ROYAUME DE BELGIQUE

– – – – – – – – – –

AVIS 35.227/2

DE LA SECTION DE LÉGISLATION DU CONSEIL D'ETAT

– – – – – – – – – – – –

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par la Présidente de l'Assemblée de la Commission communautaire française de Bruxelles-Capitale, le 2 avril 2003, d'une demande d'avis, dans un délai ne dépassant pas un mois, sur une proposition de décret "relatif à l'utilisation de logiciels libres dans les administrations de la Commission communautaire française", a donné le 28 mai 2003 l'avis suivant :

La proposition de décret examinée se donne essentiellement pour objet d'imposer aux administrations de la Commission communautaire française l'utilisation exclusive des logiciels libres, des formats de données ouverts et des protocoles de communication ouverts dans l'accomplissement de leurs missions, notamment l'acquisition, le traitement, l'archivage, l'échange ou la communication de données informatisées à l'exception de certaines tâches spécifiques pour lesquelles il n'existe pas de solution opérationnelle à base de tels logiciels.

S'il est adopté, le dispositif proposé exercera, par nature, une influence déterminante sur les marchés publics informatiques futurs à passer par les administrations de la Commission communautaire française.

Pour ce motif, ce dispositif doit être examiné au regard de la répartition des compétences entre l'autorité fédérale et les entités fédérées en matière de marchés publics.

A ce propos, l'article 6, § 1er, VI., alinéa 4, 1°, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles attribue à l'Etat 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 décrétal ne peut méconnaître les règles générales fixées par l'Etat 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 Commission communautaire française ne dispose d'aucune compétence législative ou réglementaire. Par conséquent, elle doit respecter les règles générales adoptées par l'autorité fédérale, qu'à la différence des régions elle ne peut compléter.

.../...

A 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 à ce qu'ils répondent à l'usage auquel il est destiné 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 le 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 ouvrage terminés et en ce qui concerne les matériaux ou les éléments constituant ces ouvrages.".

Selon l'article 83, § 1er, alinéa 1er, 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 2 de la proposition à l'examen énumère des prescriptions techniques définissant les caractéristiques requises et permettant de caractériser objectivement 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 Commission communautaire française, par l'article 3 de la proposition.

Nonobstant sa formulation, la proposition de décret a 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 Commission communautaire française.

Or, la Commission communautaire française ne disposant pas de la compétence pour fixer des règles générales, ni même des règles complémentaires, 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, 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 ses dispositions fixent essentiellement des spécifications techniques, la proposition de décret méconnaît la répartition des compétences entre l'Etat fédéral, les Communautés et les Régions.

La chambre était composée de

Messieurs	Y.	KREINS,	président de chambre,
	J.	JAUMOTTE,	conseillers d'Etat,
Madame	M.	BAGUET,	
Monsieur	F.	DEHOUSSE,	assesseur de la section de législation,
Madame	A.-C.	VAN GEERSDAELE,	greffier assumé.

La note du Bureau de coordination a été rédigée par M. A. VAGMAN, M. R. WIMMER, M. M. JOASSART, référendaires adjoints et a été présentée par M. M. JOASSART.

LE GREFFIER, LE PRÉSIDENT,

A.-C. VAN GEERSDAELE Y. KREINS