre IV : Modifications apportées au décret du 15 juillet 2008 relatif au soutien à la création d'activités au travers des bourses de préactivité et au soutien à l'innovation des entreprises au moyen de bourses innovation

Article 9

Il est *mutatis mutandis* renvoyé aux observations figurant sous les articles 2 et 3.

⁽²⁾ Dans le même sens, voir l'avis 44.118/2, donné le 10 mars 2008 sur les articles 22 à 28 d'un avant-projet de décret devenu le décret du 20 novembre 2008 relatif à l'économie sociale (*Doc. parl.*, Région wallonne, 2008-2009, n° 843/1).

Chapitre V : Modifications apportées au décret du 11 mars 2004 relatif aux incitants régionaux en faveur des petites et moyennes entreprises

Article 10

Il est *mutatis mutandis* renvoyé aux observations figurant sous les articles 2 et 3.

Chapitre VI : Modifications apportées au Code wallon de l'Aménagement du Territoire, de l'Urbanisme et du Patrimoine

1. Les articles 11 et 12 de l'avant-projet de décret envisagent de modifier les articles 255/3 et 280 du Code wallon de l'Aménagement du Territoire, de l'Urbanisme, du Patrimoine et de l'Énergie (ci-après, le C.W.A.T.U.P.E.), qui sont des dispositions de nature réglementaire, et non législative.

Il n'appartient pas au législateur de modifier des dispositions de nature réglementaire, ou d'insérer dans de telles dispositions des subdivisions nouvelles ayant une valeur législative.

En effet, un tel procédé a pour effet de mêler, au sein d'un même corpus normatif, des dispositions de nature différente. Outre que ce *modus operandi* méconnaît le principe de séparation des pouvoirs, il est au demeurant extrêmement préjudiciable à la sécurité juridique et est de nature à créer le doute sur le pouvoir qui, à l'avenir, sera compétent pour modifier la disposition concernée.

Si le législateur entend assurer la transposition de la directive "services" à l'égard des auteurs de projet visés aux articles 255/3 et 280 du C.W.A.T.U.P.E., il lui est toutefois loisible de le faire, en procédant non pas à la modification de ces dispositions, mais à la modification de la disposition législative qui procure un fondement légal aux arrêtés réglementaires qui ont trait à ces agréments, à savoir, l'article 11 du C.W.A.T.U.P.E.

À ce propos, la question se pose de savoir si l'insertion, dans l'article 11 du C.W.A.T.U.P.E., d'une règle similaire à celle que les articles 11 et 12 du décret en projet entendent insérer dans les articles 255/3 et 280 du C.W.A.T.U.P.E., serait conforme aux dispositions de la directive "services".

Sur ce point, il convient de distinguer selon que la nouvelle règle en projet aura vocation à s'appliquer à des prestataires de services qui feraient usage de leur liberté d'établissement, ou à des prestataires de services qui feraient usage de la liberté de circulation des services.

2. S'agissant de la mise en oeuvre de la liberté d'établissement, la règle prévue par le texte en projet doit être rapprochée de l'article 10, paragraphe 3, de la directive services, qui dispose comme suit :

"Les conditions d'octroi de l'autorisation pour un nouvel établissement ne doivent pas faire double emploi avec les exigences et les contrôles équivalents ou essentiellement comparables en raison de leur finalité, auxquels est déjà soumis le prestataire dans un autre État membre ou dans le même État membre. Les points de liaison visés à l'article 28, paragraphe 2, et le prestataire assistent l'autorité compétente en fournissant les informations nécessaires sur ces exigences."

Au regard de cette disposition, le texte en projet s'avère plus restrictif puisque, certes, il dispense de l'agrément wallon les auteurs de projet qui disposeraient d'un agrément "équivalent" dans une autre Région ou un autre État membre, mais il ne dispense pas de l'agrément wallon les auteurs de projet qui disposeraient, dans une autre Région ou un autre État membre, d'un agrément "essentiellement comparable en raison de sa finalité".

Le texte en projet doit donc être revu afin d'éviter tous les doubles emplois proscrits par l'article 10, paragraphe 3, de la directive, au titre de la liberté d'établissement.

3. S'agissant de la mise en oeuvre de la libre circulation des services, le texte en projet revient à subordonner à un agrément émanant de la Région wallonne, d'une autre Région ou encore d'un autre État membre la prestation du service concerné.

.../...

À cet égard, il est rappelé que, selon l'article 16 de la directive "services", spécialement les paragraphes 1 et 3 de cet article, l'État membre dans lequel le service est fourni doit garantir le libre accès à l'activité de service ainsi que son libre exercice sur son territoire. Cette liberté peut certes être limitée par certaines exigences, qui doivent toutefois répondre aux conditions de l'article 16 précité. Parmi ces conditions figurent notamment la proportionnalité de l'exigence imposée, ainsi que sa nécessité, cette dernière devant être justifiée par des raisons d'ordre public, de sécurité publique, de santé publique ou de protection de l'environnement, lesquelles raisons doivent elles-mêmes s'interpréter de manière stricte ⁽³⁾.

Sur ce point, il faut constater que le dossier transmis au Conseil d'État ne fournit aucune explication quant aux raisons de nature à justifier l'exigence ainsi imposée par le texte en projet. Au demeurant, il n'apparaît pas du dossier joint à la demande d'avis que l'auteur du projet a bien procédé à cet examen préalablement à la saisine du Conseil d'État. Étant donné qu'un tel examen relève prioritairement de l'autorité compétente en la matière, la section de législation n'a pas, dans le cadre du présent avis et compte tenu du délai imparti, examiné plus avant le projet sous cet angle.

L'auteur du projet est invité à revoir le dispositif en projet à la lumière de l'observation qui précède.

Chapitre VII : Entrée en vigueur

Ce chapitre n'appelle aucune observation.

⁽³⁾ Sur la portée de cette condition de nécessité, voir le "Manuel relatif à la mise en oeuvre de la directive «service»", pp. 40 - 41.

La chambre était composée de

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

Les rapports ont été présentés par Mme A. VAGMAN et M. P. RONVAUX , auditeurs.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

B. VIGNERON

Y. KREINS