

COUR DES COMPTES

## **Les entreprises informatiques des pouvoirs publics**

*La collaboration des pouvoirs publics  
avec l'asbl Smals*

*Rapport de la Cour des comptes transmis  
à la Chambre des représentants*

Bruxelles, juillet 2009

---



COUR DES COMPTES

## **Les entreprises informatiques des pouvoirs publics**

*La collaboration des pouvoirs publics  
avec l'asbl Smals*

*Rapport de la Cour des comptes transmis  
à la Chambre des représentants*

---

*Rapport adopté le 3 juin 2009  
par l'assemblée générale de la Cour des comptes*



## Synthèse

Les pouvoirs publics regroupent de plus en plus souvent leurs travaux informatiques au sein d'une société ou d'une asbl. Cette évolution est la plus marquée en ce qui concerne les institutions publiques de sécurité sociale (IPSS). Entre 2003 et 2007, ces institutions ont inscrit à leur budget un montant de 820 millions d'euros pour les dépenses informatiques dues à des tiers, dont plus de la moitié porte sur des services prestés par leur propre entreprise informatique : l'asbl Smals. Début 2009, celle-ci employait environ 1.500 collaborateurs.

D'une part, le succès de cette construction est évident. Tout d'abord, les IPSS estiment que la loi sur les marchés publics ne s'applique pas à leur relation avec leur propre entreprise informatique. Dans un contexte de projets parfois extrêmement complexes, de larges structures administratives et d'options politiques régulièrement modifiées, cela offre un grand avantage de flexibilité : la portée du marché peut être fixée et modifiée sans devoir respecter les critères stricts d'une procédure d'adjudication. En outre, la forme juridique privée d'une asbl se prête plus facilement à l'engagement de personnel qui est ensuite mis à disposition de l'administration. Enfin, aucune TVA n'est due sur les prestations de l'asbl.

D'autre part, il faut constater qu'il existe peu d'informations sur la relation que les pouvoirs publics entretiennent avec l'asbl Smals. Les marchés confiés à l'asbl, qui ne se limitent d'ailleurs pas à des activités informatiques, ne sont que rarement soumis à l'approbation du comité de gestion de chaque IPSS. Dans les budgets des institutions, les dépenses relatives à l'asbl ne sont par ailleurs pas suffisamment spécifiées. De même, les organes de contrôle des IPSS n'ont aucune vue sur la manière dont les prestations de l'asbl sont tarifées et facturées.

Le contrôle de l'asbl est entièrement concentré entre les mains d'un certain nombre de fonctionnaires dirigeants qui sont également administrateurs de l'asbl. Le fonctionnement de l'asbl ne fait par ailleurs l'objet d'aucune justification particulière. On ignore notamment l'impact des obligations, responsabilités, avantages ou garanties liées à l'affiliation à l'asbl. Cette situation sape également la base juridique pour l'attribution directe de missions à l'asbl. Le contrôle de l'association par les autorités doit être mieux organisé, par analogie à celui exercé sur leurs propres services ; à défaut, chaque marché confié à cette association doit être régi par la loi relative aux marchés publics.



## **Table des matières**

<b>Introduction</b>	8
1 Thème : entreprises d'informatique des pouvoirs publics	8
2 Exposé du problème : organisation de la collaboration	8
3 Délimitation : gestion informatique dans le secteur de la sécurité sociale	8
4 Méthode : analyse des dépenses réalisées entre 2003 et 2007	10
5 Rapport : division en cinq thèmes	11
<b>Chapitre 1</b>	
<b>Cadre de la collaboration</b>	12
1.1 Cadre juridique	12
1.1.1 Régularisation nécessaire dans la législation	12
1.1.2 Adaptation tardive des statuts et du règlement d'ordre intérieur	13
1.1.3 Gestion sérieuse des contrats	13
1.2 Cadre budgétaire	13
1.3 Cadre factuel	15
<b>Chapitre 2</b>	
<b>Portée de la collaboration</b>	16
2.1 L'ampleur de l'offre de services	16
2.1.1 Gestion de l'information	16
2.1.2 Fourniture d'informations	16
2.1.3 Conséquence	17
2.2 Qualification du personnel	17
2.3 Conclusion intermédiaire	17
<b>Chapitre 3</b>	
<b>Collaboration sans marché public</b>	19
3.1 Visions divergentes	19
3.2 Conditions strictes	20
3.2.1 Assimilation à un marché interne	20
3.2.2 Ampleur requise des marchés	20
3.2.3 Nature requise du contrôle	20
3.2.4 Constatations complémentaires	21
3.3 Contrôle individuel	22
3.4 Contrôle suffisant	23
3.5 Conclusion intermédiaire	25

<b>Chapitre 4</b>	
<b>Conséquences de la collaboration</b>	27
4.1    Conséquences pour le marché	27
4.1.1    Flexibilité de l'asbl Smals	27
4.1.2    Négociations avec d'autres prestataires de services	27
4.2    Conséquences pour le processus décisionnel	28
4.2.1    Autres règles de compétence	28
4.2.2    Prescriptions plus strictes	29
4.3    Conséquences pour le coût	30
4.3.1    Absence de prix fixe	30
4.3.2    Absence de comparaison sur le marché	31
4.3.3    Absence de caution ou de clauses de pénalité	32
4.4    Conséquences pour la facturation	32
4.4.1    Paiement anticipé de prestations	32
4.4.2    Constitution de provisions	33
4.4.3    Exonération de TVA	33
4.5    Conclusion intermédiaire	34
<b>Chapitre 5</b>	
<b>Contrôle de la collaboration</b>	36
5.1    Contrôle au niveau des institutions	36
5.1.1    Principe	36
5.1.2    Application	36
5.2    Contrôle au niveau de l'asbl	37
5.2.1    Principes	37
5.2.2    Application	38
5.3    Objet du contrôle	39
5.3.1    Limites	39
5.3.2    Exemples	39
5.4    Constatations complémentaires	40
5.4.1    Attitude de l'asbl Smals	40
5.4.2    Modifications apportées à la législation	41
5.5    Conclusion intermédiaire	41
<b>Chapitre 6</b>	
<b>Conclusion générale et recommandations</b>	42
6.1    Base des recommandations	42
6.2    Principales recommandations	43
6.3    Résultats de la procédure contradictoire	45
<b>Annexe 1 La relation contractuelle avec l'asbl Smals</b>	46
<b>Annexe 2 Réaction du Collège des institutions publiques de sécurité sociale (traduction)</b>	49

## Liste des abréviations utilisées

Asbl	Association sans but lucratif
BCSS	Banque-carrefour de la sécurité sociale
CAAMI	Caisse auxiliaire d'assurance maladie-invalidité
CAPAC	Caisse auxiliaire de paiement des allocations de chômage
CSPM	Caisse de secours et de prévoyance en faveur des marins
FAT	Fonds des accidents du travail
FFE	Fonds d'indemnisation des travailleurs licenciés en cas de fermeture d'entreprises
FMP	Fonds des maladies professionnelles
INAMI	Institut national d'assurance maladie-invalidité
INASTI	Institut national d'assurances sociales pour travailleurs indépendants
IPSS	Institution publique de sécurité sociale
ONAFTS	Office national d'allocations familiales pour travailleurs salariés
ONEm	Office national de l'emploi
ONP	Office national des pensions
ONSS	Office national de sécurité sociale
ONSSAPL	Office national de sécurité sociale des administrations provinciales et locales
ONVA	Office national des vacances annuelles
OSSOM	Office de sécurité sociale d'outre-mer

## Références abrégées

**Loi relative à la Banque-carrefour**: loi du 15 janvier 1990 relative à l'institution et à l'organisation d'une banque-carrefour de la sécurité sociale.

**Loi relative aux marchés publics**: loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

**Loi sur le travail temporaire**: loi du 24 juillet 1987 sur le travail temporaire, le travail intérimaire et la mise de travailleurs à la disposition d'utilisateurs.

**Loi sur les asbl**: loi du 27 juin 1921 sur les associations sans but lucratif, les associations internationales sans but lucratif et les fondations.

### **1 Thème: entreprises d'informatique des pouvoirs publics**

Pour réaliser leurs tâches informatiques ou certaines parties spécifiques de la gestion informatique, de nombreux services et organismes publics se sont associés ces dernières années au sein d'une asbl ou d'une société, qu'ils dirigent eux-mêmes. Au niveau fédéral, il s'agit principalement de l'asbl Egov et de l'asbl Smals qui fournissent des services de développement et de gestion des applications informatiques.

L'évolution vers la sous-traitance à des entreprises informatiques propres est principalement imputable à deux facteurs. Tout d'abord, la sous-traitance permet de mieux répondre au besoin permanent de personnel informatique: à la différence d'un service public, une asbl ou une société privée peut se permettre d'adopter une approche souple en matière de recrutement et de conditions de travail. En outre, au sein d'une association, l'élaboration et la maintenance des systèmes informatiques peuvent être réalisées de manière plus rentable grâce aux économies d'échelle et à la mise en commun des connaissances et de l'expérience.

### **2 Exposé du problème: organisation de la collaboration**

La réalisation du présent audit a été décidée après avoir constaté que relativement peu d'informations étaient disponibles sur la passation des marchés publics informatiques par les services publics fédéraux et les organismes publics. Or, l'attribution de marchés à des prestataires de services externes s'accompagne normalement d'une large obligation de justification imposée par les procédures prévues par la loi relative aux marchés publics. Il est toutefois apparu que la collaboration avec les entreprises informatiques propres était organisée en dehors du cadre de la procédure de passation de marchés publics.

Cette perspective a conduit à s'interroger sur l'existence d'une base juridique suffisante pour confier des tâches directement à une entreprise informatique propre et sur la manière d'organiser le contrôle de ces entreprises. L'objectif de l'audit est d'examiner sur quels points concrets il serait nécessaire ou souhaitable d'adapter cette forme de collaboration, sur la base d'une analyse approfondie de la pratique.

### **3 Délimitation: gestion informatique dans le secteur de la sécurité sociale**

Afin de réaliser une analyse et une comparaison approfondies de la pratique, le champ de l'audit a été limité à la sécurité sociale. La gestion de cette dernière est en effet principalement organisée autour de seize organismes publics différents ayant leurs propres missions et d'ampleur variable. En outre, ils jouent un rôle de pionnier dans la mise en œuvre de l'*e-government*, pour lequel de nombreux marchés ont été passés, tant avec des entreprises privées qu'avec une entreprise informatique propre: l'asbl Smals.

La combinaison de ces facteurs garantit un domaine d'audit varié et large, tout en restant gérable grâce au cadre de travail identique : les organismes sont régis par les mêmes règles spécifiques en matière de budget, de comptabilité et de gestion quotidienne. En outre, il est probable que, grâce à ce large périmètre, les résultats de l'audit pourront aussi être pertinents pour la sous-traitance de marchés à d'autres entreprises informatiques qui ont été créées récemment à différents niveaux de pouvoir<sup>1</sup>.

### *ASBL Smals*

La collaboration avec l'asbl Smals doit d'abord être replacée dans un contexte historique. L'asbl a été créée en 1939 pour les *opérations mécanographiques* des fonds d'allocations familiales. Peu de temps après la création de l'asbl, l'ONSS (à partir de 1945) et l'INAMI (à partir de 1949) ont également fait appel à ses services. Ensuite, la structure et le fonctionnement (ainsi que la dénomination<sup>2</sup>) de l'asbl ont été modifiés en permanence afin de suivre les évolutions dans le secteur informatique et de permettre l'adhésion de l'ensemble des autres acteurs de la sécurité sociale.

Outre les institutions publiques de sécurité sociale, l'asbl compte à présent aussi parmi ses membres, notamment, des fonds de sécurité d'existence et des services chargés, au niveau de l'État, des communautés et des régions ou au niveau local, de tâches liées à la sécurité sociale au sens large (par exemple, le service public fédéral Sécurité sociale et l'Office flamand de l'emploi et de la formation professionnelle, ainsi que des CPAS).

Les changements les plus marquants dans le fonctionnement de l'asbl sont intervenus au cours des dix à quinze dernières années : la gestion de l'information, organisée auparavant distinctement au niveau de chaque organisme public, nécessitait de plus en plus un pilotage à partir d'une plateforme commune en raison du développement de l'*e-government*.

### *Rôle de pionnier dans le développement de l'e-government*

L'importance de la gestion informatisée des prestations de la sécurité sociale a également déterminé le choix du champ de l'audit, mais à titre subsidiaire seulement. En effet, l'attention y porte uniquement sur l'attribution d'un marché informatique et non sur les résultats visés ou atteints par un marché déterminé. Ces résultats sont tributaires de facteurs liés aux projets et ne peuvent dès lors être évalués que sur une base individuelle<sup>3</sup>.

Dans le même registre, il convient de souligner que le présent audit ne remet pas en question le rôle de pionnier joué par les IPSS dans la mise en œuvre de l'*e-government*. Les réalisations en la matière ont d'ailleurs déjà été à plusieurs

<sup>1</sup> Comme les asbl Cimire et Sigedis, chargées au niveau fédéral de la gestion des données de carrière des travailleurs et des associations intercommunales de gestion informatique (par ex. Digipolis et CIPAL).

<sup>2</sup> L'asbl était initialement dénommée la Société de mécanographie pour l'application des lois sociales, qui a ensuite été abrégée MvM-Smals et est devenue, en juin 2007, la Smals (il s'agit de l'abréviation de la dénomination française initiale de l'asbl).

<sup>3</sup> Voir, par exemple, «*La gestion automatisée des pensions par le biais du logiciel de calcul Pencil*», rapport de la Cour des comptes transmis à la Chambre des représentants, Bruxelles, novembre 2006.

reprises qualifiées de bonne pratique, tant au niveau national qu'international<sup>4</sup>. De nombreuses applications internet permettent à présent de rechercher ou de fournir des données relatives aux cotisations ou prestations dues. L'élaboration de réseaux en vue de permettre un échange de données par voie électronique entre les institutions et services associés à la gestion de la sécurité sociale est certes moins visible, mais encore plus fondamentale.

#### 4 Méthode: analyse des dépenses réalisées entre 2003 et 2007

Comme point de départ de l'audit, la Cour a sélectionné toutes les opérations qui, conformément aux règles comptables applicables aux institutions publiques de sécurité sociale, conduisent à des dépenses dues à des tiers pour le développement et l'exploitation d'applications informatiques. Elle s'est plus particulièrement basée à cet effet sur les dépenses inscrites aux rubriques budgétaires 813 et 873:

- la rubrique 813 comprend les sommes dues pour le développement et l'exploitation de systèmes informatiques (y compris les dépenses de maintenance, de réparation, de licence ou de crédit-bail);
- la rubrique 873 comprend les investissements informatiques (acquisition de matériel et de logiciels intégrés, licences de programmation pouvant être considérées comme un investissement et dépenses de fonctionnement en vue d'un traitement sécurisé des informations).

Sur l'ensemble de la période 2003-2007, un montant total de près de 820 millions d'euros a été budgetisé sur ces rubriques, dont 10% de dépenses d'investissement.

**Tableau 1 – Montants dus à des tiers par l'ensemble des IPSS en matière informatique (2003-2007, en euros)**

	Dépenses de fonctionnement	Dépenses d'investissement
<b>2003</b>	132.252.794	16.198.699
<b>2004</b>	141.205.344	15.797.380
<b>2005</b>	146.525.564	15.156.230
<b>2006</b>	155.036.758	16.273.408
<b>2007</b>	162.309.022	18.091.628
<b>Total</b>	<b>737.329.482</b>	<b>81.517.345</b>

Source: calcul effectué par la Cour sur la base des rubriques 813 et 873 des budgets des IPSS pour la période 2003-2007.

Ce montant de 820 millions d'euros ne comprend pas les coûts afférents au personnel propre des institutions affecté à des projets informatiques, ni les diverses dépenses indirectes, telles que les contrats d'assurance pour le matériel informatique. Étant donné que la plupart des IPSS ne tiennent pas encore de comptabilité analytique, le montant de ces frais de personnel et des dépenses indirectes ne peut pas être estimé, même approximativement. On peut préciser toutefois qu'à l'exception des dépenses de personnel, 55 à 60% en moyenne de toutes les dépenses de fonctionnement et d'investissement de cette période sont destinées à l'informatique.

<sup>4</sup> Notamment par l'octroi d'un *European Public Sector Award* en 2007 et d'un *United Nations Public Service Award* en 2006 et de nombreux labels de bonne pratique.

Sur la base de ces dépenses budgétisées, la Cour des comptes a opéré une distinction entre les dépenses en faveur de l'asbl Smals et toutes les autres dépenses informatiques en faveur de tiers. Une méthode de travail différente a été suivie pour les deux catégories :

- Les dépenses en faveur de l'asbl Smals ont été examinées quant à l'attribution des marchés, au processus de facturation et à la justification des dépenses, à partir, notamment, des rapports annuels ou des procès-verbaux du comité de gestion de chaque institution ou des notes adressées à ce dernier.
- Pour les dépenses en faveur d'autres entreprises informatiques, 134 dossiers d'adjudication ont été sélectionnés sur la base du double critère suivant : le montant du marché initial avait été estimé à 22.000 euros au moins (hors TVA)<sup>5</sup> et les dépenses étaient liées à une procédure de marché public entamée entre 2002 et 2006.

Chaque dossier a été examiné en détail sous l'angle de l'application correcte de la procédure d'attribution du marché public, et les lacunes constatées ont été soumises aux institutions pour commentaire. Les résultats finaux ont permis d'identifier les difficultés engendrées par la loi en ce qui concerne les marchés informatiques. Sur cette base, il a été procédé à une comparaison avec l'attribution directe des marchés à l'asbl Smals.

## 5 Rapport: division en cinq thèmes

Le rapport est articulé autour de la question centrale de l'audit, qui vise à savoir si les IPSS peuvent attribuer des marchés sans concurrence à une association privée dans laquelle elles détiennent elles-mêmes une participation. Le rapport expose d'abord dans quel cadre cette forme de sous-traitance s'effectue (chapitre 1), compte tenu, en particulier, de la grande diversité et de l'ampleur des activités déployées dans la pratique par l'asbl Smals (chapitre 2).

Après avoir répondu à la question centrale de l'audit portant sur l'obligation de mise en concurrence (chapitre 3), le rapport examine quelles sont les conséquences liées à l'application ou à la non-application de la loi relative aux marchés publics (chapitre 4). Il apparaît en effet que les IPSS qualifient explicitement de *lourdes* les procédures légales relatives aux marchés informatiques et qu'elles considèrent la flexibilité de la collaboration avec l'asbl Smals en la matière comme un avantage important. Le rapport analyse ensuite quelle forme de contrôle pourrait être exercée sur le fonctionnement d'entreprises informatiques autonomes des pouvoirs publics (chapitre 5).

Le rapport se termine par une conclusion générale, des recommandations concrètes et un bref aperçu des résultats du contrôle.

---

<sup>5</sup> Ce n'est qu'à partir de ce seuil que s'applique le cahier général des charges, tel que figurant en annexe à l'arrêté royal du 26 septembre 1996 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics.

## Chapitre 1

### Cadre de la collaboration

---

Les rapports des IPSS ne mentionnent pas pourquoi, pour un projet informatique déterminé, il est opté pour une sous-traitance, ni pourquoi la préférence est accordée à l'asbl Smals ou à un autre prestataire de services. Au cours des cinq dernières années, les comités de gestion de ces institutions n'ont été saisis que de quelques problèmes spécifiques concernant la sous-traitance. La politique menée n'est pas davantage exposée dans les rapports annuels, les documents budgétaires ou les contrats d'administration. L'ampleur et la nature des projets permettent néanmoins de déduire indirectement les principes de base sur lesquels repose la sous-traitance. Il convient toutefois d'examiner au préalable le cadre juridique de cette collaboration.

#### 1.1 Cadre juridique

Le fondement de la collaboration entre l'asbl Smals et les institutions publiques de sécurité sociale réside tant dans l'affiliation à l'asbl qui est requise pour pouvoir faire appel à ses services que dans les accords conclus au sujet de l'exécution de chaque marché.

##### 1.1.1 Régularisation nécessaire dans la législation

Les IPSS sont à l'origine devenues membres de l'asbl sans l'autorisation expresse du législateur. En outre, elles employaient du personnel de l'asbl sur une grande échelle et pour une durée indéterminée, malgré l'interdiction de principe frappant la mise à disposition de travailleurs, comme le prévoit la loi sur le travail temporaire.

Cette situation n'a été régularisée qu'après des insurances répétées de la Cour des comptes<sup>6</sup> et en plusieurs étapes<sup>7</sup>. La base légale est à présent fournie par l'article 17bis de la loi relative à la Banque-carrefour<sup>8</sup>. Cet article permet aux IPSS de s'associer avec les autres acteurs de la sécurité sociale en une asbl «*pour ce qui concerne leurs travaux en matière de gestion de l'information et de sécurité de l'information*». Il prévoit également que le «*personnel spécialisé de l'association peut être mis à la disposition des membres*» pour être occupé par ces derniers.

---

<sup>6</sup> Voir à ce sujet le 136<sup>e</sup> Cahier d'observations de la Cour des comptes, p. 140 (avec référence aux observations déjà formulées depuis 1956).

<sup>7</sup> D'abord, en insérant, par l'arrêté royal n° 532 du 31 mars 1987, un article 39ter dans la loi du 29 juin 1981 établissant les principes généraux de la sécurité sociale des travailleurs salariés. Cet article a ultérieurement été complété par l'article 2 de la loi du 20 juillet 1990 portant des dispositions sociales, afin de permettre la mise à disposition de personnel informatique.

<sup>8</sup> L'article 17bis de la loi relative à la Banque-carrefour avait d'abord provisoirement été inséré par un arrêté royal du 10 juin 1998 (en application de l'article 42 de la loi du 26 juillet 1996 portant modernisation de la sécurité sociale et assurant la viabilité des régimes légaux des pensions), insertion entérinée ultérieurement dans l'article 14 de la loi du 4 mai 1999 portant des dispositions fiscales et autres.

### 1.1.2 Adaptation tardive des statuts et du règlement d'ordre intérieur

Outre l'autorisation d'adhérer à l'asbl Smals, le législateur n'a fixé aucune règle spécifique en ce qui concerne les conséquences de cette adhésion (par exemple, obligations en matière de rapportage ou de contrôle). Par conséquent, il convient de se référer aux statuts et au règlement d'ordre intérieur de l'asbl et, si nécessaire, aux dispositions de la loi sur les asbl.

Au moment de l'audit, les statuts et le règlement d'ordre intérieur de l'asbl Smals n'avaient toujours pas été mis en conformité avec la loi sur les asbl qui a été profondément modifiée en 2002 (par exemple, définition des compétences du conseil d'administration et des droits des membres affiliés). Il est aussi apparu que les (modifications des) statuts, tels que publiés dans les annexes du Moniteur belge, ne correspondaient pas à l'exemplaire des statuts dont les institutions disposent ou à la version figurant sur le site internet de l'asbl Smals. Une constatation identique a été effectuée en ce qui concerne la composition du conseil d'administration de l'asbl.

Dans ces circonstances, une incertitude entourait la relation juridique précise de chaque IPSS avec l'asbl Smals, notamment en ce qui concerne le droit de participation à la gestion de l'asbl. Or, ces informations étaient nécessaires pour permettre de déterminer si des marchés confiés à l'asbl doivent ou non faire l'objet d'un marché public. En règle générale, une association d'une telle ampleur doit d'ailleurs veiller à ce que les modifications apportées à son fonctionnement soient publiées suivant les prescriptions minimales applicables en la matière.

La situation avait déjà été rectifiée pendant la réalisation de l'audit: de nouveaux statuts de l'asbl Smals et une liste actualisée des administrateurs ont été établis<sup>9</sup>. Il en a été tenu compte lors de la rédaction du présent rapport.

### 1.1.3 Gestion sérieuse des contrats

L'accord entre l'asbl Smals et les IPSS quant à la prestation de services informatiques a pris la forme de *modalités particulières dites de collaboration* qui décrivent les éléments essentiels d'un marché (par exemple, l'objet, le prix et le calendrier) et d'un *règlement de collaboration* fixant les conditions communes pour tous les marchés (par exemple, le règlement des litiges éventuels) .

Un examen de quelques modalités de collaboration établies récemment indique que les besoins, les responsabilités et les attentes concernant un projet sont décrits de manière très détaillée<sup>10</sup>.

## 1.2 Cadre budgétaire

Près de deux tiers de l'ensemble des dépenses de fonctionnement informatiques des institutions publiques de sécurité sociale concernent des services fournis par l'asbl Smals.

<sup>9</sup> Voir les annexes du Moniteur belge du 14 juin 2007.

<sup>10</sup> Par ex. exposé de la portée du projet, désignation de responsables à contacter, fixation d'une procédure de suivi et de pilotage éventuel d'un projet, recours à des accords de niveau de service (*service level agreements*).

Tableau 2 – Répartition des dépenses de fonctionnement informatiques entre l'asbl Smals et les autres fournisseurs ou prestataires de services (période 2003-2007, en euros)

	Asbl Smals	Autres tiers
OSSOM	2.564.101	7.919.475
FAT	16.035.270	6.864.984
FMP	10.543.000	8.904.046
FFE	3.294.308	2.427.000
CSPM	12.970	336.385
CAPAC	1.914.670	1.817.130
CAAMI	12.942.939	3.877.226
BCSS	26.812.086	15.806.168
ONEM	9.305.000	83.602.905
ONVA	7.268.290	7.626.763
ONAFTS	20.416.772	26.097.578
ONSS	263.911.303	1.933.539
ONSSPPO	22.124.641	7.006.838
ONP	18.998.000	31.759.000
INASTI	5.527.000	45.128.830
INAMI	41.331.672	23.219.593
<b>TOTAL</b>	<b>463.002.022</b>	<b>274.327.460</b>

Source: calcul effectué par la Cour des comptes sur la base de la rubrique 813 des budgets des IPSS pour la période 2003-2007; lorsque la spécification du budget était insuffisante, la Cour s'est basée sur d'autres documents comptables

Il ressort de ce tableau que l'ONSS est l'institution qui consacre le montant de dépenses le plus élevé (57%) à l'asbl Smals et que la moitié des IPSS – en dépit de leur affiliation à l'asbl – ont surtout recours à d'autres fournisseurs ou prestataires de services en matière informatique. Toutefois, cette impression est partiellement trompeuse, car l'ONSS supporte la plupart des coûts de projets globaux concernant la sécurité sociale et la catégorie *autres tiers* comprend également des dépenses relatives aux fournitures ou aux services financiers non proposés par la Smals (par exemple, coûts de licences ou leasing de matériel informatique).

La comparaison doit également tenir compte du fait que certains marchés font l'objet d'une adjudication uniquement parce que l'asbl ne souhaite pas les exécuter elle-même (par exemple, en raison de la spécificité du marché ou de problèmes de capacité temporaires). Par ailleurs, l'asbl est parfois associée à ces marchés, parce qu'elle encadre la procédure de marché public (*consultance*) ou parce qu'elle agit pour le compte des institutions en tant que service central d'achat (*centrale de marchés*).

Dans la mesure où l'asbl Smals estimera opportun ou possible de diversifier davantage son offre de services informatiques, il semble évident que la collaboration avec d'autres prestataires de services (privés) s'amenuisera progressivement. Les arguments en faveur du recours à un autre prestataire de services doivent contrebalancer les avantages intrinsèques de la collaboration dans le cadre d'une association, d'autant plus que les prestations de l'asbl sont facturées au prix de revient et hors TVA (voir chapitre 4).

Quoi qu'il en soit, les dépenses des IPSS dues à l'asbl Smals augmentent de manière systématique (elles sont passées de 79 à 110 millions d'euros entre 2003 et 2007). Cette évolution s'est traduite, du côté de l'asbl, par un doublement de l'effectif du personnel au cours des dix dernières années (il atteint environ 1.500 travailleurs).

### 1.3 Cadre factuel

Le législateur a confié à la Banque-carrefour de la sécurité sociale un rôle de coordination dans la gestion de l'information : «*sa première mission, la plus importante sans doute, sera la conduite, la coordination et la promotion de l'échange de données*» entre les acteurs de la sécurité sociale. Dès la création de la Banque-carrefour, il a toutefois été tenu compte du fait que les applications informatiques requises seraient (devraient être) élaborées par l'asbl Smals, surtout en raison de l'absence de personnel suffisamment spécialisé<sup>11</sup>.

L'asbl Smals a effectivement été chargée de cette tâche. Non seulement elle développe ou gère les applications informatiques courantes pour chacune des institutions (par exemple, la gestion des sites internet), mais assure aussi l'élaboration de projets communs et la gestion du réseau entre les acteurs de la sécurité sociale. Les projets les plus importants concernent la déclaration électronique d'emploi et des données de salaire et de temps de travail, ainsi que les risques sociaux auxquels sont exposés les travailleurs (par ex. un accident du travail). Dans le courant de 2008, l'asbl Smals s'est également vu confier des missions en rapport avec l'extension de la plateforme de santé électronique (eHealth).

En se chargeant des projets précités, l'asbl Smals a, en tout état de cause, acquis une position stratégique. Les applications informatiques concernées portent, en effet, sur le noyau de la sécurité sociale, de sorte que toute nouvelle application sera, dans une mesure toujours croissante, greffée directement ou indirectement sur ces dernières (par exemple, la liaison du droit à une allocation de chômage aux déclarations d'emploi).

Cette évolution est encore renforcée par la priorité accordée à la lutte contre la fraude sociale et la mise en œuvre de l'*e-government*, qui vise notamment explicitement la collecte unique de données et un octroi automatique des prestations sociales. Dans ce contexte, il est évident que l'asbl Smals mettra également ses services à la disposition d'un groupe croissant d'acteurs (par exemple, les services d'inspection, de prévention, de logement social ou d'emploi et les instances chargées de la préparation et de l'évaluation de la politique).

Les IPSS disposent cependant toujours d'une compétence plénière en ce qui concerne la gestion de leurs informations : l'asbl Smals joue exclusivement un rôle d'appui. Chaque institution est libre de choisir, pour toute application de gestion des informations, le prestataire de services auquel elle souhaite faire appel.

---

<sup>11</sup> Exposé des motifs du projet de loi relatif à l'institution et à l'organisation d'une Banque-carrefour de la sécurité sociale, *Doc. parl.*, Chambre, 1988-1989, n° 899/4, p. 47-53.

## Chapitre 2

### Portée de la collaboration

---

Jusqu'en 1998, il était prévu que l'asbl assurait les «opérations mécanographiques et informatiques». Depuis lors, l'article 17bis de la loi relative à la Banque-carrefour dispose que l'asbl peut exécuter des travaux en matière de «*gestion de l'information*». Le présent chapitre décrit la manière dont l'interprétation de cette notion détermine la portée de la collaboration avec l'asbl Smals telle qu'autorisée par la loi.

#### 2.1 Ampleur de l'offre de services

##### 2.1.1 Gestion de l'information

La notion de gestion de l'information permet une certaine souplesse pour que l'offre de services de l'asbl puisse s'adapter aux évolutions permanentes dans le secteur des TIC. Le rôle de l'informatique a en effet progressivement évolué, passant d'un traitement des données à titre purement d'appui à la fourniture d'informations; les projets d'informatisation consistent, à présent, parfois à remanier complètement les processus administratifs existants.

Il est dès lors logique que les marchés confiés à l'asbl Smals ne se limitent pas, dans la pratique, à la gestion de l'infrastructure et des systèmes TIC au sens strict (par exemple, développement, maintenance, sécurité), mais qu'ils comprennent également les services d'accompagnement nécessaires dans la phase initiale et finale de chaque projet (par exemple, planification, consultance et formation).

##### 2.1.2 Fourniture d'informations

La notion de gestion de l'information a toutefois comme inconvénient de n'impliquer aucune limite: pour toute activité, des informations doivent en effet être gérées d'une manière ou d'une autre à l'aide ou non d'une application informatique. Dans la pratique, cette interprétation est utilisée pour déplacer systématiquement les limites des services demandés à l'asbl, à tel point que le lien avec l'informatique devient de plus en plus vague et que les demandes portent même sur des services ordinaires de fourniture d'informations, dont on pourrait s'attendre à ce qu'ils soient assumés par l'institution publique elle-même.

À titre d'exemple, on peut citer les services que le Bureau de communication et le Centre de contact Eranova de l'asbl Smals fournissent depuis 2005 à quelques institutions (surtout à l'ONSS). Le Bureau de communication s'occupe notamment de l'organisation de journées d'études et de l'élaboration de la publicité pour les membres de l'asbl. Le Centre de contact Eranova fournit, par courriel et par téléphone des «*solutions, des renseignements ou des avis*» aux assurés sociaux ou aux employeurs au sujet de «*questions de contenu, techniques et administratives*» concernant l'application de la législation relative à la sécurité sociale<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> Constatations effectuées sur la base des annonces de vacance d'emploi et des rapports annuels de l'asbl Smals.

### 2.1.3 Conséquence

L'utilité de services d'appui au niveau de la fourniture d'informations n'est pas remise en cause. Il est cependant souligné que ces services ne se limitent clairement pas à l'accompagnement de l'introduction de projets TIC individuels. Il s'agit plutôt d'un transfert étendu de tâches administratives et de services de première ligne, lui-même incorporé structurellement dans l'organisation de l'asbl.

## 2.2 Qualification du personnel

Les IPSS ont très largement recours à la possibilité d'employer du personnel mis à leur disposition par l'asbl Smals. Entre 2003 et 2007, une moyenne de 400 à 500 membres du personnel de l'asbl étaient employés sous ce statut auprès de ces institutions.

En vertu de l'article 17bis de la loi relative à la Banque-carrefour, seul le « *personnel spécialisé* » de l'asbl Smals peut être mis à la disposition des membres. Cette limitation doit être appliquée de manière stricte. Elle constitue en effet une exception à l'interdiction de mise à disposition, telle que prévue par la loi sur le travail temporaire. En outre, il s'agit d'une pratique qui ne favorise pas la mise en œuvre d'une politique de personnel cohérente<sup>13</sup> : en effet, dans ce cas, des conditions de travail fortement divergentes sont utilisées au sein d'un même organisme public.

Un audit réalisé en 2005<sup>14</sup> par la Cour des comptes a démontré qu'au moins 10 à 15% des travailleurs mis à disposition n'effectuaient pas de tâches informatiques ou ne disposaient pas de la spécialisation requise. Cette situation n'a pas changé depuis lors.

## 2.3 Conclusion intermédiaire

Dans la pratique, il apparaît que les services de l'asbl peuvent traiter presque chaque aspect du fonctionnement quotidien d'une IPSS (par exemple, gestion de dossiers, comptabilité, gestion du personnel, service à la clientèle, relations publiques), selon l'interprétation voulant que ces services ont un lien direct ou indirect avec des applications informatiques ou la gestion de l'information.

Il n'a pas été donné suite à la critique déjà formulée en 2005 par la Cour des comptes à ce sujet. Au contraire, il est apparu que l'intention était d'interpréter d'une manière aussi large que possible l'offre de services de l'asbl Smals, y compris la mise à disposition de travailleurs.

Cette évolution paraît à présent avoir acquis un caractère structurel, notamment avec la création d'un centre de contact. Cette constatation est également corroborée par l'adaptation récente de l'objet statutaire de l'asbl Smals : depuis juin 2007, les statuts disposent que l'asbl a pour objet le soutien de ses membres non seulement en matière de gestion de l'information, mais aussi en matière de « questions connexes »<sup>15</sup> en faveur d'une prestation de service électronique intégrée.

<sup>13</sup> Rapport relatif à (l'article 44 de) l'arrêté royal du 3 avril 1997 portant des mesures en vue de la responsabilisation des institutions publiques de sécurité sociale.

<sup>14</sup> La Cour des comptes a transmis ses observations suite à ce rapport par lettre du 17 août 2005 au ministre des Affaires sociales et de la Santé publique, au ministre du Travail et au ministre de la Fonction publique, de l'Intégration sociale, de la Politique des grandes villes et de l'Égalité des chances.

<sup>15</sup> Cette disposition confirme déjà la thèse selon laquelle les marchés concernant uniquement la fourniture d'informations, comme les services offerts par le centre de contact, nécessitent une interprétation extrêmement poussée de la notion de « gestion de l'information », telle que prévue dans l'habilitation inscrite à l'article 17bis de la loi relative à la Banque-carrefour.

La Cour des comptes reste d'avis que la question – qui se situe dans une zone grise entre la régularité et l'opportunité – doit être éclaircie. La prestation de services de première ligne et les tâches d'exécution des IPSS peuvent ainsi être transférées, presque sans qu'on s'en aperçoive, à une entreprise privée qui ne peut que difficilement faire l'objet d'un contrôle externe (voir chapitre 5).

Deux solutions sont envisageables :

- Soit il convient de préciser la portée de la notion de gestion de l'information – et, partant, l'offre de services de l'asbl Smals – reprise à l'article 17bis de la loi relative à la Banque-carrefour. Eu égard aux évolutions constantes dans le secteur des TIC et de la nécessité d'une certaine souplesse (voir 2.1.1), cette solution semble toutefois difficilement réalisable.
- Soit il convient de prendre des mesures afin de mieux harmoniser la gestion des IPSS et de l'asbl Smals en matière de transparence et de contrôle (voir chapitres 3 à 5). Dans la mesure où les relations d'une institution avec l'asbl sont assimilées à celles entretenues avec un de ses services propres, la question relative à l'ampleur et la nature des services que l'asbl est habilitée à fournir devient en effet moins délicate.

En ce qui concerne plus spécifiquement la mise à disposition d'employés de l'asbl, la seule solution satisfaisante serait de lier cet instrument à des qualifications ou fonctions spécifiques<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup> Cette solution avait été suggérée lors des débats de la Chambre des représentants sur le projet de loi créant l'asbl Egov. Le ministre avait cependant déclaré à l'époque que «*les activités de l'asbl doivent concerner la gestion de l'information*», de sorte que «*l'asbl ne pourra engager que des collaborateurs possédant les connaissances requises en informatique*» (voir *Doc. parl.*, Chambre, 2000-2001, n° 1150/4, p. 9).

## Chapitre 3

### Collaboration sans marché public

---

L'attribution de marchés directement à l'asbl Smals, sans organiser une procédure d'adjudication, repose sur l'argument selon lequel ces marchés sont exécutés sur la base d'une relation d'affiliation autorisée par la loi, et non dans le cadre d'une relation contractuelle. Ce point de vue doit être évalué à la lumière de la jurisprudence (voir annexe 1).

La Cour européenne de justice utilise en effet des critères spécifiques pour définir comme marchés publics les marchés d'une autorité publique attribués à une entité distincte. Le présent chapitre analyse l'application éventuelle de ces conditions. Pour une meilleure compréhension, il expose auparavant les visions divergentes concernant l'obligation de passer un marché public.

#### 3.1 Visions divergentes

La création par les pouvoirs publics d'entreprises informatiques propres s'inscrit dans le contexte large de l'autonomisation de l'action des pouvoirs publics. Un nombre croissant d'activités sont confiées à des entités distinctes, tant sous la forme d'organismes publics que sous celle de sociétés ou d'associations privées (comme ici : une asbl). L'autonomisation est parfois nécessaire en raison de la libéralisation du marché, mais on invoque plus généralement l'avantage d'une large autonomie de gestion qui permettrait d'organiser de manière plus efficace la gestion interne et la prestation de services externe.

Quant à la nécessité d'organiser ou non une procédure de marché public pour attribuer des marchés à ces entités autonomes, deux approches sont possibles :

- D'une part, l'accent peut être mis sur le fait que les activités faisant l'objet de l'autonomisation relèvent, en général, de l'échange quotidien de biens et de services (comme, en l'occurrence, les services TIC). D'un point de vue économique, il est logique de traiter sur un pied d'égalité les entreprises exclusivement privées et les entreprises dans lesquelles les pouvoirs publics participent et d'appliquer tels quels les principes de mise en concurrence et de libre circulation des biens et des services.
- D'autre part, on peut affirmer que les pouvoirs publics ne doivent pas être empêchés de choisir librement le modèle organisationnel le plus adapté à une activité déterminée. L'obligation de passer un marché public porte indirectement atteinte à cette liberté de choix : dans ce cas, il n'est en effet plus certain que des marchés seront encore réalisés par l'entité autonome. Ce manque de certitude est jugé particulièrement inacceptable si les activités de l'entité autonome sont exclusivement destinées aux pouvoirs publics mêmes et ne sont pas déployées sur le marché.

## 3.2 Conditions strictes

### 3.2.1 Assimilation à un marché interne

La Cour de justice des Communautés européennes estime que, dans certaines circonstances, il n'est pas nécessaire, ni même souhaitable, de soumettre les marchés confiés à une entité autonome à une procédure de marché public. La Cour de justice assimile ces cas à des marchés internes conclus entre des sections d'un même service public ou organisme public – également dénommés prestations de service «in house» –, qui ne sont évidemment pas soumises à l'obligation de passer un marché public.

Pour cette assimilation, le service ou organisme public concerné doit cependant démontrer qu'il a effectivement prise («contrôle») sur cette entité et que les activités de cette dernière lui sont principalement destinées<sup>17</sup>. La Cour considère, en effet, ces deux conditions cumulatives comme étant *«une exception aux règles générales du droit communautaire; elles doivent dès lors faire l'objet d'une interprétation stricte et c'est à celui qui entend s'en prévaloir qu'incombe la charge de la preuve que les circonstances exceptionnelles justifiant la dérogation auxdites règles existent effectivement»*<sup>18</sup>.

### 3.2.2 Ampleur requise des marchés

Pour apprécier si une entité autonome réalise *«l'essentiel de son activité»* avec le pouvoir public qui la détient, *«il convient de tenir compte de toutes les activités que cette entité réalise sur la base d'une attribution faite par le pouvoir adjudicateur»*<sup>19</sup>. Il est important de souligner que la Cour de justice des Communautés européennes a précisé à cet égard que *«si plusieurs collectivités détiennent une entreprise, il convient de tenir compte de l'activité qu'elle réalise avec l'ensemble de ces collectivités»* (cf. : plusieurs services et organismes font appel à l'asbl Smals).

### 3.2.3 Nature requise du contrôle

Il n'y a aucun sens à confier des activités à une entité autonome si cette dernière doit faire l'objet d'un contrôle hiérarchique identique à celui exercé sur les services propres: l'autonomie de gestion visée serait totalement perdue<sup>20</sup>. Néanmoins, la Cour de justice exige une forme analogue ou comparable de contrôle pour pouvoir admettre l'assimilation à un marché interne. La Cour a déjà précisé cette exigence de contrôle comme étant *«une possibilité d'influence déterminante tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes»*<sup>21</sup>.

<sup>17</sup> Jurisprudence constante depuis l'arrêt Teckal de 1999: CJCE, Teckal, 18 novembre 1999, C-107/98, points 49 à 51.

<sup>18</sup> CJCE, ANAV, 6 avril 2006, C-410/04, point 26; CJCE, Stadt Halle et RPL Lochau, 11 janvier 2005, C-26/03, point 46.

<sup>19</sup> Voir notamment: CJCE, Carbotermo, 11 mai 2006, C-340/04, points 63 à 72.

<sup>20</sup> Si un contrôle analogue était exigé, *«il ne resterait plus à la collectivité concernée que le choix entre la privatisation de ses missions et l'accomplissement de ses missions en interne par des services ou par des établissements, qui sont intégrés dans la hiérarchie administrative et n'ont aucune autonomie notable»*: J. KOKOTT, conclusion dans l'arrêt Parking Brixen, C-458/03, considérants 67 à 72.

<sup>21</sup> CJCE, Parking Brixen, 13 octobre 2005, C-458/03, point 65.

Pour apprécier le contrôle exercé, il convient de prendre en considération toutes les circonstances concrètes. Dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, deux types de critères peuvent être distingués :

- les dispositions législatives pertinentes relatives au contrôle, comme la manière dont le contrôle est réglé dans la législation nationale concernant la forme de société ou d'association prise par l'entité autonome ;
- les possibilités réelles de contrôle, telles qu'elles apparaissent notamment dans la composition et les compétences du conseil d'administration, la nature et la hauteur du financement par les pouvoirs publics ou la forme juridique choisie et l'objet social de l'entité autonome.

Ces critères doivent toujours être examinés ensemble, donc sans que l'un soit déterminant par rapport à l'autre. Par conséquent, la circonstance que seuls des pouvoirs publics détiennent le capital de l'entité constitue une indication importante, mais pas encore suffisante de l'existence d'une influence déterminante<sup>22</sup>.

### 3.2.4 Constatations complémentaires

Que l'asbl Smals applique la loi relative aux marchés publics lorsqu'elle fait appel aux travaux, fournitures ou services de tiers<sup>23</sup> n'influence pas la manière de statuer sur l'obligation d'appel à un marché public dans la relation entre l'asbl Smals et les IPSS<sup>24</sup>.

Au moment de l'audit, une affaire était encore pendante devant la Cour de justice des Communautés européennes au sujet de l'attribution directe de marchés à une entreprise informatique propre aux pouvoirs publics. Il s'agissait d'un recours formé par la Commission européenne et dirigé contre l'Italie, parce qu'une commune a confié de manière directe et sans publicité préalable, la gestion, la manutention et le développement d'applications informatiques à une entreprise dont elle est actionnaire<sup>25</sup>.

La Commission a estimé que les prestations de services en question représentaient un marché public de services requérant l'application d'une procédure de marché public. Les autorités italiennes n'auraient pas avancé suffisamment d'éléments pour permettre de considérer qu'il s'agit d'une relation *in house*, «*en raison des rapports juridiques existant entre la commune et la société prestataire ainsi que de l'activité exercée par cette dernière*».

Depuis lors, un arrêt a été rendu dans cette affaire par lequel l'existence d'une relation *in-house* a été acceptée<sup>26</sup>. L'arrêt ne contient pas de nouveaux critères ou particularités qui pourraient influencer l'évaluation de la relation avec l'asbl Smals.

<sup>22</sup> Voir en ce sens : CJCE, Carbotermo, 11 mai 2006, C-340/04, point 37, et CEJ, Asemfo/Tragsa, 19 avril 2007, C-295/05, point 57.

<sup>23</sup> En vertu de l'article 4, §2, 8°, de loi relative aux marchés publics, l'asbl Smals sera considérée comme l'autorité adjudicataire. Les marchés que l'asbl Smals met en concurrence sont d'ailleurs affichés sur son site web.

<sup>24</sup> Voir CJCE, Auroux/Roanne, 18 juin 2007, C-220/05, points 66-68.

<sup>25</sup> Requête dans l'affaire C-371/05, P.B. C010, 14 janvier 2006.

<sup>26</sup> CJCE, Commission/Italie, 17 juillet 2008, C-371/05.

### 3.3 Contrôle individuel

La majeure partie des services fournis par l'asbl Smals est destinée aux IPSS: entre 2003 et 2007, les institutions ont représenté environ 80% de son chiffre d'affaires. Une des deux conditions retenues par la Cour de justice pour l'assimilation à une relation *in house* est ainsi remplie, de sorte que l'attention peut se limiter à l'exigence de contrôle (surtout qu'il s'agit de deux conditions cumulatives).

#### *Constatation*

Le conseil d'administration de l'asbl Smals se composait, à la mi-2007, de quatorze membres: deux représentants de ministre, onze représentants des IPSS (dont trois de l'ONSS) et un représentant de l'asbl Egov.

Outre le conseil d'administration, l'asbl comporte également un comité stratégique, constitué d'un certain nombre de membres du conseil d'administration et des membres de la direction de l'asbl (et éventuellement d'autres membres du personnel de l'asbl pour des sujets spécifiques). Ce comité élabore des propositions d'objectifs stratégiques à l'attention du conseil d'administration, fait rapport annuellement à ce dernier au sujet de la réalisation de ces objectifs et décide des objectifs opérationnels et des instruments de suivi de ces derniers.

La plupart des services et institutions publics qui font appel aux services de l'asbl Smals ne sont donc pas représentés au sein du conseil d'administration de l'asbl (ni donc a priori, au sein du comité stratégique). Tel est, par exemple, le cas des CPAS et du SPF Emploi. Pour les institutions publiques de sécurité sociale, il s'agit de l'ONVA, de l'INASTI, de l'OSSOM, du FMP, de la CSPM et de la CAPAC.

#### *Évaluation*

D'une part, l'absence d'un mandat d'administrateur a pour conséquence que l'organisme n'a pas la possibilité évidente d'exercer une *influence déterminante* sur les *décisions importantes et la stratégie* de l'asbl. Cette situation se reflète également dans la pratique. Ainsi, le comité de gestion d'une des institutions s'est récemment opposé aux frais facturés par l'asbl Smals pour un projet global (déclaration des risques sociaux), parce que l'institution avait l'impression de devoir supporter proportionnellement une trop grande part des coûts et qu'elle «*ne maîtrisait pas elle-même cette situation*».

D'autre part, il serait excessif de considérer que la condition de contrôle ne peut être remplie que par le biais d'un mandat d'administrateur. Dans le cadre d'une large relation de collaboration, l'octroi d'un tel mandat n'est, en effet, pas réalisable et probablement pas souhaitable, en raison de la grande différence qui existe au niveau des chiffres d'affaires de chaque institution ou service public participant. Il convient d'ailleurs également de tenir compte de la pratique parfois nécessaire et, en tous les cas, courante des délégations de pouvoir au sein d'un conseil d'administration.

La jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes offre l'espace nécessaire pour trouver un équilibre entre les deux considérations. Pour évaluer l'ampleur requise des marchés attribués à une entité autonome, la Cour tient en effet compte des marchés que l'entité exécute «*pour l'ensemble des collectivités concernées*», et non pas du chiffre d'affaires de l'organisme public concerné.

Il est logique de suivre aussi ce raisonnement en ce qui concerne le contrôle requis et de tenir compte de la manière dont les intérêts de « l'ensemble des collectivités concernées » sont garantis au sein de l'entité autonome<sup>27</sup>. Ce raisonnement a déjà été appliqué implicitement dans un arrêt récent de la Cour de justice<sup>28</sup>, et même explicitement, après la conclusion du présent audit<sup>29</sup>.

#### *Application*

Si on applique ces considérations à la situation examinée, il apparaît que les intérêts des institutions publiques de sécurité sociale sont garantis, dans le cadre de leur relation avec l'asbl, dans la mesure où elles détiennent ensemble la majorité des mandats d'administrateur et où elles peuvent exercer ces mandats en fonction de la pondération de leurs intérêts individuels au sein du collège des institutions publiques de sécurité sociale. Ce collège a en effet été créé en tant qu' « organe de conseil et de coordination pour les matières qui concernent la gestion, la politique en matière de personnel et le fonctionnement des institutions publiques de sécurité sociale »<sup>30</sup>.

Parce que la participation des institutions qui ne sont pas représentées au sein du conseil d'administration de l'asbl doit être prouvée, il serait opportun d'ancrer concrètement cette participation via le collège. Il existe plusieurs possibilités à combiner entre elles, par exemple, par le biais des statuts de l'asbl (par ex. avis contraignant du collège au sujet des objectifs stratégiques ou de modifications apportées au règlement de collaboration) et au moyen des accords sur la prestation de services de l'asbl (par ex. intervention du collège en cas de litige entre une institution et l'asbl).

### **3.4 Contrôle suffisant**

Outre son caractère individuel, le contrôle doit être suffisant pour justifier une relation *in house*.

#### *Constatation*

Le conseil d'administration de l'asbl Smals est compétent pour poser tous les actes jugés nécessaires ou utiles en vue de réaliser l'objet de l'association. Les seules exceptions sont les actes que la législation relative aux asbl confie à l'assemblée générale de l'asbl (par exemple, l'approbation du budget, la nomination ou la révocation des administrateurs, l'exclusion de membres ou la dissolution de l'asbl).

---

<sup>27</sup> Du moins dans la mesure où il ne s'agit pas d'une société dans laquelle des partenaires privés participent également au capital, ce qui n'est pas le cas en l'occurrence. La Cour de justice a, en effet, déjà estimé à plusieurs reprises qu'une telle participation, peu importe son montant, exclut que l'autorité publique puisse exercer sur cette société un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services. Voir, par exemple: CJCE, Commission / Autriche, 10 novembre 2005, C-29/04, points 44-49 et CJCE, Stadt Halle et RPL Lochau, 11 janvier 2005, C-26/03, points 49-52.

<sup>28</sup> CJCE, Asemfo/Tragsa, 19 avril 2007, C-295/05, points 57-59.

<sup>29</sup> CJCE, Coditel, 13 novembre 2008, C-324/07, pt; 43-54.

<sup>30</sup> Article 31 de l'arrêté royal du 3 avril 1997 portant des mesures en vue de la responsabilisation des institutions publiques de sécurité sociale, en application de l'article 47 de la loi du 26 juillet 1996 portant modernisation de la sécurité sociale et assurant la viabilité des régimes légaux des pensions.

Le conseil d'administration peut, par exemple, décider de manière exclusive – et indépendamment de leur nature ou ampleur – de tous les investissements, moyens de financement et participations dans d'autres associations, peut déterminer librement les compétences déléguées aux membres de la direction ou les conditions de travail des collaborateurs de l'asbl et était même habilité, dans l'ancienne version du règlement d'ordre intérieur (jusqu'en juin 2007), à modifier la mission et l'objet social de l'asbl.

Le comité de gestion d'une IPSS ne peut pas faire valoir une forme directe de participation aux décisions sur aucun des points précités (par exemple, par le biais d'un avis ou de l'approbation des dossiers d'investissement importants de l'asbl) et ne dispose même pas d'un droit de regard. Les statuts de l'asbl prévoient uniquement que des tiers peuvent demander des extraits des procès-verbaux de l'assemblée générale (et donc pas du conseil d'administration ou du comité stratégique) «à condition qu'ils manifestent un intérêt réel et que le président ait donné son accord».

### Évaluation

Le contrôle requis pour justifier une relation *in house* suppose que les IPSS pilotent le fonctionnement de l'asbl ou ont une «*influence déterminante*» sur celui-ci. Cette influence peut ressortir de l'implication directe dans les décisions importantes et la stratégie de l'asbl, mais aussi du processus décisionnel concernant la mise à disposition de moyens financiers en faveur de l'asbl :

- Les IPSS détiennent la majorité des mandats d'administrateur et le conseil d'administration est exclusivement composé de représentants des services et organismes publics. Il s'agit évidemment de la meilleure indication possible de leur capacité effective à piloter le fonctionnement de l'asbl.

Cependant, si une entité autonome dispose d'une autonomie aussi poussée que l'asbl Smals, il n'est pas suffisant, en vue d'une assimilation à une relation *in house*, de pouvoir exercer un contrôle exclusivement par le biais d'une représentation au sein du conseil d'administration<sup>31</sup>.

- Le financement et, partant, le fonctionnement de l'asbl dépend quasi totalement des crédits budgétaires qui, au niveau de chaque institution de sécurité sociale, doivent être soumis au comité de gestion et au ministre de tutelle<sup>32</sup>.

Dans la mesure où il vise uniquement la hauteur des moyens provenant des IPSS, cet argument n'est pas pertinent en l'occurrence, parce qu'il est déjà compris dans l'autre condition (relative au chiffre d'affaires) retenue par la Cour de justice pour apprécier l'assimilation éventuelle à une relation *in house*.

Comme cet argument concerne le contrôle exercé à l'occasion de l'approbation des dépenses budgétaires concernées, il faudrait examiner comment ce contrôle est organisé concrètement. L'audit a en fait révélé que les comités de gestion n'ont pratiquement aucune information sur ce point.

<sup>31</sup> Voir clairement en ce sens : CJCE, Parking Brixen, 13 octobre 2005, C-458/03, points 68-71. Cette appréciation ressort également d'une comparaison avec la situation dans laquelle la Cour de justice a admis une relation *in-house* dans un arrêt récent : CJCE, Asemfo/Tragsa, 19 avril 2007, C-295/05, points 52-61.

<sup>32</sup> À cet égard, il est souligné que le ministre des Affaires sociales est le seul des ministres de tutelle des institutions à être représenté au sein du conseil d'administration de l'asbl Smals, de sorte que, pour obtenir des informations sur les marchés et les dépenses consacrés à l'asbl Smals, les autres ministres de tutelle doivent se rapporter aux informations fournies au comité de gestion ou dans le budget de l'institution.

Aucune institution ne fait systématiquement rapport au sujet de l'utilisation des crédits budgétaires destinés à l'asbl Smals: aucune information n'est fournie sur l'exécution de projets tant en terme de coût, que de degré d'avancement et de délai d'exécution<sup>33</sup>. Cependant, l'ONSS et la BCSS ont déjà pris l'initiative de décrire, dans les documents budgétaires, les dépenses par marché sous-traité. Auprès des autres institutions, en revanche, les crédits budgétaires consacrés aux marchés confiés à l'asbl Smals ne sont parfois même pas distingués dans l'ensemble des dépenses informatiques<sup>34</sup>.

### 3.5 Conclusion intermédiaire

La Cour de justice européenne a quelque peu assoupli l'obligation de passer un marché public à l'égard des entités autonomes des pouvoirs publics. S'il s'agit d'une entité sur laquelle les services publics ou les institutions publiques concernés ont conservé une large prise («contrôle») et dont les activités leur sont principalement destinées, les marchés qui lui sont confiés peuvent être assimilés à un marché interne.

Cependant, il n'est pas simple de déterminer l'applicabilité des règles relatives aux marchés publics sur la base des deux conditions, d'autant plus qu'il faut tenir compte de toutes les circonstances. Cette jurisprudence a fait l'objet de nombreux articles contenant souvent des critiques excessives et peu convaincantes. Ils ne proposent en effet pas d'alternative, négligeant ainsi trop facilement la conciliation qu'a dû effectuer la Cour de justice entre les conceptions fortement divergentes sur la portée du principe de mise en concurrence. Or, c'est cette conciliation qui l'a conduite à admettre, à des conditions strictes, une exception à l'obligation de passer un marché public, laquelle ne figure pas littéralement dans la législation même.

Dès lors, il convient plutôt de souligner qu'entre-temps, la vision de la Cour de justice a déjà été intégrée explicitement dans les prises de position de la Commission européenne et fait, par exemple, aussi l'objet des circulaires des 11 et 13 juillet 2006 de la Région wallonne et de la Région de Bruxelles-Capitale et d'une circulaire du 14 septembre 2007 du gouvernement flamand.

En tous les cas, l'assimilation à une relation *in house* constitue une exception à l'obligation de passer un marché public à interpréter de manière stricte. Il convient, en particulier, d'en tenir compte pour les constructions qui sont aux limites de l'exception<sup>35</sup>. Cependant, de telles discussions de principe ne se posent pas dans le cas présent. Le seul point factuel, mais fondamental, qui se pose pour justifier une assimilation à une relation *in house*, concerne la vue (contrôle) insuffisante sur les dépenses consacrées à l'asbl Smals.

<sup>33</sup> Il est toutefois procédé de manière sporadique à des examens des dépenses informatiques à la demande d'un comité de gestion (par exemple par la CSPM début 2007).

<sup>34</sup> Cette distinction sera toutefois obligatoire à partir de l'année budgétaire 2009, voir: circulaire du 19 juillet 2007 du SPF Sécurité sociale adressée aux institutions publiques de sécurité sociale.

<sup>35</sup> Le point majeur de la discussion concerne, pour le moment, le respect de la condition de contrôle pour les constructions de partenariat entre le secteur privé et le secteur public. Quelques arrêts (voir note 27) semblent indiquer que l'existence d'un contrôle analogue à celui exercé sur les services propres n'est pas admise dès que des partenaires privés participent au capital. En l'absence de participation de ce genre, ce problème ne se pose pas en tant que tel dans le cas d'une asbl.

En raison de l'importance pratique de ce point, une attention spécifique est consacrée dans les deux chapitres qui suivent à l'ensemble du processus de mise à la disposition, par les institutions, de moyens financiers en faveur de l'asbl (processus de décision, facturation et contrôle). Sur cette base, des recommandations sont formulées au sujet de la problématique des marchés publics examinée ici.

## Chapitre 4

### Conséquences de la collaboration

---

Le présent chapitre examine les conséquences de la collaboration en comparaison avec la situation où le marché doit faire l'objet d'une procédure d'attribution. Dans le règlement de collaboration, cette procédure est en effet décrite comme «*lourde*» et la flexibilité de la collaboration avec l'asbl Smals est considérée comme un avantage à cet égard. La comparaison ne prend pas en considération l'exécution d'un marché, parce que ce sont essentiellement des facteurs factuels et purement liés aux projets qui sont déterminants en la matière.

#### 4.1 Conséquences pour le marché

##### 4.1.1 Flexibilité de l'asbl Smals

D'une manière générale, la plupart des problèmes rencontrés dans le cadre d'un projet informatique sont imputables à une description imprécise des spécifications techniques ou des besoins fonctionnels et à une estimation insuffisante de la planification et des coûts. À ce niveau, une collaboration fondée sur une relation *in house* présente le grand avantage de la flexibilité. En effet, tous les aspects du projet – tant juridiques que techniques et budgétaires – peuvent, dès le départ, être sous-traités à l'asbl et être systématiquement ajustés en fonction des besoins ou de l'évolution des desideratas.

Cet avantage de la flexibilité n'a cependant pas été transposé juridiquement. Le règlement de collaboration contient uniquement la clause standard subordonnant les modifications à l'accord des deux parties. Cette clause devrait être nuancée et adaptée à la réalité (par exemple, concertation en cas de circonstances imprévues; évaluation de bonne foi).

Les modalités de collaboration particulières contiennent à présent une procédure détaillée en matière de *change management* (gestion des changements), mais – en lecture conjointe avec le règlement de collaboration – ces dispositions ne constituent pas encore, sur le plan juridique, un engagement contraignant obligeant à adopter une attitude constructive lors de modifications nécessaires à un projet.

##### 4.1.2 Négociations avec d'autres prestataires de services

Une application rigoureuse de la loi relative aux marchés publics a pour conséquence que le processus d'attribution bénéficie, dans une certaine mesure, d'un solide appui technique et juridique: la consultation obligatoire du marché contraint le pouvoir adjudicateur à clarifier préalablement les besoins fonctionnels et les spécifications techniques souhaitées. En outre, la loi impose des garanties spécifiques, concernant notamment les qualifications du prestataire de services et le mode de paiement.

La réussite d'un marché public dépend cependant en grande partie de la phase préparatoire. Il n'offre en effet pas les mêmes possibilités qu'une relation *in house*, pour adapter ou élargir l'objet du marché ultérieurement. Pour contribuer à résoudre ce problème, la loi autorise, certes à titre d'exception (et moyennant des motifs fondés), de fixer de commun accord la portée précise d'un marché informatique par le biais de procédures négociées<sup>36</sup>.

Les IPSS ont aussi largement recours à cette possibilité. Néanmoins, les dossiers de passation de marchés examinés ont révélé que les négociations effectives sont insuffisantes. En outre, dans plusieurs dossiers, il n'a pas été possible, si ce n'est de manière contestable, de démontrer que les circonstances exigées par la loi pour pouvoir appliquer une procédure négociée étaient présentes ou qu'une procédure négociée n'a été appliquée à tort sans publicité préalable.

Dans leur réaction à cette remarque, certaines institutions soulignent qu'elles ne disposent pas toujours de l'expertise technique ou juridique ou de l'expérience requise pour exploiter au maximum les marges de négociation. Toutefois, dans la mesure où ce problème se poserait, il peut parfaitement être résolu en prévoyant un accompagnement (externe) du projet.

Sous cet angle, l'asbl Smals – davantage que maintenant – peut se voir confier un rôle de « *centre d'expertise* » pour l'élaboration juridique des procédures de marché public ou pour la conception technique des projets informatiques. Dans le marché confié à l'asbl Smals, les phases de conception et d'exécution du projet devraient être distinguées plus clairement : actuellement, chaque engagement pris envers l'asbl semble impliquer automatiquement l'attribution de l'intégralité du marché, sauf si l'asbl émet elle-même des réserves à cet égard (par exemple, en raison de la spécificité du marché).

## 4.2 Conséquences pour le processus décisionnel

### 4.2.1 Autres règles de compétence

Si un marché public dépasse certains seuils financiers, la réglementation<sup>37</sup> prévoit que le comité de gestion d'une IPSS doit décider de l'attribution d'un marché, mais aussi, parfois, marquer préalablement son accord sur l'objet du marché et sur les candidats sélectionnés.

Seuls les règlements d'ordre intérieur du comité de gestion de l'INAMI et de l'ONP ont été adaptés en fonction de cette prescription. Toutefois, dans la pratique, le comité de gestion est presque toujours associé à la décision d'attribution. Dans la phase de fixation de l'objet du marché et de la sélection, tel n'était le cas qu'auprès de cinq institutions.

<sup>36</sup> Ce sont surtout les possibilités prévues à l'article 17, §3, 2° et 4°, de la loi relative aux marchés publics qui sont importantes en l'occurrence : il peut être traité par procédure négociée lorsque la nature des services ne permet pas une fixation préalable et globale des prix ni l'établissement des spécifications précises. Voir, par ex., aussi : Conseil d'État, 21 décembre 2006, n° 166.264, point 6 : la procédure négociée est admise parce que les travaux concernés présentent un haut degré de complexité.

<sup>37</sup> Arrêté royal du 14 octobre 1996 relatif au contrôle préalable et aux délégations de pouvoir en matière de passation et d'exécution des marchés publics de travaux, de fournitures et de services et en matière d'octroi de concessions de travaux publics au niveau fédéral.

Le contraste avec le processus décisionnel appliqué dans le cadre des marchés confiés à l'asbl Smals est (trop) grand. En effet, pour ces marchés, le fonctionnaire dirigeant de l'institution est censé être habilité à prendre seul toutes les décisions comme s'il s'agissait d'un acte de gestion quotidienne, dans les limites, toutefois, des crédits budgétaires approuvés par le comité de gestion.

Sur le plan juridique, les actes effectués en tant qu'administrateur ou membre de l'asbl Smals peuvent difficilement être considérés comme des actes de gestion quotidienne de l'institution même (par exemple, approbation des statuts modifiés de l'asbl, participation de l'asbl dans d'autres associations). De même, il semble plus logique qu'une délégation de pouvoirs dépende en premier lieu de la nature et de l'ampleur d'un marché plutôt que de l'entreprise à laquelle un marché est attribué. Or, à présent, une délégation complète des pouvoirs est appliquée, alors que, parfois, le fonctionnaire dirigeant est aussi administrateur de l'asbl Smals et que celle-ci représente près de deux tiers de toutes les dépenses de fonctionnement en matière informatique<sup>38</sup>.

#### 4.2.2 Prescriptions plus strictes

L'avantage évident de l'attribution directe des services à l'asbl Smals réside dans le fait qu'il ne faut pas procéder à une sélection des candidats ni à l'évaluation des différentes offres et qu'il n'est pas requis de faire constamment attention aux procédures, parfois strictes, prescrites par la loi relative aux marchés publics.

Les dossiers de passation à d'autres prestataires de services présentent d'ailleurs diverses lacunes dans ce domaine, qui sont également dues au fait qu'il est souvent omis de verser au dossier les pièces justificatives nécessaires<sup>39</sup>. La constatation la plus pertinente sur ce plan concerne cependant le fait qu'il n'est pas tenu compte des possibilités prévues dans les prescriptions :

- Étant donné que les critères prévus pour la sélection et l'attribution ne sont pas suffisamment spécifiés en fonction du marché concerné et qu'il est fait référence aux critères généraux énumérés dans la réglementation (par exemple, en ce qui concerne la capacité économique, financière et technique d'un candidat), le traitement d'une offre est alourdi, tant pour les candidats que pour l'institution, sans apporter une quelconque valeur ajoutée. Il est parfois apparu ultérieurement que tous les critères imposés n'avaient même pas été évalués.

En l'occurrence, la pratique doit mieux tenir compte des différentes recommandations qui figuraient déjà dans une circulaire du premier ministre du 10 février 1998 relative à la sélection qualitative des entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services dans le cadre d'un marché public.

La possibilité de préconiser des conditions minimales n'est pas suffisamment exploitée, de sorte que les candidats ne sont pas incités à présenter d'éventuelles solutions alternatives intéressantes pour le marché («*variantes libres*»).

<sup>38</sup> Il convient de rappeler que, hors frais de personnel, près de 60% du budget total de fonctionnement des institutions est destiné aux dépenses dans l'informatique (voir introduction).

<sup>39</sup> Exemples: l'absence de rapports d'évaluation ou de motivation, l'adaptation des conditions du cahier des charges dans le contrat, la reprise de critères de sélection comme critères d'attribution, la qualification erronée du marché en tant que marché de services et non de fournitures.

- Une critique traditionnellement émise à l'encontre de l'application d'une procédure de marché public est qu'elle entraîne une trop grande perte de temps. Or, en particulier pour les marchés informatiques, le délai d'exécution revêt une grande importance, car il est fortement sujet aux variations de prix et aux évolutions technologiques. En réalité, les délais de procédure sont gérés de manière peu active et le processus décisionnel interne engendre parfois, lui aussi, une grande perte de temps.

En revanche, une évolution positive a été constatée sur plusieurs points: une application internet permet à présent d'accélérer la publication et la communication concernant un marché public (voir [www.jepp.be](http://www.jepp.be)); depuis le 1<sup>er</sup> octobre 2005, les candidats à un marché ne sont plus obligés de soumettre des attestations ou des certificats contenant des données que l'autorité peut demander elle-même par voie électronique (par exemple, attestations de l'ONSS, chiffre d'affaires, comptes annuels) et l'inscription à un marché contient désormais une déclaration implicite précisant que le soumissionnaire ne se trouve pas dans une des situations d'exclusion prévues par la réglementation<sup>40</sup>.

### 4.3 Conséquences pour le coût

#### 4.3.1 Absence de prix fixe

Alors qu'un marché public ne peut, en principe, être attribué que pour un prix forfaitaire<sup>41</sup>, ce sont les coûts réels encourus qui sont facturés pour les marchés confiés à l'asbl Smals. Outre les coûts directement imputables (par exemple, le nombre d'heures d'utilisation de programmeurs, d'analystes, de serveurs), la facture comprend aussi une partie des coûts généraux de l'asbl (par exemple, les obligations en matière de pension, la comptabilité, l'infrastructure).

Tant la répartition précise entre les différents types de coûts, que la manière dont les coûts sont imputés par membre et les tarifs appliqués relèvent de la compétence exclusive du conseil d'administration de l'asbl Smals. Ces décisions ne sont pas communiquées ni soumises à l'approbation du comité de gestion des IPSS.

Or, dans le cadre d'une relation *in house*, il va de soi que la tarification doit au moins faire l'objet d'une transparence totale<sup>42</sup>. Le Conseil d'État avait d'ailleurs souligné que, dans la loi, « *il y a lieu de préciser de quelle manière les frais de fonctionnement de l'association doivent être répartis entre ses membres* »<sup>43</sup>.

<sup>40</sup> Voir à ce sujet: circulaire du premier ministre et du secrétaire d'État à la Simplification administrative du 23 avril 2007.

<sup>41</sup> Une exception au principe du prix forfaitaire existe pour les « *services urgents en cas de circonstances extraordinaires et imprévisibles* » et pour les services complexes ou d'une technique nouvelle « *présentant des aléas techniques importants qui obligent à commencer l'exécution des prestations alors que toutes les conditions de réalisation ne peuvent en être déterminées complètement* » (article 7, § 2, de la loi relative aux marchés publics).

<sup>42</sup> Voir aussi, CJCE, Asemfo/Tragsa, 19 avril 2007, C-295/05, points 6, 14 et 60.

<sup>43</sup> *Doc. parl.*, Chambre, 2000-2001, n° 1150/1, p. 10: la portée de cet avis est brièvement située quant à son contenu dans l'introduction au chapitre 6.

### *Conséquences dans la pratique*

Les factures relatives aux projets de développement et aux marchés de maintenance de l'asbl Smals se composent d'une multitude de codes, manifestement puisés dans un système utilisé en interne par l'asbl pour le suivi de ses coûts. Sans connaître cette méthode de ventilation, il est impossible d'exercer un quelconque contrôle sur le contenu des factures.

Au sujet de cette constatation, formulée dans le cadre d'un contrôle des comptes exécuté antérieurement par la Cour des comptes auprès d'une des IPSS<sup>44</sup>, il a été confirmé que *«le contrôle portant sur l'imputation correcte des coûts et sur le décompte correct des quantités utilisées ou des prix appliqués ne peut être exécuté pleinement que dans le cadre de la comptabilité et du système d'imputation de l'asbl»*.

En outre, la réponse précisait que le *«service comptable n'est pas armé pour effectuer des contrôles sur place : sur ce plan, il dépend du contrôle interne de l'asbl et doit lui faire confiance»*. Tout en faisant référence au rôle spécifique de l'asbl, au contrôle exercé sur l'asbl par un réviseur d'entreprises et à la valeur du système d'imputation utilisé, la réponse soulignait encore *«qu'il peut être admis que les montants facturés soient fixés avec la précision nécessaire et que le prix soit calculé correctement»*.

Par conséquent, seuls les fonctionnaires dirigeants des institutions peuvent exercer un contrôle sur les prix facturés, puisque, bien qu'ils soient aussi administrateurs de l'asbl Smals, ils approuvent les factures de l'asbl pour paiement.

#### **4.3.2 Absence de comparaison sur le marché**

La procédure de marché public entraîne un examen direct de la conformité de l'offre avec le marché. Cet examen n'a pas lieu lorsque le marché est attribué directement à l'asbl Smals. Le fait que seuls les coûts réellement encourus sont portés en compte n'offre aucune garantie que le projet en cause est réalisé à un prix conforme à celui du marché.

### *Conséquences dans la pratique*

D'après les informations recueillies, pour combler l'absence d'examen de la conformité au marché, l'asbl Smals procéderait à un parangonnage (*«benchmarking»*) tous les trois ans. Ce dernier consiste en une comparaison avec d'autres organismes similaires sur la base d'un certain nombre d'indicateurs fixés préalablement (par exemple, tarifs, délais d'exécution).

La portée et les résultats du parangonnage effectué par l'asbl ne sont toutefois pas publiés et ne peuvent dès lors pas être évalués. Ainsi par exemple, il n'apparaît pas clairement si la fréquence de cette comparaison suffit, eu égard aux évolutions rapides dans le secteur des TIC, et si elle porte uniquement sur les coûts salariaux ou sur l'ensemble des coûts d'exécution d'un marché (en tenant, notamment, aussi compte des garanties offertes ou du délai d'exécution).

<sup>44</sup> Lettre de la Cour des comptes du 20 janvier 1999 adressée aux ministres des Finances, du Budget et des Affaires sociales.

### 4.3.3 Absence de caution ou de clauses de pénalité

Dans le cadre d'un marché public, il est généralement exigé de verser une caution à titre de garantie. En outre, diverses clauses de pénalité ou de dédommagement imposent des indemnités forfaitaires si le marché est exécuté avec retard ou négligence. Aucune des «modalités de collaboration» avec l'asbl Smals examinées ne contenait de telles garanties financières.

#### *Conséquences dans la pratique*

En raison de l'absence de tout mécanisme de sanction en ce qui concerne l'exécution du marché, la position des IPSS à l'égard de l'asbl Smals est fortement affaiblie. Néanmoins, cette manière de procéder peut être défendue en fonction de la relation *in house* alléguée: la présence de cautions ou de clauses de pénalité indiquerait en effet qu'il ne s'agit pas d'une telle relation.

## 4.4 Conséquences pour la facturation

### 4.4.1 Paiement anticipé de prestations

Dans le cadre d'un marché public, il ne peut être procédé à des paiements que pour des «services faits et acceptés» et les avances ne sont autorisées que dans des cas exceptionnels. Ce principe est totalement inversé à l'égard de l'asbl Smals: en effet, l'asbl dispose d'un capital de fonctionnement propre trop faible pour pouvoir préfinancer l'exécution des marchés. C'est la raison pour laquelle le règlement de collaboration prévoit une technique d'avances, qui diffère en fonction de la nature du marché (développement, maintenance, mise à disposition de personnel).

#### *Conséquences dans la pratique*

Il est souvent dérogé au régime général tel que stipulé dans le règlement de collaboration, tant à l'égard de chaque institution, qu'en fonction du marché concerné. L'asbl est évidemment libre de fixer à chaque fois les conditions de paiement sur mesure. Cette méthode présente toutefois l'inconvénient de compliquer le suivi des factures en raison d'un ensemble relativement confus de régimes applicables (par exemple, paiement après service fait, paiement d'avances forfaitaires ou de décomptes provisoires et définitifs, paiement sur une base mensuelle ou trimestrielle).

Les problèmes relatifs à l'imputation de telles provisions et au décompte final sont plus fondamentaux:

- Outre les avances pour des marchés déjà en cours, certaines factures contiennent des *provisions* pour des marchés dont il n'est pas encore certain s'ils seront effectivement exécutés ni à quel moment. Il est probable que l'objectif soit de constituer des provisions pour risques et charges (voir ci-après point 4.4.2), mais, dans les factures, il y a confusion avec les *avances*, de sorte qu'elles ne peuvent pas être identifiées avec certitude comme étant des provisions.
- Le décompte des coûts effectués pour un marché exécuté n'est souvent élaboré que longtemps (jusqu'à deux ans) après l'expiration de l'exercice auquel les prestations ont trait, sans que la justification y afférente ne permette encore de relier ces montants aux avances déjà versées.

#### 4.4.2 Constitution de provisions

D'après le compte annuel 2007, l'asbl Smals a constitué des provisions pour *risques et charges* pour un montant de 14,7 millions d'euros, dont 7,5 millions d'euros pour les *risques liés au développement* et 1,2 million d'euros pour le *renouvellement accéléré du matériel et des logiciels informatiques*<sup>45</sup>.

Le réviseur d'entreprises de l'asbl peut déterminer si les provisions satisfont à la réglementation comptable comme une description des provisions qui corresponde aux risques concernés et une constitution systématique des sommes nécessaires sans dépendre du résultat de l'exercice. La Cour des comptes n'est pas compétente pour contrôler les comptes de l'asbl (voir 5.2).

##### *Conséquences dans la pratique*

Bien que la constitution de provisions soit un principe économique sain, la nécessité de telles provisions ne semble pas se poser immédiatement dans le cas de l'asbl Smals: en effet, cette dernière peut toujours facturer à ses membres tous les frais encourus.

Des moyens de la sécurité sociale sont donc utilisés pour constituer auprès d'une asbl une forme de réserve budgétaire pour laquelle le budget des institutions ne contient aucune autorisation.

#### 4.4.3 Exonération de TVA

Les factures de l'asbl Smals adressées aux IPSS ne comportent pas de TVA, mais font référence à l'exonération prévue à l'article 44, §2, 1<sup>o</sup>bis, du Code de TVA. En vertu de cet article, les services fournis par une association de frais sont exemptés de la TVA.

Cette exonération est soumise à différentes conditions<sup>46</sup>. Elle s'applique, par exemple, uniquement aux services – la fourniture de biens étant uniquement autorisée dans la mesure où elle est clairement accessoire – et les services peuvent uniquement être destinés aux membres. Si tel n'est pas le cas, toutes les activités de l'association sont soumises à la TVA. Si les conditions posées sont remplies, l'exonération est applicable d'office: il n'est pas nécessaire d'obtenir à cet effet une autorisation ou une approbation auprès de l'administration de la TVA.

##### *Conséquences dans la pratique*

L'audit ne visait pas à examiner si les diverses conditions de l'exonération avaient été respectées à chaque facture adressée aux institutions. Il est plus important de souligner les conséquences pratiques de l'exonération. Bien qu'il n'y ait aucune relation formelle entre l'application de la loi relative aux marchés publics et la réglementation en matière de TVA, il existe bien un lien dans les faits.

<sup>45</sup> Source: comptes annuels 2007 de l'asbl Smals, tels que déposés auprès de la Banque nationale le 4 juillet 2008; les autres provisions s'élèvent à 3,5 millions d'euros pour le « passif social », à 2,3 millions d'euros pour « la centralisation des bâtiments » et à 0,2 million d'euros pour les litiges juridiques pendants.

<sup>46</sup> Voir à cet effet l'arrêté royal n° 43 du 5 juillet 1991 relatif à l'exemption de la taxe sur la valeur ajoutée concernant les prestations de services fournies à leurs membres par les groupements autonomes de personnes et la note n° 3 du 9 mai 1996 de l'administration de la TVA.

Si les IPSS devaient toujours faire appel au marché pour des services informatiques en l'absence d'une relation *in-house* avec l'asbl Smals, l'intérêt de l'obligation de recourir à cette procédure serait contrarié puisque l'asbl Smals jouit d'un avantage concurrentiel: en sa qualité de société de frais, elle n'est en principe pas tenue de facturer la TVA<sup>47</sup>.

Si les services prestés par l'asbl Smals en faveur des IPSS se situent hors du marché en raison de leur relation *in-house*, il s'avère que Smals doit conserver son statut d'association de frais afin de ne pas perdre l'avantage d'une exemption de TVA, même s'il peut être souhaitable pour diverses raisons d'abandonner le statut de la société de frais et de se tourner vers une autre forme de société<sup>48</sup>. L'assimilation à une relation *in house* ne modifie en réalité rien en ce qui concerne l'application de la réglementation en matière de TVA; en d'autres mots, il n'existe pratiquement aucune solution alternative pour éviter de payer la TVA sur les prestations fournies<sup>49</sup>. On ne sait trop pourquoi cette limitation réelle de la liberté de choix de la forme d'organisation doit être maintenue dans le cas de relations *in house*.

Cette remarque est encore renforcée par la constatation que l'administration de la TVA accepte d'abandonner l'obligation d'assujettissement à la TVA lorsque l'autorité publique confie la gestion d'une tâche de manière intégrale et exclusive à l'une de ses propres entreprises, ce qui suppose que l'autorité publique renonce au droit d'exécuter ladite tâche en régie ou en collaboration avec un tiers (il n'est pas satisfait à cette condition dans la relation entre l'IPSS et l'asbl Smals<sup>50</sup>). Selon ce point de vue, l'entreprise n'est plus considérée comme assujettie parce qu'elle a agi à la place de l'autorité publique<sup>51</sup>. Il ne semble pas exister d'objection à étendre ce raisonnement aux cas des relations *in house*.

#### 4.5 Conclusion intermédiaire

Outre les avantages intrinsèques de la collaboration (par exemple, économies d'échelle, échange de connaissances et d'expérience), l'élaboration et l'exécution d'un marché informatique peuvent être organisées de manière plus souple avec une entreprise propre, surtout dès lors qu'il ne faut pas tenir compte des limitations imposées par la loi relative aux marchés publics. Souvent, cette flexibilité constitue même une nécessité dans un contexte d'options de gestion régulièrement modifiées, de structures administratives importantes et, parfois, de marchés extrêmement complexes.

<sup>47</sup> La possibilité existe bien sûr d'une intervention en cas de distorsion grave de la concurrence. Il conviendra cependant d'utiliser la voie judiciaire: l'exonération est en effet acquise de plein droit par la simple satisfaction aux conditions fixées.

<sup>48</sup> L'extension de l'administration en ligne à la sécurité sociale peut exiger, par exemple, d'associer d'autres acteurs qui ne peuvent ou ne veulent adhérer à l'asbl.

<sup>49</sup> À cet égard, il est utile de signaler que les prestations facturées se composent en l'espèce pour une grande partie de salaires et d'allocations au personnel mis à la disposition des IPSS.

<sup>50</sup> Dans un contrat de gestion complet, l'obligation de recourir à un marché public serait d'ailleurs nulle car cette exception est expressément stipulée dans l'article 3, §2 de la loi relative aux marchés publics.

<sup>51</sup> L'administration de la TVA a adopté cette position en ce qui concerne les *intercommunales* (voir Parlement flamand, 2000-2001, n° 565/1, en particulier pages 9 et 86, et n° 565/2, pages 31-32, contenant des références à des notes antérieures. Cette position a été ensuite confirmée dans la décision n° E.T.111.073 du 6 septembre 2006). Les montants facturés ne seraient pas une rémunération pour des services rendus mais une simple intervention dans les frais de gestion.

Pourtant, la loi relative aux marchés publics comporte également certaines possibilités de mise en œuvre d'un projet informatique. Ces possibilités ne paraissent toutefois pas être exploitées, notamment en ce qui concerne les négociations et le délai d'exécution, et la procédure est parfois inutilement alourdie, en particulier pour ce qui est des critères auxquels les candidats ou les offres doivent satisfaire.

Dans le cadre d'une relation avec une association de frais propre, une justification maximale des tarifs demandés et des prestations exécutées est en outre attendue<sup>52</sup>. Une telle justification doit, en effet, contribuer à compenser le fait que les mécanismes correcteurs du marché n'entrent pas en jeu (en l'absence d'un marché public).

---

<sup>52</sup> Voir, par exemple, aussi : question du 9 novembre 2006, *Questions et réponses*, Sénat, 20 février 2007, p. 9.488.

## Chapitre 5

### Contrôle de la collaboration

---

Au moment de l'élaboration de la loi autorisant l'intégration de travaux informatiques dans la structure d'une asbl, aucune disposition particulière n'a été prévue en ce qui concerne le contrôle externe de la collaboration. Or, le Conseil d'État avait insisté sur la nécessité d'examiner de manière approfondie les conséquences éventuelles de cette option<sup>53</sup>. Le présent chapitre expose ces conséquences pour le contrôle tant au niveau des institutions que de l'asbl. Les principes généraux du contrôle externe sont chaque fois brièvement exposés avant de les appliquer à la situation existante.

#### 5.1 Contrôle au niveau des institutions

##### 5.1.1 Principe

Les ministres de tutelle (par le biais d'un commissaire du gouvernement) et la Cour des comptes, en tant qu'organe de contrôle du parlement, sont habilités à contrôler chaque dépense et recette dans le budget et la comptabilité des institutions publiques. Ils peuvent aussi notamment vérifier si l'exécution des marchés informatiques fait l'objet d'un suivi sérieux et examiner les accords conclus en la matière.

En principe, peu importe qu'il s'agisse d'un marché attribué à une entreprise dans laquelle une institution détiendrait une participation ou d'un marché attribué à un quelconque prestataire de services ou fournisseur: les deux catégories de dépenses des institutions sont soumises aux mêmes règles de contrôle externe.

##### 5.1.2 Application

Le principe précité figure également dans la réponse à une question parlementaire relative à la responsabilité ministérielle et au mode de contrôle des marchés confiés à l'asbl Smals. Le ministre des Affaires sociales avait répondu que les moyens financiers fournis par les IPSS à l'asbl pour l'exécution d'un marché font partie de leur budget «*et sont, dès lors, approuvés et utilisés dans le respect des règles normales de contrôle administratif et budgétaire de chaque institution publique de sécurité sociale*»<sup>54</sup>.

Pour l'exécution effective du contrôle, les IPSS sont tenues de fournir aux organes de contrôle externe «*toutes les pièces justificatives nécessaires et tous les renseignements utiles*»<sup>55</sup>. L'exécution de cette obligation se situe cependant dans un contexte tout différent selon que les contrats sont conclus avec une entreprise privée ou dans le cadre d'une collaboration au sein d'une association.

<sup>53</sup> Avis du Conseil d'État sur l'avant-projet de loi relative à l'autorisation pour les services publics fédéraux de s'associer en vue de l'exécution de travaux relatifs à la gestion et la sécurité de l'information, *Doc. parl.*, Chambre, 2000-2001, n° 1150/1, p. 5-9. Cet avis est également tout à fait pertinent pour l'asbl Smals, étant donné que l'autorisation d'association accordée aux IPSS a été fixée d'une manière identique dans l'article 17 bis de la loi relative à la Banque-carrefour.

<sup>54</sup> Question du 7 juin 2005, Questions et Réponses, Chambre, 9 août 2005.

<sup>55</sup> Voir notamment les articles 7 et 9 de l'arrêté royal du 22 juin 2001 fixant les règles en matière de budget, de comptabilité et de comptes des institutions publiques de sécurité sociale soumises à l'arrêté royal du 3 avril 1997 portant des mesures en vue de la responsabilisation des institutions publiques de sécurité sociale.

Dans ce dernier cas, il est en effet évident que la collaboration repose largement sur les connaissances, l'expérience et les initiatives de l'association, tant en ce qui concerne la gestion juridique et administrative de la collaboration que l'estimation budgétaire et le suivi des dépenses liées à un projet informatique. Toutefois, il en résulte que la plupart des informations justificatives ne sont, dans la pratique, disponibles qu'auprès de l'asbl et que les institutions doivent presque toujours les demander auprès de l'asbl lors d'un contrôle de leurs dépenses.

Bien qu'il ne s'agisse que d'un problème purement organisationnel, il ne faut pas sous-estimer son importance: les contrôles portant sur les marchés confiés par les institutions à l'asbl Smals sont dès lors beaucoup plus laborieux que ceux relatifs aux marchés attribués à d'autres prestataires de services. Quant à la solution alternative qui permettrait aux organes de contrôle de demander à l'asbl les pièces justificatives nécessaires ou de les consulter auprès de cette dernière, la base juridique requise est inexistante (voir ci-après: 5.2.2).

## **5.2 Contrôle au niveau de l'asbl**

### **5.2.1 Principes**

Dans la pratique, le contrôle externe du fonctionnement d'une entité autonome est chaque fois organisé d'une manière différente, au gré d'une évaluation, spécifique à chaque cas, du contexte factuel et juridique.

#### *Cadre factuel*

Pour évaluer la nécessité ou l'opportunité de réaliser un contrôle externe, il faut chaque fois mettre en balance des intérêts parfois fortement divergents.

Si on se place dans la perspective de la grande importance sociale des activités de l'entité autonome et de leur impact considérable sur les fonds publics, il est évident qu'un contrôle externe étendu doit être consacré à la régularité et à l'efficacité de ses opérations et qu'il convient de rendre compte de la stratégie suivie, des effets atteints et des coûts réalisés.

Si on se place dans la perspective où le législateur a confié les activités concernées à une entité autonome – éventuellement contraint par la libéralisation du marché – pour pouvoir les déployer à l'abri d'un droit de regard dans le fonctionnement interne, au sein d'un environnement concurrentiel, un contrôle externe étendu et une justification publique vont évidemment moins de soi.

#### *Cadre juridique*

Les possibilités d'organisation du contrôle diffèrent aussi selon que l'autorité décide de créer l'entité sous une forme de droit public ou de droit privé.

Si l'accent est mis sur un statut de droit public, comme tel est le cas des IPSS, l'autonomie de gestion est toujours assortie d'un contrôle administratif. L'autorité de contrôle reste compétente pour suspendre ou annuler les décisions de l'institution ou, par exemple, les soumettre à une approbation préalable dans le but de faire respecter la législation ou dans l'intérêt général.

Si l'accent se porte plutôt sur une forme d'association privée, comme une asbl, il est généralement admis que l'autorité doit éviter d'exercer sur cette association les formes de contrôle administratif classiques, sous peine de perdre les caractéristiques typiques normalement liées à une association ou une société privée. C'est la raison pour laquelle un contrôle spécifique est la plupart du temps organisé en tenant compte de la particularité de l'entité autonome.

### Exemples

Dans la pratique, il apparaît qu'en recourant aux formes de droit privé telles que les sociétés, les pouvoirs publics ont déjà organisé notamment les formes de contrôle spécifiques suivantes<sup>56</sup> :

- les résultats atteints et la situation financière doivent être communiqués périodiquement au gouvernement ;
- les procès-verbaux, la correspondance ou les documents doivent pouvoir être consultés par un ministre désigné, qui peut demander à l'administrateur délégué ou aux membres du conseil d'administration toutes les vérifications ou tous les éclaircissements jugés nécessaires ;
- certaines dépenses peuvent, à la demande expresse du parlement, être soumises à un audit financier ou à un examen de la régularité ou de l'efficacité par la Cour des comptes ;
- les systèmes de contrôle interne doivent régulièrement faire l'objet d'un audit par l'administration ;
- les comptes annuels, établis et approuvés selon les dispositions du droit des sociétés applicable doivent être soumis, en vue de leur contrôle, à un collège de commissaires, composé de réviseurs d'entreprises et de membres de la Cour des comptes.

### 5.2.2 Application

Contrairement aux exemples précités, aucune forme spécifique de contrôle externe n'est organisée en ce qui concerne le fonctionnement de l'asbl Smals. Par conséquent, ce contrôle reste limité, conformément aux règles générales de la législation sur les asbl, à une vérification des comptes par un réviseur d'entreprises<sup>57</sup>.

Pour obtenir des informations sur le fonctionnement de l'asbl, les ministres de tutelle des institutions (à l'exception du ministre des Affaires sociales, voir ci-dessous) et le parlement (y compris la Cour des comptes) sont donc tributaires des rapports faits aux comités de gestion des institutions ou des données mises à disposition par l'asbl de sa propre initiative (par exemple, la documentation figurant dans les rapports annuels et sur le site internet de l'asbl<sup>58</sup> ou les données contenues dans les comptes, tels que déposés auprès de la Banque nationale).

<sup>56</sup> Voir aussi (avec exemples) : échange de vues concernant le contrôle exercé par la Cour des comptes sur les entreprises publiques autonomes et les entreprises dans lesquelles l'État détient une participation, *Doc. parl*, Chambre 2002-2003, n° 2425/1.

<sup>57</sup> On remarquera que la surveillance exercée par les fonctionnaires dirigeants des institutions, qui sont en même temps administrateurs de l'asbl, n'équivaut pas à la forme de contrôle externe évoquée ici.

<sup>58</sup> Les rapports annuels et le site internet de l'asbl Smals s'avèrent d'ailleurs fournir des informations de base fiables et structurées de manière claire.

Il existe tout au plus un contrôle externe indirect exercé par le ministre des Affaires sociales et par le ministre du Budget, étant donné que deux des quatorze membres du conseil d'administration de l'asbl ont été désignés en tant que représentants de ces ministres. Ces représentants ne disposent toutefois pas d'un droit de veto ni d'instruments de contrôle administratif pour intervenir si nécessaire. C'est probablement la raison pour laquelle le ministre des Affaires sociales estime que «*la responsabilité pour l'adhésion à l'asbl incombe, en ce qui concerne les institutions publiques de sécurité sociale, au comité de gestion ou à la personne mandatée à cet effet par celui-ci*»<sup>59</sup>.

En outre, il n'est guère fait rapport aux comités de gestion des institutions – malgré leur responsabilité – au sujet de la collaboration avec l'asbl Smals, de sorte qu'aucune information n'est davantage fournie par cette voie aux ministres de tutelle des institutions, ni à la Cour des comptes.

### 5.3 Objet du contrôle

#### 5.3.1 Limites

L'objet éventuel du contrôle est double: les marchés exécutés par l'asbl et la relation d'affiliation avec l'asbl. Outre les engagements qui découlent de ses propres marchés confiés à l'asbl, chaque IPSS doit, en effet, aussi assumer en tant que membre (et parfois en tant qu'administrateur) les engagements que l'asbl contracte envers d'autres parties et supporter les risques financiers et opérationnels qui y sont liés.

Pour les raisons évoquées au point précédent, la Cour des comptes n'a pas la possibilité d'appréhender les risques de l'affiliation. Tel est, par exemple, le cas pour les investissements réalisés ou prévus, la couverture de la responsabilité de l'asbl et des administrateurs, les litiges pendants et l'impact des services fournis à des membres de l'asbl qui ne sont pas soumis au contrôle de la Cour des comptes, tels que les CPAS et les membres à statut privé (par exemple, l'asbl Egov et les fonds de sécurité d'existence). D'ailleurs, les documents publiés n'ont pas permis de dresser une liste de tous les membres affiliés à l'asbl.

Le choix de ne pas prévoir un contrôle externe supplémentaire du fonctionnement de l'asbl a également des conséquences sur le contrôle des marchés confiés à l'asbl par les IPSS. Les organes de contrôle externe des institutions ne sont en effet pas compétents pour vérifier les obligations, avantages, responsabilités ou garanties qui sont liés, dans le chef de l'asbl, à l'exécution d'un marché pour les institutions (voir exemples ci-après).

#### 5.3.2 Exemples

- L'asbl Smals fait appel à des sous-traitants pour de nombreux marchés des institutions. Il n'est pas possible d'examiner de quelle manière l'asbl suit ces contrats ni si elle respecte la législation, telle que la loi relative aux marchés publics. Il n'est pas non plus possible d'avoir des informations sur les garanties stipulées à cette occasion, sur le dénouement financier du contrat (comme les éventuelles clauses de pénalité ou de dédommagement – dus par le sous-traitant ou l'asbl) et sur la facturation de ces montants aux institutions en tant que maître d'ouvrage.

<sup>59</sup> Position prise par le ministre des Affaires sociales en réponse à la question parlementaire précitée (voir 5.1.2).

- En vertu du règlement de collaboration, les IPSS disposent d'un droit de propriété intellectuelle sur les applications informatiques développées pour elles par l'asbl. Il est peu probable que (des parties de) ces applications n'aient pas pu être utilisées par d'autres membres de l'asbl ou vendues à des tiers. Or, les comptes des IPSS n'ont pas permis de déduire avec certitude que, sur la base de ce droit de propriété intellectuelle, un avantage financier quelconque leur aurait déjà été reversé.
- L'asbl Smals intervient aussi comme intermédiaire pour mettre temporairement, à la disposition de ses membres, du personnel informatique prêté par des entreprises privées. Or, en vertu de l'article 17 bis de la loi relative à la Banque-carrefour, il ne peut être dérogé à l'interdiction de mise à disposition que pour le personnel propre de l'asbl.  
Il ne s'agit probablement pas d'une mise à disposition interdite, mais d'un prêt de personnel autorisé, dont les possibilités ont été fortement étendues à la suite des modifications apportées à la loi sur le travail temporaire. Cependant, cette présomption n'a pas pu être vérifiée, parce que les prestations facturées aux institutions ne fournissent pas suffisamment d'informations à cet effet et que les contrats conclus entre l'asbl Smals et les entreprises concernées n'ont pas pu être consultés.
- Il est évidemment utile de pouvoir aussi évaluer dans sa globalité la collaboration entre les IPSS et l'asbl Smals. Pour le présent audit, par exemple, il s'agissait d'examiner l'importance budgétaire globale des marchés confiés à l'asbl par les institutions et le nombre de cas de mise à disposition de personnel. Bien que ces données soient forcément disponibles directement auprès de l'asbl même, elles n'ont pu être reconstituées qu'en les demandant auprès de chaque institution séparément.

## 5.4 Constatations complémentaires

### 5.4.1 Attitude de l'asbl Smals

Étant donné que la Cour des comptes ne peut pas contrôler l'asbl Smals, elle rencontre des difficultés au niveau de l'organisation pratique d'un contrôle auprès des institutions (par exemple, pour la mise à disposition de documents; voir 5.1.2).

Toutefois, lors de l'annonce du présent audit, l'administrateur général de la Banque-carrefour a signalé qu'en sa qualité d'administrateur délégué de l'asbl Smals, il se tenait à la disposition de la Cour pour répondre à ses questions. En outre, il a été convenu au sein du collège des IPSS que les questions de la Cour seraient traitées de manière centralisée et que la réponse serait donnée par l'administrateur délégué de l'asbl Smals (mais sans que la Cour n'ait été associée à cette décision).

En dépit de cette attitude constructive, il n'a pu être donné de suite utile à ces deux initiatives. Il manque en effet un cadre qui détermine les conditions de toute contribution de l'asbl. Par conséquent, il aurait toujours persisté une incertitude quant aux circonstances dans lesquelles l'audit pouvait être exécuté (par exemple, l'ampleur du droit de regard auprès de l'asbl). En outre, le contenu du présent audit aurait aussi été différent si la (nature de la) collaboration avec l'asbl Smals avait été clairement connue préalablement (par exemple, examen des marchés sous-traités par la Smals).

#### 5.4.2 Modifications apportées à la législation

Le cadre légal de la gestion comptable et budgétaire des pouvoirs publics a été profondément remanié en 2003. Cette réforme a introduit le principe selon lequel les comptes des organismes publics créés par l'État ou qui en dépendent doivent être transmis à la Cour des comptes<sup>60</sup>.

La mesure dans laquelle cette obligation vaut également pour les sociétés ou les associations dans lesquelles les pouvoirs publics détiennent d'une manière ou d'une autre une participation n'apparaîtra clairement qu'après l'élaboration des arrêtés d'exécution nécessaires et l'entrée en vigueur effective de la loi. Il est probable que la création de ces sociétés ou associations, leur financement et la composition de leur conseil d'administration constitueront des critères décisifs. Dans cette hypothèse, le fonctionnement de l'asbl Smals sera vraisemblablement contrôlé dorénavant par la Cour des comptes.

#### 5.5 Conclusion intermédiaire

À l'instar du Conseil d'État, la Cour des comptes constate que, lors de la décision de ne pas prévoir de forme spécifique de contrôle par les autorités sur le fonctionnement de l'asbl, les conséquences concrètes de cette option n'ont pas été prises en compte. L'examen des conséquences d'une affiliation à l'asbl ne peut à présent être effectué que par les fonctionnaires dirigeants d'un certain nombre d'institutions et de services publics qui dirigent l'asbl.

Si les IPSS décrivent leur lien avec l'asbl comme s'il s'agissait de leur propre service informatique et considèrent dès lors que les marchés confiés à l'asbl sont gérés et suivis comme s'il s'agissait d'un marché interne, il ne devrait exister aucune objection à un droit de regard approfondi ou à une obligation de justification étendue. Tous les aspects liés à un marché informatique doivent pouvoir être suivis, tant du côté des institutions que de l'asbl.

Ce droit de regard ou cette obligation de justification devrait être précisé dans le règlement de collaboration et garanti, notamment à l'attention des membres du comité de gestion des institutions, des services des institutions chargés du contrôle interne ou de l'audit interne et des organes de contrôle externe.

Compte tenu des exemples précités (voir 5.3.2), une telle ingérence ne porte en soi pas atteinte à l'autonomie de gestion de l'asbl. Dans l'hypothèse d'une amélioration de la justification de la tarification et de la facturation des prestations de l'asbl (voir 4.3 et 4.4), les conséquences pratiques peuvent même en être limitées.

<sup>60</sup> Article 2, §3, de la loi du 22 mai 2003 modifiant la loi du 29 octobre 1846 relative à l'organisation de la Cour des comptes.

## Chapitre 6

### Conclusion générale et recommandations

---

La collaboration avec l'asbl Smals a prouvé son utilité par de nombreuses réalisations couronnées de succès. Il n'en faut pas moins rester attentif à la manière dont cette relation de collaboration est réglée. En effet, le fait «*qu'un maillon aussi important de notre système de sécurité sociale reste à ce point dans l'ombre constitue depuis longtemps un paradoxe et un objet d'étonnement*»<sup>61</sup>. Le Conseil d'État a lui aussi déjà insisté explicitement sur les conséquences de l'absence de dispositions légales régissant le contrôle par les autorités publiques et la répartition des coûts de fonctionnement de l'asbl Smals.

La Cour des comptes est de plus en plus souvent confrontée à ces conséquences lors de ses contrôles, à présent que les dépenses de fonctionnement informatiques augmentent fortement dans le cadre de l'*e-government*. En ce qui concerne les IPSS, ces dépenses ont été estimées, pour la période 2003-2007, à 737 millions d'euros, sans tenir compte des coûts afférents à leur propre personnel informatique ni de diverses dépenses indirectes. Près de deux tiers de ce montant était destiné à financer des services prestés par l'asbl Smals.

Les comités de gestion des institutions ne se prononcent toutefois que rarement sur les conditions des contrats conclus avec l'asbl Smals. Or, il apparaît que ces contrats concernent parfois des services qui n'ont plus qu'un lien très vague avec l'informatique. En outre, les dépenses ne sont guère explicitées dans le budget ou la comptabilité. Tant en droit que dans les faits, le contrôle de la collaboration avec l'asbl Smals relève pratiquement intégralement de la responsabilité de quelques fonctionnaires dirigeants qui sont administrateurs de l'asbl.

On s'attendrait pourtant à une justification étendue, tant parce que les marchés attribués à l'asbl Smals s'avèrent souvent d'une importance cruciale pour la gestion informatisée de la sécurité sociale qu'en raison du fait que les conditions du contrat ne font jamais l'objet d'un marché public et ne sont donc pas soumises aux mécanismes correcteurs du marché.

#### 6.1 Base des recommandations

Le concept d'une association appelée à réaliser des tâches informatiques et les avantages intrinsèques qui y sont liés (par exemple, la centralisation des connaissances et expériences, la flexibilité, les économies d'échelle) sont compromis si les marchés confiés à cette asbl publique doivent chaque fois constituer le résultat incertain d'une procédure de marché public. Mais il est tout aussi évident qu'en tant qu'entreprise comptant plus de 1.500 collaborateurs, l'asbl Smals évolue clairement sur le marché des services informatiques, auquel s'applique le principe de la libre concurrence.

L'équilibre dans ce champ de tension est recherché dans la jurisprudence de la Cour européenne de justice relative aux relations *in house*. Les marchés internes confiés à d'autres services au sein d'une même personne juridique ne doivent pas faire l'objet d'une procédure d'attribution. De la même manière, la Cour de justice accepte que cela s'applique aux marchés confiés à une autre personne juridique

---

<sup>61</sup> Discours prononcé par le ministre de la Sécurité sociale le 2 juin 1989 à l'occasion du cinquantième anniversaire de l'asbl Smals, *Revue belge de sécurité sociale*, 1990, n° 5, p. 285.

sur laquelle les pouvoirs publics conservent une prise considérable. La relation entre les IPSS et l'asbl Smals se rapproche très fort d'une telle relation *in house*, ce qui ressort principalement de leur position majoritaire au sein du conseil d'administration de l'asbl.

Toutefois, pour pouvoir invoquer cette exception à l'obligation de passer un marché public, la Cour de justice impose une condition de contrôle stricte. L'absence de transparence au sujet de la collaboration avec l'asbl Smals s'avère problématique à la lumière de cette obligation de contrôle. Pour autant que la Cour des comptes ait pu le vérifier, la gestion de l'asbl n'explique pourtant pas cette lacune. Ainsi, il apparaît que des contrats récents portant sur des projets importants ont été élaborés avec un grand sérieux et que – d'après les factures adressées aux institutions – la comptabilité de l'asbl Smals permet de répartir et d'attribuer les coûts de fonctionnement de l'asbl de manière détaillée.

## 6.2 Principales recommandations

Dans l'optique précitée, les lacunes au niveau du contrôle et de la transparence nécessitent une décision de principe relativement facile à prendre pour renforcer le lien avec l'asbl Smals. Une telle décision ne requiert pas une initiative législative ou ministérielle: des initiatives propres des IPSS suffisent pour autant qu'elles soient activement soutenues par le conseil d'administration de l'asbl Smals.

Concrètement, les mesures suivantes sont recommandées :

- a. Dans le budget et dans les comptes, les dépenses consacrées à l'asbl Smals sont distinguées de toutes les autres dépenses informatiques. Le commentaire explicatif du budget et des comptes ou un rapport d'activités annuel distinct de l'asbl Smals dresse un état des lieux des principaux projets en cours (coûts et degré d'avancement) et donne un aperçu du rapport entre les coûts de développement et les coûts de maintenance, eu égard à la proportion importante de ceux-ci dans le montant total des dépenses de fonctionnement.
- b. Les coûts facturés peuvent être identifiés et vérifiés grâce à un accès direct au système de comptabilité des coûts de l'asbl Smals. Les services comptables de chaque IPSS disposent des informations nécessaires permettant d'établir un lien entre le décompte définitif des services prestés et les avances déjà versées. En outre, les directives nécessaires sont élaborées pour garantir que les pièces justificatives relatives aux dépenses effectuées (par exemple, contrats modifiés) puissent être facilement consultées par les organes de contrôle internes et externes.
- c. La structure tarifaire de l'asbl Smals et les résultats du parangonnage peuvent être consultés par les membres du comité de gestion. Leur approbation de la structure tarifaire permet de renforcer davantage la collaboration in-house.
- d. Le règlement de collaboration avec l'asbl Smals est modifié ou complété sur les points suivants:
  - la clause standard subordonnant les modifications d'un marché à l'accord préalable des deux parties est nuancée;
  - les membres du comité de gestion et les organes de contrôle reçoivent un droit de regard sur les obligations, avantages, responsabilités ou garanties liées, dans le chef de l'asbl, à l'exécution d'un marché pour l'institution concernée.

- e. Le comité de gestion est informé des droits de propriété intellectuelle existant sur les applications informatiques développées pour l'institution, y compris le contrôle y afférent et le décompte des avantages financiers qui y sont liés.
- f. Dans la mesure où des moyens sont mis à la disposition de l'asbl Smals pour couvrir le risque de surcoûts estimés à un montant insuffisant, cette pratique et le mode d'imputation des opérations y afférentes reposent sur une décision de la Commission de normalisation de la comptabilité des institutions publiques de sécurité sociale.
- g. Les compétences du fonctionnaire dirigeant en ce qui concerne la collaboration avec l'asbl Smals sont explicitement définies par chaque comité de gestion dans le règlement d'ordre intérieur, tant pour ce qui est de la conclusion des contrats que de la relation d'affiliation (par exemple, acceptation des modifications apportées aux statuts). À cette occasion, ce règlement est aussi mis en concordance avec les prescriptions spécifiques applicables à la délégation de pouvoirs dans le cadre de l'attribution et de l'exécution de marchés publics.
- h. La participation des institutions qui ne sont pas représentées au sein du conseil d'administration de l'asbl Smals est garantie via le collège des IPSS, ce qui est précisé dans les statuts de l'asbl ou dans le règlement de collaboration (par exemple, intervention du collège en cas de litige entre une institution et l'asbl).
- i. L'asbl Smals se voit aussi confier un rôle de «*centre d'expertise*» pour la conception technique de projets informatiques et l'accompagnement juridique des procédures de marché public. Ce rôle spécifique est aussi inscrit dans le règlement de collaboration, de manière à ce que l'attribution de l'exécution proprement dite du marché à un autre prestataire de services ne puisse pas résulter d'un manque de loyauté à l'égard de l'asbl. Cette précision permet en outre de confirmer le principe de libre choix du prestataire de services informatiques préconisé par le législateur.
- j. En marge et dans le prolongement de ce qui précède, les références aux procédures «*lourdes*» de la loi relative aux marchés publics figurant dans la partie introductive du règlement de collaboration sont supprimées ou précisées. En effet, la loi prévoit aussi plusieurs garanties et possibilités pour les marchés informatiques, et quelques modifications récentes ont été apportées en vue d'assouplir la procédure (par exemple, en matière de publicité et de sélection).
- k. Au sein du collège des IPSS, il est dressé une liste commune des qualifications ou fonctions spécifiques qui entrent en considération pour une mise à disposition de travailleurs par l'asbl Smals; cette liste est soumise à l'approbation de chaque comité de gestion.
- l. Un rapport d'activités est soumis chaque année au comité de gestion de chaque IPSS; il contient au moins un relevé des projets globaux ou communs exécutés par l'asbl Smals pour les IPSS, ainsi que des flux financiers y afférents. Ce rapport comprend aussi une liste actualisée et exhaustive des membres affiliés à l'asbl, de manière à pouvoir tenir compte indirectement des risques et des opportunités liés à cette affiliation.

### 6.3 Résultats de la procédure contradictoire

Un avant-projet de rapport d'audit a été transmis le 26 juin 2008 à chacun des fonctionnaires dirigeants des IPSS. Par lettre du 12 septembre 2008, ils ont fourni une réponse commune après délibérations au sein du Collège des IPSS.

Au nom de toutes les IPSS, le président du Collège signale que les IPSS «saluent l'analyse de la Cour des comptes» qui leur apporte «une base complémentaire très solide» et «renforce la sécurité juridique» de leur collaboration avec l'asbl Smals. À cet égard, il convient également de constater que le Collège des IPSS souscrit explicitement à chacune des douze recommandations de la Cour des comptes.

La réponse souligne en outre la pertinence des conclusions de l'audit aux sujet des conditions contractuelles, de la tarification, de la facturation, de la comptabilité et du budget et, sans toucher à leur essence, elle détaille le cadre factuel de quelques constatations en matière de gestion (notamment en ce qui concerne la problématique du transfert des services de soin de première ligne, les provisions, les clauses pénales et les droits de propriété intellectuelle).

La Cour des comptes relève que la réponse énumère aussi quelques mesures qui, en tant que telles, ne faisaient pas l'objet d'un constat ou d'une recommandation. Il s'agit avant tout de modifications de la gestion administrative et comptable de l'asbl Smals. Ces mesures sont bien entendu pertinentes dans le cadre du présent rapport pour autant qu'elles produisent directement un impact sur la gestion des IPSS.

Par lettre du 4 mars 2009, le rapport d'audit a été transmis aux différents ministres de tutelle des IPSS. Aucune lettre n'a reçu de réponse.

## Annexe 1: La relation contractuelle avec l'asbl Smals

---

### Constatation

Le fonctionnement d'une grande association ne permet pas à un membre d'exiger unilatéralement l'exécution d'un service. Les services de l'asbl Smals sont dès lors fixés dans un accord, concrétisé sous la forme de «modalités de collaboration particulières», décrivant tous les éléments essentiels d'un marché (par exemple, l'objet, le prix et le calendrier) et d'un «règlement de collaboration», fixant les conditions communes pour tous les marchés (par exemple, le règlement des litiges éventuels).

Par conséquent, tous les éléments sont réunis pour présumer que les services sont fournis sur la base d'un contrat impératif conclu entre des personnes juridiques distinctes<sup>62</sup>. Le règlement de collaboration et les modalités de collaboration particulières étaient encore dénommés, jusqu'il y a environ dix ans, respectivement «*contrat de base*» et «*contrat spécifique*»<sup>63</sup>.

Cependant, l'asbl Smals et les institutions publiques de sécurité sociale rejettent à présent dans leur règlement de collaboration actuel l'existence d'une relation contractuelle. Elles considèrent que la prestation de services repose uniquement sur une relation d'affiliation autorisée par la loi.

### Importance

Les marchés pour lesquels l'autorité conclut un contrat sont, en principe, régis par les prescriptions de la loi relative aux marchés publics. L'article 5 de cette loi définit en effet un marché public comme étant «*un contrat à titre onéreux*» conclu entre un entrepreneur, un prestataire de service ou un fournisseur, d'une part, et un pouvoir adjudicateur, d'autre part.

Il peut être déduit de cette définition que les services fournis en exécution d'une obligation unilatérale et non d'un contrat ne sont pas soumis à l'obligation de mise en concurrence. Tel est notamment le cas si une loi ou une disposition de droit administratif impose à un organisme d'exécuter certaines tâches.

La question se pose donc de savoir si l'on peut affirmer ici qu'il n'est pas conclu de contrat pour un marché public, parce que la collaboration avec l'asbl Smals est prévue légalement à l'article 17bis de la loi relative à la Banque-carrefour (une «*relation d'affiliation autorisée par la loi*»).

---

<sup>62</sup> Par contre, s'il s'agissait d'un accord entre parties non distinctes sur le plan juridique, comme deux sections d'un même organisme public, cet accord ne constituerait pas un contrat.

<sup>63</sup> L'absence de négociation, dans la pratique, des dispositions du règlement de collaboration est propre au fait qu'il s'agit de conditions générales et ne porte, en soi, pas atteinte au caractère contractuel de celui-ci. Pour les autres contrats également, comme les contrats de vente ou d'assurance, il existe une distinction similaire entre les conditions générales et les conditions spécifiques.

## Conséquences

La position défendue par l'asbl Smals et les institutions publiques de sécurité sociale implique que le fait de détenir une participation – même minoritaire – dans une association ou une entreprise suffit pour ne pas (plus) devoir appliquer une procédure de marché public pour confier les marchés à cette entreprise, à la seule condition que cette participation ait été explicitement autorisée dans une disposition légale ou réglementaire.

De cette manière, le principe de libre concurrence et les dispositions de la loi relative aux marchés publics pourraient être facilement mis hors jeu. Il n'apparaît pas davantage clairement pourquoi, alors, l'article 3, §2, de la loi relative aux marchés publics contient uniquement une exception beaucoup plus stricte à l'obligation de passer un marché public, à savoir si le prestataire de services bénéficie d'un droit exclusif « *en vertu de dispositions législatives ou réglementaires publiées et conformes au traité instituant la Communauté européenne* ».

Rien que les conséquences précitées indiquent déjà qu'il ne peut pas être admis que l'application de l'obligation de passer un marché public dépend uniquement de l'existence ou non d'une autorisation légale d'affiliation.

## Analyse

Il n'est évidemment pas question d'un marché public si l'exécution d'une tâche déterminée ne repose pas sur une base contractuelle mais sur une base légale<sup>64</sup>. En l'occurrence, cependant, le principe est appliqué de manière inverse: l'existence d'une disposition légale réglant la collaboration aurait tout simplement pour effet qu'aucun contrat ne peut plus être conclu à cet égard.

Or, la collaboration avec l'asbl Smals comporte deux éléments distincts: les marchés pour l'exécution d'un service, d'une part, et l'affiliation à l'asbl, d'autre part (faisant l'objet d'une autorisation légale). Le lien entre ces deux éléments réside uniquement dans le fait que seuls les membres de l'asbl peuvent faire appel à ses services.

L'affiliation n'entraîne, pour les institutions publiques de sécurité sociale, aucune obligation d'octroyer les marchés informatiques à l'asbl. Cette dernière est néanmoins tenue d'accepter les marchés. Outre l'affiliation, la prestation de services suppose donc aussi l'existence d'un accord mutuel, qui, comme démontré plus haut, satisfait à toutes les exigences d'un contrat. À titre d'exemple, il peut être mentionné que les « modalités de collaboration » prévoient un délai de résiliation et que le « règlement de collaboration » contient même une clause de pénalité (limitée) si les institutions payent tardivement les factures à l'asbl.

L'existence d'une disposition légale en la matière ne fait aucune différence. L'article 17bis de la loi relative à la Banque-carrefour contient uniquement une habilitation ou une autorisation explicite de l'affiliation<sup>65</sup>. La loi n'impose aucune obligation quant à l'attribution des marchés informatiques à l'asbl et ne prévoit pas davantage les conditions dans lesquelles les marchés doivent être exécutés. Sous cet angle également, il demeure donc nécessaire de conclure un contrat.

<sup>64</sup> Voir aussi le huitième considérant de la directive 92/50/CEE du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de service.

<sup>65</sup> Une telle autorisation est estimée nécessaire pour légitimer démocratiquement un transfert éventuel de compétences à une société ou association privée ou, plus généralement, pour permettre au législateur de d'abord examiner la portée et l'opportunité d'une participation ou d'une affiliation.

Enfin, la qualification comme contrat ne dépend pas de la manière dont les accords conclus sont dénommés. Néanmoins, la terminologie utilisée (« règlement ») suscite l'impression qu'il ne s'agit pas d'un contrat ayant un caractère contraignant.

### **Exception**

Bien que l'existence d'un contrat semble automatiquement mener à l'obligation d'appliquer les règles des marchés publics, la jurisprudence admet une exception en fonction du lien existant entre les parties concernées.

La jurisprudence constante de la Cour européenne de justice admet que des parties peuvent, en tant que personnes juridiques distinctes, être tellement liées entre elles qu'il ne soit pas nécessaire de soumettre les tâches qu'elles se confient mutuellement à une concurrence obligatoire. Leur relation est alors assimilée, par exception, à une relation *in house*, comme s'il s'agissait de l'attribution d'une mission au sein d'une même personne juridique (pour laquelle il n'existe pas d'obligation de passer un marché public).

Le chapitre 3 analyse les conditions strictes et les motifs de l'assimilation et examine si les marchés confiés à l'asbl Smals relèvent de cette exception.

### **Conclusion**

En cas de litige éventuel porté devant les instances judiciaires, l'argument selon lequel la prestation de services assurée par l'asbl Smals ne repose pas sur un contrat mais uniquement sur une affiliation autorisée par la loi ne suffira probablement pas pour justifier le fait qu'aucune procédure de marché public n'a été appliquée.

L'obligation de passer un marché public pourrait toutefois compromettre sérieusement le mode de collaboration actuel, voire la survie de l'asbl Smals. Néanmoins, le lien étroit existant entre les institutions publiques de sécurité sociale et l'asbl Smals pourrait servir d'argument pour justifier l'assimilation à une relation *in house*. Il convient cependant de prendre en priorité certaines précautions afin qu'il soit effectivement satisfait aux conditions strictes de cette exception : en cas de litige, les institutions devront, en effet, prouver elles-mêmes l'existence de cette relation.

## **Annexe 2: Réaction du Collège des institutions publiques de sécurité sociale (traduction)**

---

M. Vanstapel  
Premier Président de la Cour des comptes  
M. Van Ingelgem  
Greffier en chef de la Cour des comptes  
Rue de la Régence 2  
1000 Bruxelles

Bruxelles, le 12 septembre 2008

Messieurs,

*Objet : Avant-projet de rapport « Informatique des pouvoirs publics – La collaboration avec l'asbl Smals »*

*Réf. : CIS/SCT/2008/080908*

En réponse à votre courrier du 26 juin 2008, par lequel vous nous avez envoyé l'avant-projet de rapport précité, j'ai l'honneur, au nom de toutes les institutions publiques de sécurité sociale ayant reçu l'avant-projet de rapport, de vous transmettre les remarques formulées ci-dessous. Celles-ci ont été examinées et approuvées par le collège des institutions publiques de sécurité sociale lors de sa réunion du 12 septembre 2008.

### **1. Introduction**

L'asbl Smals est une forme spécifique d'organisation des pouvoirs publics qui a été créée dans un contexte spécifique, de nombreuses années avant qu'il soit question de la législation relative aux marchés publics. En raison de l'importance de la collaboration, le législateur est intervenu à plusieurs reprises au fil des ans pour donner une assise légale à ce modèle spécifique<sup>66</sup>.

Dans le cadre du plan de modernisation de la sécurité sociale, de l'avènement de l'e-government et, globalement, des exigences croissantes des entreprises et des citoyens à l'égard des pouvoirs publics, les attentes par rapport aux technologies de l'information et de la communication sont de plus en plus importantes et complexes. Dans ce contexte, l'importance de l'asbl Smals a considérablement augmenté en termes absolus.

---

<sup>66</sup> Voir notamment l'article 2 de la loi du 14 juillet 1961 modifiant et complétant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs et portant modification de la loi du 16 mars 1954, l'article 13 de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs et l'article 39ter de la même loi, tel qu'inséré par l'arrêté royal n° 532. Cependant, toutes ces dispositions ont été abrogées entre-temps et remplacées par l'article 17bis de la loi du 15 janvier 1990 relative à l'institution et à l'organisation d'une Banque-carrefour de la sécurité sociale.

Dans l'avant-projet de rapport, les institutions publiques de sécurité sociale retiennent surtout le souci de la Cour de voir s'organiser un contrôle qui, d'une part, reflèterait l'importance croissante du modèle et, d'autre part, satisferait aux critères utilisés par la Cour européenne de justice pour autoriser pareille construction.

Les membres de l'asbl Smals souhaitent évidemment mettre en place un niveau adéquat de contrôle et de transparence, tout en évitant, comme le souligne elle-même la Cour, de perdre les caractéristiques typiques liées à une association de droit privé. La Smals a, de sa propre initiative, déjà consenti des efforts importants à cet effet ces dernières années. Le maintien de l'efficacité et de l'efficience constituent à cet égard une donnée importante.

Les institutions publiques de sécurité sociale saluent l'analyse de la Cour en ce qui concerne la « construction *in house* » en tant que base juridique pour le modèle de collaboration. Cette analyse vient utilement compléter le raisonnement suivi jusqu'à présent, à la pleine portée de laquelle la Cour ne peut toutefois pas souscrire entièrement, comme elle le mentionne dans son avant-projet. Il semble, en tous cas, évident que l'analyse de la Cour, qui se fonde sur la jurisprudence constante de la Cour européenne de justice, offre une base complémentaire très solide. Les institutions publiques de sécurité sociale souhaitent se conformer aux critères utilisés par la Cour de justice. Elles estiment, en effet, que leur respect permettra de renforcer la sécurité juridique quant à la non-applicabilité de la législation des marchés publics aux relations entre la Smals et ses membres, et ce davantage que la simple base juridique utilisée jusqu'à présent.

## **2. Remarques marginales au sujet des chapitres 1 à 5 de l'avant-projet de rapport**

Les institutions publiques de sécurité sociale ont souhaité, lorsque cela s'est avéré nécessaire, formuler ci-dessous des précisions, des commentaires ou des remarques au sujet du rapport de la Cour.

- a. En ce qui concerne la volonté de l'association d'accepter des marchés (page 13, dernier paragraphe, de l'avant-projet de rapport), aucun marché n'est refusé, dans la pratique, sauf dans les cas où l'association n'est pas en mesure de les exécuter à des conditions conformes au marché et d'offrir suffisamment de garanties au niveau de la qualité.
- b. Eranova et Bucom (page 16, dernier paragraphe, de l'avant-projet de rapport) constituent effectivement de bons exemples de la difficulté d'opérer une distinction entre la prestation de services informatiques et la prestation d'autres services. Le bureau Eranova est essentiellement chargé de résoudre les difficultés d'accès (mots de passe, identification des utilisateurs), de recevoir les appels en cas de dérangement technique éventuel et de fournir une assistance lorsque l'utilisateur rencontre des difficultés. Pour chaque trajet de changement, il est indispensable de disposer d'une communication correctement planifiée, et les modifications d'applications importantes de l'e-government ayant un impact sur des milliers d'utilisateurs nécessitent une approche spécialisée accompagnée de campagnes d'information adaptées. Eranova et Bucom permettent clairement de réaliser des économies d'échelle, étant donné que de nombreux problèmes d'utilisateurs sont communs aux différentes applications, que les périodes d'affluence peuvent être mieux gérées et que l'infrastructure est partagée entre plusieurs *helpdesks*. L'assistance téléphonique assurée par Eranova est toujours complétée par une assistance de deuxième et de troisième

ligne prévue par les institutions mêmes. En outre, Eranova fait office, dans un certain nombre de cas, d'*overflow* lorsque l'assistance de première ligne d'une institution membre n'est pas capable de faire face à l'affluence d'appels. En plus de répondre aux appels, Eranova, en tant que centre d'expertise, fournit également des prestations de consultance lors de l'ouverture de centres de contact par les institutions publiques de sécurité sociale et met à disposition une infrastructure partagée, qui sert de plate-forme pour ces centres. En ce sens, Eranova et Bucom jouent, par leur appui, un rôle essentiellement complémentaire à l'assistance de première, de deuxième et de troisième ligne fournie par les institutions aux assurés sociaux et aux entreprises.

- c. Par conséquent, la Smals ne vise pas un transfert poussé de tâches purement administratives ou de l'assistance de première ligne (page 17, premier paragraphe, de l'avant-projet de rapport), et ce procédé n'est pas appliqué de manière substantielle dans la pratique.
- d. De même, lorsque des travailleurs sont mis à disposition, l'objectif est de soutenir des missions de gestion de l'information et les chiffres cités (page 17, quatrième paragraphe, de l'avant-projet) ne semblent pas concorder avec la réalité dans la mesure, du moins, où ils ne se basent pas sur une interprétation trop stricte d'après nous.
- e. Compte tenu des évolutions présentées ci-dessus, qui entraînent souvent de nouveaux besoins spécifiques, difficilement intégrables dans un cadre réglementaire, les institutions publiques de sécurité sociale souscrivent à la nécessité d'une certaine souplesse pour déterminer ce qui est possible et nécessaire pour bien soutenir la gestion de l'information. A cet égard, la mission de l'association reste limitée au soutien. La mise à disposition de qualifications et de fonctions spécifiques requiert une méthode permettant de suivre les évolutions de manière dynamique.
- f. Les institutions publiques de sécurité sociale saluent l'analyse développée par la Cour au chapitre 3 de son avant-projet de rapport concernant la prestation de services «*in house*». Il s'agit d'un complément pertinent à la base juridique déjà existante en l'article 17bis de la loi du 15 janvier 1990 relative à l'institution et à l'organisation d'une Banque-carrefour de la sécurité sociale.

Il ne fait, cependant, aucun doute que tant les institutions publiques de sécurité sociale que l'association ont tout intérêt à exploiter pleinement la force de l'argument et de réduire au maximum tous les risques d'éventuelle évaluation négative des divers critères.

Depuis quelques années, le contrôle exercé par le conseil d'administration sur le fonctionnement de l'absl repose sur un fondement solide. Le comité stratégique a été créé et s'est vu confier les tâches suivantes :

- élaboration d'une proposition d'objectifs stratégiques à l'attention du conseil d'administration ;
- approbation des objectifs opérationnels ;
- détermination des instruments de gestion pour le suivi de la réalisation des objectifs stratégiques et opérationnels ;
- élaboration d'un rapport annuel au conseil d'administration au sujet du degré de réalisation des objectifs stratégiques et, le cas échéant, formulation de propositions d'adaptation afin d'atteindre les objectifs stratégiques.

Il convient de trouver dans ce cadre une solution adéquate pour les membres qui ne participent pas directement à la gestion. Une initiative en ce sens pourrait être proposée au gouvernement en vue de confier une mission légale en la matière au collège des institutions publiques de sécurité sociale.

- g. Vu la composition du conseil d'administration de l'asbl Smals, il ne fait aucun doute que les membres de l'association disposent d'une influence déterminante à tous les niveaux (bas de la page 24 de l'avant-projet de rapport). Il convient d'ajouter que la gestion journalière a également été confiée à un représentant des membres. En effet, cette tâche a été dévolue à l'administrateur délégué.
- h. Les institutions publiques de sécurité sociale souscrivent aux considérations critiques formulées par la Cour au sujet de la flexibilité requise (page 28, point 4.1.1 de l'avant-projet de rapport). La situation présentée par la Cour est caractéristique de la pratique actuelle, alors que les documents mis à disposition ne le sont pas. Les institutions publiques de sécurité sociale préfèrent naturellement cette situation plutôt que l'inverse, mais les initiatives nécessaires seront prises pour adapter ces documents pertinents en fonction de la pratique.
- i. Il pourrait être conféré à l'association un rôle en tant que centre d'expertise dans le cadre des procédures d'adjudication ou des marchés publics en général sans pour autant porter préjudice à sa mission sociale. En effet, l'association applique depuis plusieurs années déjà des procédures strictes pour le choix de ses fournisseurs et l'attribution de ses marchés. Cette expérience lui a, toutefois, appris qu'une application correcte des procédures requiert un investissement substantiel en personnel et qu'il ne faut sous-estimer ni les efforts ni le délai d'exécution nécessaires. Une mission de centre d'expertise confiée à l'association permettra peut-être aux institutions publiques de sécurité sociale d'explicitier les coûts de procédure – souvent implicites actuellement. Depuis quelques années, la Smals veille à attribuer le plus souvent possible les marchés publics sous la forme de contrats-cadres de manière à ce que ses membres puissent aussi y avoir recours de manière optimale. En outre, le conseil d'administration de la Smals est systématiquement informé des marchés attribués, des procédures en cours et des procédures qui seront entamées. Une réglementation détermine les décisions en la matière qui relèvent de la compétence du conseil d'administration. Elle est appliquée rigoureusement.
- j. En ce qui concerne l'analyse relative au prix fixe (point 4.3.1, pages 31 et 32 de l'avant-projet de rapport), les institutions publiques de sécurité sociale ne peuvent suffisamment souligner qu'il existe une différence fondamentale entre les « tarifs » ou les « prix », d'une part, et les « coûts » ou « prix coûtants », d'autre part. Les tarifs et prix doivent être considérés comme résultant d'une décision libre de l'association, alors que les coûts et prix coûtants constituent une conséquence inévitable de la structure de coûts et des dépenses réelles. Cette distinction est la plus visible au niveau du résultat de l'association. Si l'on utilise des tarifs ou des prix, l'association aura nécessairement un résultat positif ou négatif. Si l'on travaille à prix coûtant (coûts), le résultat de l'entreprise doit, par définition, être égal à ZÉRO. Cependant, des décisions restent à prendre quant à la manière de déterminer, suivre et facturer ces coûts, et c'est là qu'apparaît de toute façon un certain parallélisme avec la fixation de prix ou la tarification.

L'équilibre complet entre les dépenses et les recettes finales est garanti, sans requérir d'analyse supplémentaire, par le contrôle externe exercé par le commissaire-réviseur d'entreprises. Des discussions plus détaillées pourraient éventuellement permettre d'affiner les mécanismes de répartition et d'imputation, ce qui pourrait avoir un impact sur les coûts facturés à chaque institution publique de sécurité sociale, mais pas sur l'ensemble.

La préoccupation de la Cour des comptes visant à permettre aux organes des institutions publiques de sécurité sociale d'appréhender le mode de calcul des coûts pourrait être rencontrée à l'aide des notes relatives aux méthodes «*Activity based costing*» et aux calculs de coûts, telles qu'elles sont actuellement transmises chaque année aux organes de l'association. Il nous semblerait, cependant, opportun de dorénavant également soumettre ces documents au collège des institutions publiques de sécurité sociale et de les tenir à la disposition des comités de gestion des différents membres, moyennant la garantie du respect de la confidentialité à l'égard des entreprises informatiques commerciales.

- k. Les membres et l'association se sont déjà penchés à plusieurs reprises sur la problématique de la caution ou des clauses de pénalité (page 33, point 4.3.3 de l'avant-projet de rapport) et ont toujours abouti à la conclusion que ces mécanismes sont difficilement conciliables avec le principe des travaux à prix coûtant. En effet, chaque coût financier, chaque pénalité, reviendrait quand même à la charge des institutions publiques de sécurité sociale par l'application du mécanisme de répartition des coûts. Inversement, il a été constaté qu'il n'existe aucune administration publique qui – en cas de difficultés – peut intervenir avec autant de poids dans le fonctionnement de son «fournisseur», que ce soit pour aider à résoudre le problème ou pour prendre des mesures structurelles en vue d'apporter une amélioration. Cet impact compense largement l'absence de caution et de clauses de pénalité.
- l. En ce qui concerne les paiements anticipés (pages 33 et 34, point 4.4.1 de l'avant-projet de rapport), les institutions publiques de sécurité sociale souscrivent à la préoccupation de la Cour concernant la transparence en la matière. Les mesures nécessaires ont été prises pour informer les institutions publiques de sécurité sociale des prestations faisant l'objet d'avances, et ce par le biais de notes de frais spécifiques qui indiquent les frais encourus et les informations relatives à l'imputation de ces avances.
- m. Pour ce qui est de la constitution de provisions (page 34, point 4.4.2 de l'avant-projet de rapport), les institutions publiques de sécurité sociale confirment qu'aucune difficulté fondamentale ne s'est encore posée à ce jour qui aurait pu compromettre le fonctionnement de l'association ou le leur. La constitution de provisions constitue plutôt un acte de bonne gestion vu la nature des risques, l'ampleur de l'ensemble des opérations de l'association et les coûts considérables liés à la rénovation des applications «*legacy*». L'association mettra tout en œuvre pour éviter de telles difficultés, mais la non-constitution de provisions ou la constitution de provisions trop peu élevées serait considéré, en cas de problème, comme un manque de prévoyance et pourrait provoquer des fluctuations importantes des coûts. La constitution de provisions a été expressément recommandée par le commissaire-réviseur d'entreprises et tant leur constitution que leur utilisation font l'objet d'un contrôle par le conseil d'administration de la Smals et par le commissaire – réviseur d'entreprises externe. La législation sur les asbl prévoit, d'ailleurs, des limitations importantes en ce qui concerne la constitution de provisions.

- n. Il est exact qu'en dehors des mécanismes de développement commun déterminés préalablement, aucun droit de propriété intellectuel n'est facturé aux institutions publiques de sécurité sociale si elles réutilisent des services déjà facturés. C'est la raison pour laquelle les comptes des institutions publiques de sécurité sociale ne font pas non plus apparaître ces droits. En outre, sur la base du principe d'une association de partage des coûts ayant un résultat final égal à ZÉRO, une facturation éventuelle devrait, par définition, profiter aux membres de l'association. Cependant, s'il est clairement établi préalablement qu'un logiciel sera utile pour plusieurs institutions, les coûts sont naturellement partagés.

### 3. Remarques sur le chapitre 6 'Conclusion générale et recommandations'

- a. La recommandation formulée au point a. de l'avant-projet de rapport peut être globalement suivie. Dans la plupart des institutions publiques de sécurité sociale, le budget et les comptes distinguent déjà clairement les dépenses relatives à l'asbl Smals. Un commentaire distinct peut être formulé au sujet de l'état des lieux des principaux projets en cours (coûts et degré d'avancement). Un aperçu peut être donné du rapport entre les coûts de développement et les coûts de maintenance et, par extension, les coûts d'exploitation qui, globalement, représentent une part plus importante que les coûts de maintenance proprement dit. Cependant, l'attention est attirée sur le fait que les projets spécifiques ne sont pas toujours entièrement connus ni prévus au moment de la confection du budget et qu'une certaine flexibilité reste une exigence absolue en la matière.
- b. En ce qui concerne la recommandation figurant au point b, il peut être mentionné que, depuis le mois de janvier 2007, la Smals utilise un logiciel intégré pour tenir la comptabilité générale et analytique et assurer la facturation et la gestion des projets financiers. L'ensemble des informations financières sont intégrées – clients, fournisseurs, immobilisations, grand-livre, modalités de collaboration particulières, projets, facturation, chiffre d'affaires, avances, budget. Tous les enregistrements comptables et toutes les modifications apportées par un utilisateur dans le logiciel financier sont indiqués dans un journal des modifications. Outre la chronologie des modifications apportées dans chaque champ, le nom de l'utilisateur concerné est également mentionné. La facturation est effectuée à l'aide du module de projet et mentionne, depuis 2008, non seulement les données légales, mais, aussi, toujours les modalités fixées (modalités de collaboration particulières) et l'ensemble des prestations enregistrées, qui sont valorisées sur la base des prix unitaires approuvés par le conseil d'administration. Cette méthode est également appliquée depuis 2008 pour assurer le suivi des avances facturées. A cet égard, le solde en souffrance est mentionné lors de chaque décompte intermédiaire. Les prestations individuelles des collaborateurs de la Smals sont enregistrées quotidiennement sur les codes de projets. Une modalité de collaboration spécifique est disponible pour chaque code de projet, laquelle décrit les tâches et les chiffres. Le code du projet est utilisé comme clé unique pour la tenue à jour du budget disponible, des prestations fournies, de la facturation, du budget restant et des coûts encourus mais pas encore facturés, liés à une modalité de collaboration spécifique. L'utilisation de tels codes permet également d'opérer une distinction entre les coûts de développement et les coûts de maintenance. Le total des prestations individuelles comptabilisées sur l'ensemble des factures est toujours

comparé aux présences au sein de la Smals. Cette égalité reste traçable tout au long du processus de facturation. Le fait d'accorder à toutes les institutions publiques de sécurité sociale un accès direct à la comptabilité de l'asbl Smals ne permettra pas de pallier le problème, constaté antérieurement par la Cour, du manque de connaissance des codes et des systèmes dans le chef des fonctionnaires des institutions publiques de sécurité sociale. Ces dernières estiment, dès lors, qu'il serait plus judicieux que la Smals fournisse de manière ad hoc les renseignements supplémentaires nécessaires si – en dépit de la nouvelle méthode de travail – les membres ou leurs organes de contrôle interne ou externe continuent à se poser des questions.

- c. Pour ce qui est de la recommandation mentionnée au point c au sujet de la structure tarifaire et du parangonnage (*benchmarking*), qui ont d'ores et déjà été approuvés par les administrateurs de l'association, il est proposé que la structure tarifaire soit dorénavant également communiquée au collège des institutions publiques de sécurité sociale ainsi qu'au comité de gestion de la Banque-carrefour de la sécurité sociale. Cependant, il ne paraît pas faisable de demander au conseil d'administration de chaque institution publique de sécurité sociale d'approuver la structure tarifaire.
- d. La recommandation visant à modifier le règlement de collaboration, mentionnée au point d. de l'avant-projet de rapport, est accueillie positivement.
- e. Il sera donné suite à la recommandation formulée au point e. de l'avant-projet de rapport, si le comité de gestion en fait la demande.
- f. En ce qui concerne la recommandation figurant au point f. du document, il peut être signalé que l'asbl Smals a constitué une provision pour les risques liés au développement. Conformément à une décision du conseil d'administration du 8 septembre 2004, cette provision s'élève à 8% des activités internes et couvre les risques suivants:
  - risque de dépassement budgétaire pour les travaux internes;
  - risque d'erreurs dans les programmes développés;
  - risque de sous-estimation des prix de facturation pour les travaux internes.

Cette pratique sera soumise à la Commission de normalisation de la comptabilité des institutions publiques de sécurité sociale, en même temps que le mode de comptabilisation de ces provisions. Les éventuelles adaptations ultérieures de cette méthode de travail seront également soumises à la commission précitée.

- g. Il peut être souscrit à la recommandation formulée au point g. Le collège des institutions publiques de sécurité sociale soumettra une proposition à ses membres afin qu'ils puissent la reprendre dans leur règlement d'ordre intérieur selon leurs propres modalités.
- h. La recommandation du point h. sera suivie. Le rôle du collège des institutions publiques de sécurité sociale sera précisé dans les statuts et/ou dans le règlement de collaboration et/ou dans le règlement d'ordre intérieur.
- i. Les institutions publiques de sécurité sociale saluent la recommandation inscrite au point i. de l'avant-projet de rapport tendant à confier à la Smals un rôle de centre d'expertise pour la conception technique de projets informatiques et l'accompagnement juridique des procédures de marché public. Ce rôle renforce la politique actuelle de la Smals visant à attribuer un maximum de marchés publics sous la forme de contrats-cadres. Les membres sont, toutefois, libres de faire appel ou non à la Smals en tant que centre d'expertise.

- j. En exécution de la recommandation figurant au point j., les nuances nécessaires seront introduites dans le règlement de collaboration.
- k. En ce qui concerne la recommandation énoncée sous le point k., le collège propose ce qui suit. Toutes les fonctions internes au sein de la Smals ont été définies dans un profil de fonction lié aux compétences requises. Ces fonctions sont également pondérées. Vu l'évolution permanente de l'environnement où opère la Smals, les profils de fonction doivent aussi être adaptés en permanence. Seule une partie de ces fonctions peuvent être mises à disposition. Par ailleurs, les institutions qui optent pour une méthodologie d'organisation, de développement ou de projet qui s'écarte de celle de la Smals ont d'autres besoins en matière de profils. La flexibilité constitue, dès lors, une condition absolue pour pouvoir mettre pleinement ces prestations au service des membres. Les institutions publiques de sécurité sociale estiment que la seule méthode applicable dans la pratique pour résoudre cette problématique résiderait dans une communication annuelle a posteriori au collège des institutions publiques de sécurité sociale de chaque fonction ou qualification concernant du personnel mis à disposition. Les différents comités de gestion pourraient, chacun en ce qui concerne leur institution, accepter ou refuser cette fonction ou qualification à l'occasion d'une mise à disposition concrète, et, en cas de refus, la mise à disposition n'aurait pas lieu ou prendrait fin. Une liste globale de toutes les qualifications ou fonctions reconnues et/ou rejetées serait tenue à la disposition des organes de contrôle.
- l. Il sera donné suite à la recommandation formulée au point l.

Les institutions publiques de sécurité sociale espèrent ainsi mettre en œuvre les recommandations de la Cour des comptes d'une manière cohérente et axée sur le futur. Elles restent disponibles pour toute remarque éventuelle de la Cour à ce sujet.

J'espère avoir ainsi répondu à vos attentes et reste à votre disposition pour toute information supplémentaire.

Veillez agréer, Messieurs, l'assurance de ma haute considération.

Gabriel PERL

Il existe aussi une version néerlandaise de ce rapport.

*Er bestaat ook een Nederlandse versie van dit verslag.*

Vous pouvez consulter ou télécharger ce rapport dans la langue de votre choix sur le site internet de la Cour des comptes.

dépôt légal	D/2009/1128/12
imprimeur	N.V. PEETERS S.A.
adresse	Cour des comptes Rue de la Régence, 2 B-1000 Bruxelles
tél	02-551 81 11
fax	02-551 86 22
site internet	<a href="http://www.courdescomptes.be">www.courdescomptes.be</a>