

ROYAUME DE BELGIQUE.

— — — — —

AVIS DU CONSEIL D'ETAT.

— — — — —

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, deuxième chambre des vacations, saisi par le Président du Conseil régional wallon, le 19 mai 1992, d'une demande d'avis sur une proposition de décret "modifiant le décret du 5 novembre 1987 organisant la tutelle sur les communes, les provinces et les intercommunales de la Région wallonne", a donné le 31 août 1992 l'avis suivant :

La proposition de décret de M. DARAS et consorts, soumise pour avis au Conseil d'Etat, section de législation, par M. le président du Conseil régional wallon, tend à modifier, d'une part, le décret du 5 novembre 1987 relatif aux intercommunales dont le ressort ne dépasse pas les limites de la Région wallonne et, d'autre part, le décret du 20 juillet 1989 organisant la tutelle sur les communes, les provinces et les intercommunales de la Région wallonne. Elle vise à insérer dans le premier un article 1erbis interdisant à la Région de faire partie d'une intercommunale et à supprimer, dans l'article 1er, 3o, du second les mots "à l'exception de celles (les intercommunales) dont la Région fait partie".

Dans les développements de sa proposition, l'auteur de celle-ci, part du principe consacré par l'article 2 de la loi du 22 décembre 1986 relative aux intercommunales, principe suivant lequel il convient d'éviter "de se trouver en position de juge et partie", ce qui serait le cas si l'Exécutif régional se trouvait être l'autorité de tutelle d'intercommunales dont la Région serait membre. Il critique cependant la manière dont les décrets en assurent l'application, qui consiste à exclure ces intercommunales du champ de la tutelle. Il propose, à l'inverse, d'"exclure toute participation de la Région à une intercommunale dans le double but de lui permettre de s'acquitter de ses devoirs de tutelle, et d'être en conformité avec la loi du 22 juillet 1986".

La proposition appelle les observations suivantes.

.../...

1. Ayant pour objet de modifier les décrets des 5 novembre 1987 et 20 juillet 1989, la proposition examinée, en raison du champ d'application de ces deux décrets, s'applique uniquement aux intercommunales dont le ressort ne dépasse pas les limites de la Région wallonne, à l'exclusion des intercommunales dites "interrégionales" (article 6, § 5, de la loi spéciale du 8 août 1980). Celles-ci ne seront donc pas évoquées dans la suite du présent avis.

2. Il semble utile de dissiper une équivoque quant au champ d'application de l'article 2 de la loi du 22 décembre 1986. Suivant cette disposition :

"Toutes autres personnes de droit public ou privé peuvent également faire partie des intercommunales, à l'exception des personnes de droit public dont un organe exerce les tutelles d'approbation et d'annulation, telles que prévues à l'article 20".

L'article 20 de la même loi, auquel fait référence l'article 2, dispose que :

"§ 1er. Sont soumis à l'approbation de l'autorité de tutelle :

- 1° la constitution de l'intercommunale, ses statuts et leurs annexes éventuelles;
- 2° toute modification apportée ultérieurement aux statuts de l'intercommunale.

§ 2. Tout acte des organes de l'intercommunale qui viole la loi ou les statuts ou blesse l'intérêt général peut être suspendu ou annulé par l'autorité de tutelle".

.../...

Il faut constater d'emblée que l'article 20 de la loi du 22 décembre 1986 n'est pas et n'a jamais été applicable aux intercommunales dont le ressort est situé exclusivement sur le territoire de la Région wallonne ou de la Région flamande, puisque l'article 6, § 1er, VIII, 1^o, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles a confié, dès avant l'entrée en vigueur de la loi de 1986, aux organes de ces régions la compétence de régler :

"les modalités de fonctionnement, le contrôle et la fixation du ressort des associations de communes dans un but d'utilité publique, ainsi que l'application des lois organiques relatives à ces associations" (1).

Sur la base de cette disposition, la tutelle sur les intercommunales a été organisée, en Région wallonne, d'abord par un décret du 5 novembre 1987, ensuite par le décret précité du 20 juillet 1989, entré en vigueur le 1er octobre 1989.

L'article 20 de la loi du 22 décembre 1986 a été formellement abrogé, en ce qui concerne la Région wallonne, par l'article 41, § 2, 1^o, du décret du 20 juillet 1989.

(1) Quant à la portée de cette disposition, voir l'arrêt de la Cour d'arbitrage n^o3 du 28 juin 1985 et le commentaire de cet arrêt dans SAROT, VANDERNOOT et PEREMANS, "La jurisprudence de la Cour d'arbitrage", Bruxelles, Bruylant 1990, pp. 128 et suivantes.

Compte tenu de ce qui précède, il faut conclure, à la suite de J. VANHAEVERBEEK (1), que l'interdiction contenue dans l'article 2 de la loi du 22 décembre 1986 ne pourrait être, comme telle, opposée à la Région wallonne puisque celle-ci exerce sa compétence en matière de tutelle sur les intercommunales exclusivement sur la base des décrets précités des 5 novembre 1987 et 20 juillet 1989, et non pas en application de l'article 20 de la loi auquel renvoie l'article 2 (2).

3. Le moyen choisi par la proposition de M. DARAS et consorts pour éviter que la Région wallonne cumule les qualités de contrôleur et de contrôlé consiste, on l'a vu, à inverser le système organisé par le décret du 20 juillet 1989 : au lieu que la Région n'exerce pas la tutelle ordinaire sur les associations intercommunales dont elle fait partie, il lui serait interdit de faire partie d'une telle association et son pouvoir de tutelle ordinaire s'exercerait, par suite, sur toutes les associations intercommunales.

(1) "Les intercommunales" - Actes du Colloque du 18 novembre 1988, Namur, 1989, p. 56.

(2) Le même auteur, dans son ouvrage "Les Intercommunales" (Bruxelles éd. Nemesis, 1988, n° 38), cite un avis du 1er août 1986 du Comité de concertation, selon lequel l'article 20 "ne peut avoir trait qu'aux associations intercommunales dont le ressort ne dépasse pas les limites de la Région bruxelloise ainsi qu'aux associations de communes dont le ressort s'étend à plus d'une région".

a) Ce moyen pose d'abord une question de compétence de la Région.

La Cour d'arbitrage a prononcé trois arrêts consacrés aux compétences respectives de l'Etat et des Régions en matière d'intercommunales (1); il ressort de l'arrêt n° 56/92 du 9 juillet 1992 que :

"B.2. Aux termes de l'article 19, § 1er, de la loi spéciale du 8 août 1980, le décret règle les matières visées aux articles 4 à 11, sans préjudice des compétences que la Constitution réserve à la loi.

Selon l'article 108, alinéa 4, de la Constitution, "Plusieurs provinces ou plusieurs communes peuvent s'entendre ou s'associer, dans les conditions ou suivant le mode à déterminer par la loi, pour régler et gérer en commun des objets d'intérêt provincial ou communal (...)".

B.3. Il en résulte que, sous réserve d'une habilitation spéciale et expresse donnée aux Communautés et aux Régions par les lois de réformes institutionnelles, les conditions et modalités d'association des provinces et/ou des communes sont déterminées par le législateur national.

B.4. L'article 6, § 1er, VIII, 1°, de la loi spéciale du 8 août 1980 dispose que les Régions sont compétentes pour "les modalités de fonctionnement, le contrôle et la fixation du ressort des associations de communes, ainsi que l'application des lois organiques relatives à ces associations".

Cette disposition opère donc un partage de compétence normative entre l'Etat et les Régions :

(1) Arrêt du 28 juin 1985 (Moniteur belge du 6 juillet 1985; J.T. 1985, 637); arrêt n° 5/91, du 26 mars 1991 (Moniteur belge du 27 avril 1991), et arrêt n° 56/92, du 9 juillet 1992 (Moniteur belge du 29 août 1992).

- a) la compétence normative des Régions à l'égard d'associations de communes est limitée aux modalités de fonctionnement, au contrôle et à la fixation du ressort des associations;
- b) la compétence normative de l'Etat à l'égard des associations de communes comprend tout autre objet relatif à ces associations, et notamment les conditions d'affiliation à une association intercommunale et les conditions de retrait d'une telle association".

Il n'est pas douteux que, malgré la compétence du législateur national pour arrêter les conditions d'affiliation à une association intercommunale, la Région puise dans son autonomie le pouvoir de refuser de s'affilier à telle association déterminée. Mais peut-elle, sans empiéter sur la compétence du législateur national, s'interdire de faire partie d'aucune association intercommunale ?

S'il est vrai que le législateur national est compétent pour déterminer les conditions d'affiliation à une association intercommunale, s'ensuit-il qu'il puisse, par une disposition de portée générale, interdire à l'autorité de tutelle que la Région aura désignée de faire partie d'une telle association ? Eu égard à l'économie générale de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, l'aspect économique au sens large de la participation des régions et des provinces à ces associations, aspect sur lequel on reviendra (infra, n° 6), rendrait peu admissible que le législateur national fût en mesure, en posant une condition d'affiliation aussi radicale que celle dont il s'agit, soit de contrecarrer la politique que la Région souhaiterait mener à l'intervention des associations intercommunales dans l'exercice des compétences que lui attribue l'article 6 de la loi spéciale, soit de restreindre

.../...

en fait la compétence de désigner une autorité de tutelle en attachant une incompatibilité à cette désignation. Si même il devait en être ainsi en principe, la question de la participation ou non de l'autorité de tutelle à une association intercommunale apparaîtrait comme marginale par rapport à la compétence réservée au législateur national et comme rattachée si étroitement à la plénitude de l'exercice de ces deux compétences des Régions que l'article 10 de la loi spéciale pourrait certainement être invoqué pour justifier leur compétence par rapport à cette question.

b) Aux termes de l'article 9, alinéa 1er, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, modifié par la loi spéciale du 8 août 1988 :

"Dans les matières qui relèvent de leurs compétences, les Communautés et les Régions peuvent créer des services décentralisés, des établissements et des entreprises ou prendre des participations en capital".

La disposition citée procure une raison supplémentaire de juger que les Régions ne peuvent être empêchées par le législateur national de faire partie d'une association intercommunale sur laquelle elles exerceraient un pouvoir de tutelle, car il serait au moins paradoxal qu'elles puissent s'associer avec qui bon leur semble, fût-ce avec des personnes de droit privé, mais non avec des communes ou des provinces situées sur leur territoire.

.../...

4. Le même article 9 de la loi spéciale peut aussi, pour le même motif, être invoqué à l'encontre de la proposition de décret examinée.

Rien ne permet de supposer que cette disposition, rédigée en termes généraux, exclue de son champ d'application une prise de participation en capital d'une Région dans une association intercommunale. Au contraire, l'intérêt évident qu'une telle prise de participation présente pour les autres associés, et notamment pour les communes, amplement représentées au sein des assemblées qui ont voté les lois spéciales, conduit à estimer que l'idée d'imposer une telle exclusion aurait provoqué une sérieuse discussion qui aurait elle-même laissé des traces dans les travaux préparatoires de cette loi, alors que non seulement il n'en est rien mais que l'exposé des motifs de la loi spéciale du 8 août 1988 précise que l'article 9 nouveau "étend les compétences des Communautés et des Régions à tout ce qui concerne la gestion décentralisée (décentralisation par service) du secteur public, en ce compris les mécanismes de cogestion avec le secteur privé" (1).

La question se pose de savoir si la Région peut s'interdire par décret d'exercer une compétence que la loi spéciale lui attribue. Il n'est toutefois pas nécessaire d'y répondre pour constater plus simplement que, combinée

(1) Chambre 516 (1988), no 1, p. 24.

avec l'article 9 de la loi spéciale de réformes institutionnelles, la proposition de M. DARAS et consorts aboutirait à la conséquence paradoxale décrite plus haut (n° 3, b).

5. Au demeurant, la proposition de M. DARAS et consorts semble participer, comme d'ailleurs l'article 2 de la loi du 22 décembre 1986, d'une conception inexacte de la tutelle administrative, d'une part, et du principe selon lequel, d'après l'exposé des motifs du projet devenu la loi du 22 décembre 1986, "nul ne peut participer à une institution à l'égard de laquelle il exerce un pouvoir de contrôle" (1).

a) Si l'autorité de tutelle est évidemment tenue, comme toute autorité administrative, à se conformer au principe de légalité, il ne s'ensuit pas qu'elle puisse être assimilée à un juge, même par métaphore. Sa fonction de gardienne de l'intérêt général (2) revêt une importance au moins égale à celle de garante du respect des normes juridiques supérieures. Peut-on présumer que l'Exécutif perdra le sens de l'intérêt général en présence d'une décision d'une association intercommunale dont la Région

(1) Sénat 529 (1982-1983) n° 1, p. 3. Le Ministre de l'Intérieur s'est exprimé dans les mêmes termes en Commission (Sénat 529 (1982-1983) n° 2, p. 15).

(2) Ainsi que le Premier Ministre l'a déclaré devant la Commission de la révision de la Constitution et de la réforme des institutions de la Chambre : "En ce qui concerne la tutelle d'opportunité, celle-ci ne peut être abrogée sans modification de la Constitution" (Chambre 627 (1979-1980) n° 10, p. 117).

fait partie ? Certes, la loi du 22 décembre 1986 prescrit en son article 11 que les communes disposent toujours de la majorité des voix, quelle que soit la proportion des apports des diverses parties à la constitution du fonds social de l'association, et le pouvoir de tutelle pourrait théoriquement faire échec à cette majorité. Il ne s'ensuit cependant pas que la Région pourrait, sans s'exposer à l'annulation de sa décision par le Conseil d'Etat, section d'administration, exercer son pouvoir de tutelle à d'autres fins que le respect de la légalité et la sauvegarde de l'intérêt général, l'un ou l'autre pouvant d'ailleurs parfaitement se confondre avec la position, éventuellement minoritaire, que son délégué aurait prise à l'assemblée générale (1). De ces deux points de vue, on peut se demander, avec l'auteur de la proposition, si, en excluant toute tutelle ordinaire sur les associations intercommunales dont la Région fait partie, le décret du 20 juillet 1989 n'a pas retenu une mesure excessive.

b) Ainsi que le Conseil d'Etat, section de législation, l'a rappelé dans son avis sur un amendement de M. le Sénateur PAQUE et consorts à l'article 2 du projet

(1) En séance publique du Sénat, le mercredi 30 janvier 1985 (Annales, p. 1311), le Ministre de l'Intérieur a évoqué une autre hypothèse : "Le pouvoir de tutelle peut, en effet, à un moment donné, être tenté d'autoriser la mise en place d'une intercommunale à condition d'en faire partie à des conditions bien précises". N'était-ce pas là reconnaître que l'article 2 de la loi du 22 décembre 1986 repose sur une sorte de présomption de détournement de pouvoir qui fait peu de crédit à l'autorité chargée d'exercer la tutelle ?

devenu la loi du 22 décembre 1986 (1), le principe dont cet article s'inspire est davantage un précepte qu'une règle de droit.

Il trouve son origine dans l'article 1er du titre II du décret du 24 vendémiaire an III sur l'incompatibilité des fonctions administratives et judiciaires, qui dispose comme suit :

"Aucun citoyen ne pourra exercer ni concourir à l'exercice d'une autorité chargée de la surveillance médiate ou immédiate des fonctions qu'il exerce dans une autre qualité".

Cette disposition établit une incompatibilité personnelle (2). Même dans cette mesure, elle n'a pas, par elle-même, de caractère obligatoire dans notre droit public et administratif. Elle n'a pas fait obstacle à ce que les ministres puissent demeurer conseillers communaux, échevins ou bourgmestres, alors qu'ils exercent, à des titres divers,

(1) Sénat 529 (1982-1983), n° 17, p. 3.

(2) Sans doute, en vertu de l'article 3 de l'arrêté de l'Exécutif régional wallon du 8 janvier 1992, la même personne est-elle actuellement compétente à la fois pour les pouvoirs dits "subordonnés" et pour la tutelle. Mais, outre que cette distribution des compétences est contingente, elle résulte de délégations de l'Exécutif qui conserve sa compétence de principe par rapport aux matières dont il s'agit.

une surveillance sur les autorités communales (1). Elle n'a pas fait juger superflues les lois qui, depuis 1848, obligent les fonctionnaires et les employés de l'Etat, élus membres de l'une des Chambres, à opter entre le mandat parlementaire et leur fonction ou leur emploi, ni l'article 68, 4^o, de l'ancienne loi communale (article 92, 4^o, de la nouvelle loi communale) qui, en interdisant à tout membre du conseil communal d'assister à l'examen des comptes des administrations publiques subordonnées à la commune et dont il serait membre, admet implicitement qu'il peut l'être. Ainsi que plusieurs intervenants l'ont relevé au cours des travaux préparatoires de la loi du 22 décembre 1986, la loi du 1er mars 1922 sur les associations de communes dans un

-
- (1) En vertu de l'article 14bis de la nouvelle loi communale, y inséré par la loi du 21 mars 1991 (article 2), est considéré comme empêché, le bourgmestre qui exerce la fonction de ministre, de secrétaire d'Etat, de membre de l'Exécutif ou de secrétaire d'Etat régional, pendant la période d'exercice de cette fonction.

L'article 18 de la même loi consacre la même règle à la situation de l'échevin qui exerce la fonction de ministre, de secrétaire d'Etat, de membre d'un Exécutif ou de secrétaire d'Etat régional.

En ce qui concerne les membres du conseil communal, le ministre de l'Intérieur a fait remarquer en Commission de l'Intérieur du Sénat "... qu'un ministre pouvant exercer une tutelle administrative spécifique sur les communes dans le cadre de ses compétences, ne peut en aucun cas siéger au conseil communal lorsque celui-ci traite un point tombant sous le coup de ce pouvoir de tutelle. Il s'agit d'une règle déontologique" (Sénat, 1189 (1990-1991) n^o 2, p. 10).

.../...

but d'utilité publique n'établissait elle-même aucune incompatibilité entre la qualité de membre d'une telle association et celle d'autorité chargée d'en contrôler les actes par le moyen de la tutelle (1).

De toutes façons, le décret de vendémiaire n'exprime pas un principe de valeur constitutionnelle. Il n'exprime même pas une règle que le législateur national ou régional devrait respecter à peine d'incohérence.

6. Au cours des travaux préparatoires de la loi du 22 décembre 1986, plusieurs parlementaires ont souligné les répercussions économiques de l'interdiction faite à l'autorité exerçant la tutelle sur une association intercommunale de faire partie de celle-ci. A titre d'exemple, on lit dans la justification de l'amendement déjà cité de M. PAQUE :

"... il importe ... de maintenir aux Régions la faculté de participer à des intercommunales. Cette participation peut en effet s'avérer un moyen privilégié, voire indispensable, de mener à bien certaines politiques

(1) L'avis déjà cité que le Conseil d'Etat, section de législation, avait donné sur un amendement de M. le Sénateur PAQUE et dans lequel il avait soutenu le même point de vue a donné lieu en commission (Sénat 529 (1982-1983), n° 20, p. 3) à une discussion dont le rapport donne une version assez confuse, les uns critiquant l'avis, d'autres l'approuvant, et le ministre, tout en défendant le texte de son projet, n'allant toutefois pas jusqu'à soutenir qu'il était conforme à un principe général de droit plutôt que dicté par une option politique.

dans des domaines qui relèvent des attributions régionales, comme, par exemple, ceux de la production et de la distribution de gaz et d'électricité" (1).

Le même amendement, assorti de la même justification, a été repris à la Chambre par M. COEME et consorts (2).

En commission de la Chambre, le Ministre de l'Intérieur ayant, sans récuser ces arguments, indiqué que rien n'interdirait aux Régions de participer à une intercommunale si, par exemple, elles déléguaient la tutelle à la province, MM. COEME et TEMMERMAN se sont émus à l'idée qu'en ce cas les provinces seraient elles-mêmes exclues des intercommunales. Ils ont souligné l'importance du rôle que les provinces ont toujours joué dans ces associations, notamment du point de vue du financement et des prestations de service (3).

Il n'appartient évidemment pas au Conseil d'Etat de porter une appréciation sur l'incidence économique de la proposition de décret examinée. Mais en tant que conseiller juridique du Conseil régional wallon, à qui il revient de prendre cet aspect en considération, il croit devoir exprimer l'avis que, pour les raisons exposées plus haut, d'une part, la Région est compétente par rapport à l'objet

(1) Sénat 529 (1982-1983), n° 2, p. 45.

(2) Chambre 125 (1985-1986), n° 5, p. 4.

(3) Chambre 125 (1985-1986), n° 11, pp. 45 et 46.

de la proposition de décret examinée et, que d'autre part, le Conseil régional n'a à se croire lié ni par l'article 2 de la loi du 22 décembre 1986 ni par un principe général qui n'existe pas comme règle de droit.

La chambre était composée de

Messieurs : P. TAPIE,	premier président,
J. MESSINNE,	conseillers d'Etat,
C. WETTINCK,	
F. DELPEREE,	assesseurs de la
P. GOTHOT,	section de législation,
Madame : R. DEROY,	greffier.

Le rapport a été présenté par M. M. QUINTIN, auditeur. La note du Bureau de coordination a été rédigée par M. P. NIHOUL, référendaire adjoint.

LE GREFFIER,

LE PRESIDENT,

R. DEROY.

P. TAPIE.