

Projet de loi

relative à la facturation électronique dans le cadre des marchés publics

Avis du Conseil d'État

(9 octobre 2018)

Par dépêche du 29 mars 2018, le Premier ministre, ministre d'État, a soumis à l'avis du Conseil d'État le projet de loi sous rubrique, élaboré par le ministre de la Fonction publique et de la Réforme administrative.

Au texte du projet de loi étaient joints un exposé des motifs, un commentaire des articles, une fiche d'évaluation d'impact, une fiche financière, un tableau de correspondance entre la directive 2014/55/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relative à la facturation électronique dans le cadre des marchés publics, à transposer et le projet de loi sous examen, ainsi que le texte de ladite directive.

L'avis de la Chambre de commerce a été communiqué au Conseil d'État par dépêche du 5 juin 2018.

Considérations générales

Le projet de loi sous examen entend assurer la transposition en droit luxembourgeois de la directive 2014/55/UE précitée.

Cette directive a pour objet d'introduire un standard européen en matière de facturation électronique afin de surmonter les difficultés liées à la multiplicité des formats de facture électronique existant précédemment dans l'Union européenne. Même si le champ d'application de la directive et du projet de loi est limité aux marchés publics et contrats de concessions, l'espoir est clairement que, une fois établi dans ces domaines, le standard de facturation européen sera adopté de manière générale par les entreprises européennes¹.

Afin d'atteindre cet objectif, la Commission européenne a été chargée par le biais de la directive 2014/55/UE du 16 avril 2014 de demander au Comité européen de normalisation (CEN) d'élaborer une norme européenne sur la facturation électronique², tandis que les États membres doivent veiller à ce que les factures électroniques conformes à la nouvelle norme soient effectivement acceptées par les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices.

¹ « La norme européenne sur la facturation électronique devrait aussi pouvoir être appliquée dans le cadre de transactions commerciales entre entreprises. Par conséquent, afin de permettre aux opérateurs économiques privés d'appliquer la nouvelle norme dans le cadre de leurs relations commerciales, la Commission devrait veiller à ce que la norme ne soit pas élaborée d'une manière qui la rende applicable seulement dans le cadre des marchés publics. » (Directive 2014/55/UE, considérant n° 22).

² Art. 1^{er} de la directive 2014/55/UE, disposition ne nécessitant pas de transposition.

La norme européenne sur la facturation électronique EN 16931-1:2017 a été publiée au Journal officiel de l'Union européenne du 17 octobre 2017³.

Conformément à l'article 11 de la directive 2014/55/UE, la législation sous examen devra être « adoptée, publiée et appliquée » dix-huit mois au plus tard à compter de cette publication, soit à compter du 18 avril 2019, avec toutefois une possibilité de report au 20 avril 2020 pour les pouvoirs adjudicateurs sous-centraux et les entités adjudicatrices sous-centrales (possibilité dont le projet de loi sous examen fait usage).

Il faut noter que le projet de loi sous examen impose aux pouvoirs adjudicateurs et aux entités adjudicatrices de recevoir et de traiter des factures qui leur sont adressées au format électronique européen, mais n'oblige pas les opérateurs économiques à émettre des factures électroniques. Si les auteurs du projet de loi s'en tiennent ainsi strictement à l'objet de la directive – qui ne prévoit pas une telle obligation –, le Conseil d'État doit constater que la France, l'Allemagne⁴ et certaines entités fédérées belges ont fait le choix d'aller plus loin que la directive – voire même, avaient déjà devancé celle-ci – en imposant le recours exclusif à la facture électronique pour les contrats de la commande publique. Le Conseil d'État se demande si l'effet « coup de pouce » escompté peut être atteint dès lors que les entreprises pourront continuer, comme dans le passé, à émettre des factures sur support papier et met en garde contre le retard technologique préjudiciable qui pourrait en résulter.

Le Conseil d'État observe enfin que le projet de loi ne comporte aucune disposition préparant la mise en application concrète de la facturation électronique.

Il résulte certes de l'exposé des motifs qu'une « solution technique qui permet en principe (...) de recevoir des factures électroniques conformes via un canal de transmission sécurisée et utilisable par-delà les frontières par n'importe quelle entreprise nationale ou étrangère », mais le cadre légal du recours à cette « solution » n'est pas autrement esquissé. À l'instar de ce qui a été fait lors de la création du « Portail des marchés publics », il conviendrait que la loi ou le règlement prévoie la mise en place de la « solution » et l'obligation (ou non) pour des pouvoirs adjudicateurs autres que l'État d'utiliser cette solution. Les auteurs du texte pourront également utilement s'inspirer des textes de transposition français⁵ et allemand⁶.

³ Décision d'exécution (UE) 2017/1870 de la Commission du 16 octobre 2017 concernant la publication de la référence de la norme européenne sur la facturation électronique et de la liste des syntaxes en vertu de la directive 2014/55/UE du Parlement européen et du Conseil, J.O.U.E. n° L 266/19 du 17 octobre 2017.

⁴ « *Rechnungssteller müssen Rechnungen gegenüber Rechnungsempfängern in elektronischer Form ausstellen und übermitteln.* » (Paragraphe 3(1) de la « *Verordnung über die elektronische Rechnungsstellung im öffentlichen Auftragswesen des Bundes* » du 13 octobre 2017, BGBl. I S. 3555 (Nr. 68)).

⁵ « Une solution mutualisée, mise à disposition par l'État et dénommée « portail de facturation », permet le dépôt, la réception et la transmission des factures sous forme électronique. L'État, sauf impératif de défense ou de sécurité nationale, les collectivités territoriales et les établissements publics ainsi que les titulaires et les sous-traitants admis au paiement direct de leurs contrats utilisent le portail de facturation pour la mise en œuvre des obligations fixées à l'article 1^{er}. » (Art. 2 de l'ordonnance n° 2014-697 du 26 juin 2014 relative au développement de la facturation électronique). « Le dépôt, la transmission et la réception des factures électroniques sont effectués sur le portail de facturation mentionné à l'article 2 de l'ordonnance du 26 juin 2014 susvisée et selon des modalités techniques, fixées par arrêté du ministre chargé du budget, garantissant leur réception immédiate et intégrale et assurant la fiabilité de l'identification de l'émetteur, l'intégrité des données, la sécurité, la confidentialité et la traçabilité des échanges. » (Art. 3 du décret n° 2016-1478 du 2 novembre 2016

Examen des articles

Intitulé

L'intitulé, repris de la directive, ne vise que les marchés publics, alors que la loi s'applique aussi aux contrats de concession. Il convient de compléter l'intitulé de la loi en projet par les termes « [...] et des contrats de concession », afin qu'il reflète correctement le champ d'application de la loi.

Articles 1^{er} à 3

Sans observation.

Article 4

Le Conseil d'État constate que l'article sous examen ajoute au texte de la directive en prévoyant que les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices « acceptent, reçoivent et traitent » les factures électroniques conformes à la norme européenne, alors que la directive impose seulement aux États membres de veiller à ce qu'ils « reçoivent et traitent » de telles factures.

Aucune explication n'est fournie sur les raisons pour lesquelles les auteurs du texte se sont écartés du libellé de l'article 7 de la directive à transposer.

Imposer, dans la loi, l'acceptation de la facture électronique n'est pas une mesure anodine dans le droit luxembourgeois, surtout à l'égard des pouvoirs adjudicateurs et des entités adjudicatrices qui sont des sociétés commerciales. En effet, aux termes de l'article 109 du Code de commerce, la facture acceptée est un moyen de preuve dans les relations entre commerçants.

L'ajout du mot « acceptent » est donc source d'insécurité juridique dans la mesure où le texte pourrait être compris comme signifiant que les factures électroniques doivent être acceptées, et donc payées, inconditionnellement, par dérogation aux principes régissant la facturation des marchés publics qui figurent à l'article 46 de la loi du 8 avril 2018 sur les marchés publics et aux articles 109 à 140 du règlement grand-ducal du 8 avril 2018 portant exécution de la loi du 8 avril 2018. Le Conseil d'État

relatif au développement de la facturation électronique). « L'utilisation du portail de facturation, conformément aux dispositions des articles 1^{er} à 3 du présent décret, est exclusive de tout autre mode de transmission. » (Art. 3 du décret n° 2016-1478 du 2 novembre 2016 relatif au développement de la facturation électronique).

⁶ « Für die Übermittlung von elektronischen Rechnungen haben Rechnungssteller und Rechnungssender ein Verwaltungsportal des Bundes im Sinne von § 2 Absatz 2 des Onlinezugangsgesetzes zu nutzen. Voraussetzung für die Übermittlung einer elektronischen Rechnung ist, dass der Rechnungssteller oder Rechnungssender sich zuvor mit einem Nutzerkonto im Sinne von § 2 Absatz 5 des Onlinezugangsgesetzes registriert. Elektronische Rechnungen, die über das Verwaltungsportal übermittelt werden, sind automationsunterstützt auf ihre formale Fehlerlosigkeit zu prüfen. Sobald die ordnungsgemäße Übermittlung einer elektronischen Rechnung festgestellt ist, ist der Rechnungssteller oder der Rechnungssender automationsunterstützt davon zu benachrichtigen. Eine formal fehlerhafte elektronische Rechnung ist automationsunterstützt abzulehnen. In diesem Fall ist der Rechnungssteller oder der Rechnungssender über die Ablehnung zu informieren. » (Paragraphe 4(3) de la « Verordnung über die elektronische Rechnungsstellung im öffentlichen Auftragswesen des Bundes » du 13 octobre 2017, BGBl. I S. 3555 (Nr. 68)).

demande, sous peine d'opposition formelle, la suppression du mot « acceptent ».

Article 5

L'article 5 du projet de loi sous avis est superfétatoire, ce que reconnaissent d'ailleurs les auteurs du texte. Il n'est en effet pas nécessaire d'indiquer que le législateur luxembourgeois n'entend pas, par l'adoption de la loi en projet, déroger au règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (dit « règlement général sur la protection des données »), vu qu'un législateur national ne peut, en tout état de cause, pas déroger à un règlement européen.

Le Conseil d'État note qu'aux termes de l'article 6 du règlement général sur la protection des données, la licéité du traitement dans le secteur public est vérifiée si le traitement est nécessaire au respect de l'obligation légale ou à l'exécution d'une mission d'intérêt public ou relevant de l'exercice de l'autorité publique. Dans cette logique, il ne s'impose pas de donner à chaque traitement de données une base spécifique légale ou réglementaire. En ce qui concerne les principes et conditions du traitement, le règlement (UE) 2016/679 s'applique. Certes, l'article 6, paragraphe 3, du règlement (UE) 2016/679 n'exclut pas des bases juridiques nationales qui peuvent « contenir des dispositions spécifiques ». La création d'un tel cadre légal ou réglementaire relatif aux diverses administrations n'est dès lors pas, en tant que telle, contraire au règlement, mais ne s'impose que s'il s'agit de prévoir des règles spécifiques par rapport à des aspects particuliers du secteur concerné qui ne sont pas prévues dans le dispositif européen.

Partant, étant donné que les articles sous examen ne prévoient aucune disposition spécifique par rapport au règlement européen, le Conseil d'État est d'avis qu'ils sont superfétatoires et demande, par conséquent, leur suppression.⁷

Article 6

Le Conseil d'État demande aux auteurs du texte de revoir la rédaction de l'article sous revue et d'y viser précisément les dispositions légales qui ont assuré la transposition, dans le droit national, de la directive 2006/112/CE du Conseil du 28 novembre 2006 relative au système commun de taxe sur la valeur ajoutée. En l'occurrence, il s'agirait de se référer à la loi modifiée du 12 février 1979 concernant la taxe sur la valeur ajoutée (en précisant les articles de cette loi qui seraient applicables).

⁷ Dans le même sens : avis du Conseil d'État du 20 mars 2018 sur le projet de loi relatif au Revenu d'inclusion sociale et portant modification 1. du Code de la Sécurité sociale ; 2. du Code du travail ; 5. de la loi modifiée du 12 septembre 2003 relative aux personnes handicapées ; 3. de la loi modifiée du 26 juillet 1980 concernant l'avance et le recouvrement de pensions alimentaires par le Fonds national de solidarité ; 4. de la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat ; 6. de la loi modifiée du 30 avril 2004 autorisant le Fonds national de solidarité à participer aux prix des prestations fournies dans le cadre de l'accueil aux personnes admises dans un centre intégré pour personnes âgées, une maison de soins ou un autre établissement médico-social assurant un accueil de jour et de nuit ; 7. de la loi modifiée du 18 décembre 2009 organisant l'aide sociale et portant abrogation de la loi modifiée du 29 avril 1999 portant création d'un droit à un revenu minimum garanti (doc. parl. n° 7113¹⁰).

Article 7

Dans l'intitulé de l'article sous examen, les termes « et mise en conformité » sont erronés et, partant, à supprimer.

Paragraphe 1^{er}

Cette disposition est superfétatoire, puisque la règle résultant de l'article 4 de la loi du 23 décembre 2016 concernant le Journal officiel du Grand-Duché de Luxembourg s'applique sans qu'il soit nécessaire de la rappeler. Le Conseil d'État demande donc la suppression de ce paragraphe.

Paragraphes 2 et 3

Suite à la suppression du paragraphe 1^{er}, car superfétatoire, le Conseil d'État demande de reformuler l'article sous revue comme suit :

« Art. 7. Mise en vigueur

L'article 4 entre en vigueur le 18 avril 2019.

Par dérogation à l'alinéa 1^{er}, les pouvoirs adjudicateurs centraux et les entités adjudicatrices appliquent l'obligation énoncée à l'article 4 de recevoir et traiter les factures électroniques pour le 18 avril 2020 au plus tard. Cette dérogation ne s'applique pas aux centrales d'achat. »

Observations d'ordre légistique

Observations générales

Pour caractériser les énumérations, il est fait recours à des numéros suivis d'un exposant « ° » (1°, 2°, 3°, ...).

Lorsqu'il est renvoyé à une lettre faisant partie d'une subdivision, il y a lieu d'utiliser le terme « lettre » avant la lettre référée, et non le terme « point ».

Les dates relatives à certains actes font défaut. Une fois celles-ci connues, elles devront être insérées aux endroits pertinents.

Il n'est pas indiqué de mettre les intitulés des articles en caractères italiques.

Le Conseil d'État signale que lorsqu'un acte est cité, il faut veiller à reproduire son intitulé tel que publié officiellement, indépendamment de sa longueur. Partant, il est indiqué d'écrire « règlement (UE) n° 1025//2012 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 relatif à la normalisation européenne, modifiant les directives 89/686/CEE et 93/15/CEE du Conseil ainsi que les directives 94/9/CE, 94/25/CE, 95/16/CE, 97/23/CE, 98/34/CE, 2004/22/CE, 2007/23/CE, 2009/23/CE et 2009/105/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la décision 87/95/CEE du Conseil et la décision n° 1673/2006/CE du Parlement européen et du Conseil » et « directive 2006/112/CE du Conseil du 28 novembre 2006 relative au système commun de taxe sur la valeur ajoutée ».

Article 1^{er}

Il y a lieu d'insérer le terme « modifiée » entre la nature et la date de la loi du 10 novembre 2010 instituant les recours en matière de marchés publics, étant donné que celle-ci a déjà fait l'objet de modifications depuis son entrée en vigueur.

Il convient d'accorder le verbe « s'appliquer » au pluriel.

Article 2

Il y a lieu de relever que la formule usuelle pour introduire des définitions dans le dispositif d'un texte normatif est la suivante :

« Pour l'application de la présente loi, on entend par :

1° « ... » : ... ;

2° « ... » : ... ;

3° « ... » : ... ;

[...]. »

Article 3

Il y a lieu de supprimer les termes « les suivants » et d'insérer un article défini au début de chaque élément de l'énumération, pour lire :

« 1° les identifiants [...] ;

2° la période de facturation ;

3° les renseignements [...] ».

Ainsi délibéré en séance plénière et adopté à l'unanimité des 19 votants, le 9 octobre 2018.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Le Président,

s. Georges Wivenes