

ROYAUME DE BELGIQUE.

KONINKRIJK BELGIE.

AVIS DU CONSEIL D'ETAT.

ADVIES VAN DE RAAD VAN STATE.

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par le Ministre Président du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale, chargé de l'Aménagement du territoire, des Pouvoirs locaux et de l'Emploi, le 23 juillet 1993, d'une demande d'avis sur un avant-projet d'ordonnance "relative aux relations entre la Région et les communes", a donné le 27 septembre 1993 l'avis suivant :

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, tweede kamer, op 23 juli 1993 door de Minister Voorzitter van de Regering van het Brusselse Hoofdstedelijk Gewest, belast met Ruimtelijke ordening, Plaatselijke besturen en Tewerkstelling verzocht hem van advies te dienen over een voorontwerp van ordonnantie "betreffende de betrekkingen tussen het Gewest en de gemeenten", heeft op 27 september 1993 het volgend advies gegeven :

A. OBJET DU PROJET D'ORDONNANCE SOUMIS A L'AVIS DE LA
SECTION DE LEGISLATION.

1. L'ordonnance en projet se donne pour ambition de réformer fondamentalement les procédés de contrôle applicables aux communes bruxelloises et elle se fonde à cette fin sur l'article 7 de la loi spéciale du 8 août 1980 (1). Selon les termes mêmes de son exposé des motifs, le projet "bouleverse l'organisation de la tutelle administrative en fonction des spécificités de la Région de Bruxelles-Capitale" (2).

La principale innovation contenue dans le projet consiste à opérer une distinction entre deux catégories de communes, les unes étant soumises à la tutelle administrative, les autres à un régime spécial qualifié de "contrôle administratif et budgétaire". Ce régime spécial, qui est réservé aux communes ayant "conclu", avec la Région, un "programme de gestion", soumet l'autorité décentralisée à un

(1) Exposé des motifs du projet, page 1.

(2) Ibid.

contrôle qui, à première vue (1), apparaît moins rigoureux que la tutelle administrative : la tutelle de conformité à l'intérêt général est supprimée, les cas d'approbation sont réduits, la détermination des actes à transmettre à l'autorité de tutelle (article 4) se fera autrement, etc.

Les communes qui n'ont pas conclu un programme de gestion, qui dénoncent celui-ci ou qui le méconnaissent (2), sont soumises à un régime de tutelle que l'exposé des motifs qualifie d'"assez strict" (page 2).

On observera que l'exposé des motifs envisage ce régime de tutelle de droit commun comme une "sanction" :

"En cas de non-respect des dispositions que celui-ci (le programme de gestion) prévoit, la seule sanction applicable à la commune est le changement de régime de surveillance auquel elle est soumise : en violant le programme de gestion, la commune prend le risque de retomber, sur décision du gouvernement, dans le régime de tutelle. Elle subit dans ce cas un contrôle plus

(1) A. de LAUBADERE et P. DELVOLLE (Droit public économique, Précis Dalloz, 5e éd., 1986, page 827) écrivent ce qui suit à propos de l'établissement de relations contractuelles entre l'Etat et les entreprises publiques : "On peut se demander si, plutôt qu'un assouplissement, il ne s'agit pas en réalité d'un aménagement (des contrôles) qui, pour supprimer certaines modalités (juridiques et administratives), détermine d'un autre côté des solutions encadrant peut-être plus rigoureusement le comportement des entreprises publiques. A cet égard, les contrats sont peut-être moins des substituts aux contrôles que de nouvelles solutions de contrôle" (§ 652).

(2) Auquel cas, le gouvernement peut dénoncer le programme de gestion. Adde : l'article 24 du projet.

étroit (différents cas d'approbation) et plus étendu (conformité à l'intérêt général)" (page 4).

On observera aussi qu'en refusant de contracter, de conclure un programme de gestion, ce qui est laissé à sa discrétion même si l'article 21 du projet reconnaît à chaque commune le droit de souscrire un tel programme (mais à quelles conditions ?), la Région peut dénier à une commune le "bénéfice" des avantages prévus au projet pour la cantonner dans le régime conçu comme "sanction", donc moins favorable !

*

*

*

B. DU PROGRAMME DE GESTION.

a) Notion

2. Le projet d'ordonnance ne définit pas le programme de gestion; le texte révèle toutefois qu'il s'agit d'un acte qui est "conclu" entre une commune et le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale pour une période de trois années; l'adoption de ce programme fait passer la commune du régime de la tutelle administrative de droit commun à celui du "contrôle administratif et budgétaire". Il semble, bien que cela ne soit pas clairement exprimé dans le

.../...

texte, que chacune des parties puisse, à tout moment, dénoncer "l'acte" avant l'échéance du terme prévu, même en dehors de la procédure prévue par l'article 24 du projet (article 22, alinéa 2 ; commentaire des articles, page 10), ce qui a pour conséquence que la commune concernée retourne dans la catégorie des communes qui sont soumises à la tutelle de droit commun.

L'exposé des motifs, qui précise que la notion de "programme de gestion" "est inspirée de la récente réforme relative aux entreprises publiques autonomes (1) et de l'expérience française de décentralisation entamée depuis les années 80", explique que le but visé par la réforme en projet est "d'harmoniser les politiques communales entre elles et de les coordonner avec la politique de la Région de manière à veiller à la cohérence de l'action des multiples pouvoirs publics intervenant sur le territoire bruxellois".

Aux termes de l'exposé des motifs :

"Dans cette perspective, le programme de gestion se présente comme un mécanisme qui permet au besoin de décroïsonner les différentes politiques publiques menées.

Il a essentiellement pour but de clarifier les communes (sic). Il devrait à cet égard constituer une véritable codification de l'intérêt général et repré-

(1) Loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques (Moniteur belge 27 mars 1991).

senter un renouvellement de la théorie classique du droit administratif.

L'intérêt général ne sera plus en effet déterminé au coup par coup à l'occasion de l'une ou l'autre mesure de tutelle prise isolément et de manière échelonnée dans le temps en fonction d'une conception parfois fluctuante. Le programme de gestion représente tout au contraire une tentative de concrétisation de la notion d'intérêt général dans un document unique élaboré dans une perspective de long terme et en fonction d'objectifs précis.

(...).

Le but poursuivi par le projet est de permettre aux communes de jouir de la plus grande liberté possible, sans toutefois compromettre les intérêts de la Région de Bruxelles-Capitale".

Poursuivant de tels objectifs, on comprend que le projet ne contienne pas une énumération limitative des objets qu'un tel programme de gestion est susceptible de régler et qui pourront couvrir tout le domaine d'action des communes, voire même celui de la Région de Bruxelles-Capitale ou encore de l'Etat ou de la Communauté.

Si l'article 23, alinéa 2, du projet énumère les matières qui doivent être "régies" par le programme de gestion, le contenu précis que celui-ci peut avoir est

.../...

entièrement laissé à l'appréciation discrétionnaire des "parties" qui le négocient (1).

En ce qui concerne les effets du programme de gestion, on observera que les dispositions que celui-ci contient seront obligatoires pour la Région et pour la commune qui y est partie (2), sous réserve des déclarations figurant dans le préambule (3); ce programme sera donc la source de droits et d'obligations pour les parties contractantes.

Parmi les effets juridiques les plus importants que produit le programme de gestion, figurent le pouvoir de l'autorité de tutelle de suspendre soit d'annuler l'acte par lequel une commune viole ce programme (articles 25 et 26 du projet) ou celui de réformer le budget en cas de méconnaissance d'une disposition dudit programme (article 27).

En revanche, l'autorité de tutelle se voit enlever le pouvoir d'annuler un acte de la commune qui blesserait l'intérêt général si cet acte ne méconnaît pas, ce faisant, une disposition du "programme".

(1) Commentaire des articles, page 8.

(2) Ibid., page 9.

(3) Article 23, alinéa 1er, du projet.

Le texte du projet ne précise pas, d'un autre côté, l'influence que pourrait avoir le contenu du programme de gestion sur l'exercice de la tutelle d'approbation en matière non budgétaire, telle que celle-ci est organisée par l'article 10 du projet ou par les articles 85, 109, 114bis, 178 et 180 de la loi communale du 30 mars 1836, maintenus en vigueur par l'article 44 du projet.

L'article 23, alinéa 2, 5°, du projet ainsi que son commentaire dans l'exposé des motifs permettent d'affirmer que la politique du personnel, en particulier les programmes de formation et leur valorisation dans la carrière administrative, sera régie par le programme de gestion, tandis que le commentaire de l'article 10 énonce qu'un tel programme ne constitue pas un moyen suffisant pour mener, au niveau de l'ensemble de l'agglomération, une politique cohérente en matière de personnel.

Le texte et l'exposé des motifs ne permettent pas de savoir si l'autorité de tutelle pourra ou devra tenir compte du programme de gestion lorsqu'elle se prononcera sur l'approbation d'une décision de la commune et, dans l'affirmative, dans quelle mesure.

.../...

b) Nature.

3. Si les objectifs, le contenu et les effets du programme de gestion se laissent plus ou moins aisément déduire du texte et de son exposé des motifs, il n'en va pas de même de la détermination de la nature de l'acte qu'accomplissent de commun accord la Région et l'une des communes soumises au contrôle de tutelle exercé par celle-ci.

La terminologie à laquelle recourent les auteurs du projet (1), ainsi que les précédents dont ceux-ci se réclament ou auxquels le projet fait irrésistiblement penser (2), évoquent naturellement l'idée de contrat; la loi du 21 mars 1991 recourt au procédé contractuel lorsqu'elle règle le contrat de gestion conclu avec les entreprises publiques économiques (3); il en va de même en France (4).

(1) Il est question d'un acte "conclu" entre deux "parties" qui peuvent le "dénoncer" avant l'expiration du "terme" fixé.

(2) On songe aussi, évidemment, au "contrat de programme" ; voir à ce sujet : M. PAQUES, De l'acte unilatéral au contrat dans l'action administrative, E. Story-Scientia, 1991, pages 357 et suivantes.

(3) Voir, en particulier, l'article 3, § 5.

Loin de régir unilatéralement la situation juridique de sujets de droits qui n'ont pas participé à son élaboration, dans le programme de gestion tous les effets de l'acte participent de l'accord des volontés. Ce programme détermine la situation juridique des sujets de droit - la Région et la commune - qui l'ont négocié et ensuite adopté et ce, uniquement dans la mesure où ils en ont accepté le contenu (1). Un tel acte est un contrat; conclu entre deux personnes de droit public, il s'agit, selon la conception généralement admise, d'un contrat administratif.

Les auteurs du projet soutiennent cependant, dans l'exposé des motifs, que la "force juridique" s'attachant au programme de gestion est "particulière" et que l'on ne peut pas assimiler celui-ci à un véritable contrat au motif que :

"Le programme se caractérise en effet par deux particularités : d'une part, le fait que l'une des parties puisse le sanctionner de sa propre initiative, d'autre part, le fait que les deux parties aient la possibilité de se délier unilatéralement de leurs obligations avant l'échéance du terme prévu" (2).

(4) A. de LAUBADERE et P. DELVOLLE, Droit public économique, Dalloz, 5e éd., 1986, pages 826 et sv., n°s 652 et sv.

(1) M. PAQUES, op. cit., et spécialement en ce qui concerne les contrats d'adhésion, n° 116, pages 159 à 161.

(2) Commentaire des articles, page 10.

Le délégué du Gouvernement a confirmé que, selon lui, le programme de gestion prévu par le projet ne constitue pas un contrat.

Les deux raisons qui sont invoquées pour dénier un caractère contractuel au programme de gestion ne sont pas convaincantes. Le fait que l'une des parties puisse "sanctionner" l'accord de sa propre initiative n'est pas élisive de l'existence d'un contrat, sauf à considérer, par exemple, que l'exercice du droit de rétention ne peut être exercé en matière contractuelle ... Le Code civil prévoit, lui-même, des cas de résiliation unilatérale (1), tandis que la faculté pour l'administration de résilier unilatéralement un contrat sans faute du cocontractant caractérise les contrats administratifs (2).

De surcroît, les auteurs du projet s'insèrent dans une logique contractuelle lorsqu'ils évoquent la "durée potentielle du contrat conclu" (3), lorsqu'ils écrivent que

(1) Voir, par exemple, les articles 1794, 1871 ou 2004 du Code civil.

(2) M.-A. FLAMME, Droit administratif, tome II, Brux., Bruylant, 1989, n° 323, pages 827 et 828.

(3) Exposé des motifs, commentaire de l'article 21, page 8.

les programmes de gestion "ont d'ailleurs vocation à rendre obligatoires les indications de ces plans (de développement) en leur conférant une valeur contraignante par voie contractuelle" (1) ou lorsqu'ils excluent que les tiers puissent se prévaloir du contenu du programme (2).

c) Constitutionnalité du recours au procédé contractuel.

4. Une fois établi que l'ordonnance en projet recourt à des mécanismes de nature contractuelle, il convient d'examiner s'il appartient au législateur régional d'organiser un régime dans lequel l'intervention de l'autorité de tutelle fait l'objet d'un contrat conclu entre celle-ci et la commune qui est soumise à son contrôle.

L'article 108, alinéa 2, 2° et 6°, de la Constitution dispose que :

(1) Exposé des motifs, commentaire de l'article 23, page 9.

(2) Le délégué du Ministre a expliqué que le programme régit uniquement les relations entre la Région et la commune et qu'il n'est pas opposable aux tiers qui ne pourraient pas s'en prévaloir : *res inter alios acta*.

"La loi consacre l'application des principes suivants :

- 2° l'attribution aux conseils provinciaux et communaux de tout ce qui est d'intérêt provincial et communal, sans préjudice de l'approbation de leurs actes, dans les cas et suivant le mode que la loi détermine";
- 6° l'intervention de l'autorité de tutelle ou du pouvoir législatif, pour empêcher que la loi ne soit violée ou l'intérêt général blessé".

Le constituant invite ainsi le législateur à donner à l'autorité de tutelle un moyen d'action précis qu'il appartient à celle-ci d'utiliser en vue d'assurer le respect du droit et la sauvegarde de l'intérêt général contre l'inertie préjudiciable, les excès et les empiètements des pouvoirs décentralisés (1).

Dans un tel cas de figure, l'action contractuelle est exclue car elle constituera la renonciation à une compétence qui doit nécessairement être exercée par voie unilatérale (2) : on imagine mal que l'intervention de l'autorité de tutelle que l'article 108 de la Constitution contraint le législateur à organiser, soit régie par un contrat conclu entre le contrôleur et le contrôlé et soit soumise au jeu de la négociation, laquelle implique un échange d'avantages et de renoncations.

(1) J. DEMBOUR, Les actes de la tutelle administrative en droit belge, Brux., Larcier, 1955, pp. 1 à 10.

(2) M. PAQUES, op. cit., p. 423.

Si l'on admet que l'action contractuelle peut exceptionnellement être permise même si l'administration dispose de prérogatives d'action unilatérale, lorsque le législateur lui a conféré une habilitation spéciale à cette fin, cette solution est exclue lorsque c'est la Constitution elle-même qui consacre le pouvoir d'action unilatérale; telle est d'ailleurs la raison pour laquelle aucune comparaison ne peut être établie entre l'objet assumé par le présent projet d'ordonnance et la loi du 21 mars 1991.

5. Le recours au procédé contractuel en matière de décentralisation politique se heurte à une seconde objection qui tient à la circonstance que, bien souvent, la tutelle administrative s'applique à un acte qui, pris par la commune, concerne un tiers : le bénéficiaire d'une autorisation de police, le locataire d'un terrain communal, la personne nommée en qualité d'agent de la commune, etc.; ce

.../...

tiers peut être même l'ensemble des habitants de la commune ou une catégorie d'entre eux si l'acte est un règlement communal (par exemple en matière de taxes) voire même des personnes étrangères à la commune (par exemple un règlement complémentaire en matière de circulation routière).

Le principe de la relativité des effets internes des contrats est consacré par l'article 1165 du Code civil; les droits ou obligations que le contrat fait naître ne peuvent bénéficier ou être imposés qu'aux seules parties à ce contrat, sauf le cas des exceptions liées à la transmission des biens, de l'adhésion à un contrat préexistant (1), de la stipulation pour autrui, de l'action directe ou de la convention de porte-fort.

Or, on a vu ci-dessus que les stipulations du programme de gestion sont contraignantes pour la Région et pour la commune, de sorte que ce programme est la source de droits et obligations pour les parties.

La Région pourra assurer le respect de ces stipulations en faisant usage des pouvoirs que lui accordent les articles 25 à 27 du projet en vue de suspendre, d'annuler ou de réformer, selon le cas, l'acte par lequel la

(1) Il serait artificiel de considérer que les tiers auraient tacitement adhéré au contrat de "programme de gestion" conclu entre la Région et la commune.

commune - son cocontractant - viole une disposition du programme de gestion.

Une telle décision de l'autorité de tutelle aboutit à rendre indirectement opposable aux tiers intéressés par la délibération de l'autorité communale, le contenu d'un contrat de gestion conclu entre celle-ci et la Région. Une telle situation est incompatible avec les principes qui sont à la base du droit des contrats.

d) Conformité à l'article 31 de la Constitution

6. Le programme de gestion n'échapperait pas aux critiques d'inconstitutionnalité même si l'on refusait d'y voir un contrat pour le qualifier d'acte unilatéral (en l'occurrence plurilatéral).

En vertu de l'article 31 de la Constitution, les intérêts exclusivement communaux sont réglés par les conseils communaux d'après les principes établis par la Constitution. L'article 108 de la Constitution rappelle que la loi doit consacrer le principe de l'attribution aux conseils communaux de tout ce qui est d'intérêt communal sous la seule réserve, outre l'article 110, § 4, de l'intervention de l'autorité de tutelle.

.../...

Dans son arrêt n° 13/91, du 28 mai 1991 (Moniteur belge 28 juin 1991), la Cour d'arbitrage a rappelé de façon très nette que "le principe d'autonomie communale contient la reconnaissance du pouvoir communal comme pouvoir indépendant".

Ces dispositions constitutionnelles s'opposent à ce que les autorités régionales déterminent directement les règles générales que les communes devront respecter en permanence dans la gestion d'intérêts qui sont manifestement maintenus dans la sphère des intérêts communaux (cfr infra).

Par nature le pouvoir de tutelle s'exerce, non point de façon générale et a priori, mais exclusivement à l'occasion d'un acte isolé de l'autorité décentralisée, ou d'un projet déterminé d'acte ou encore d'une carence précise qui est reconnue illégale :

"Les pouvoirs des autorités de tutelle sont limités.

En effet, le recours au procédé de la décentralisation serait inutile si le pouvoir central pouvait s'immiscer dans la gestion des services publics décentralisés, substituer ses propres décisions à celles de leurs agents.

Dans le domaine de la compétence propre des services publics décentralisés, les instructions, les injonctions, les ordres sont interdits. Le pouvoir central doit laisser l'initiative et la responsabilité aux agents décentralisés, se borner à censurer leurs excès éventuels" (1).

(1) FLAMME, op. cit., tome Ier, page 121; adde : J. DEMBOUR, op. cit., page 6.

Au contentieux de l'annulation, le Conseil d'Etat a rappelé, à maintes reprises, que l'autorité de tutelle, si elle peut se fixer une ligne de conduite, ne peut pas adresser aux communes des directives obligatoires ou fixer des normes dont l'effet équivaut à celui de véritables règles de droit (1) (2).

La circonstance que la commune a consenti, en "concluant" le programme de gestion, aux dispositions obligatoires contenues dans celui-ci (3) ni le fait que cette commune peut dénoncer unilatéralement le programme avant l'expiration du terme, ne sont de nature à supprimer l'objection d'inconstitutionnalité : une commune ne peut disposer à son gré des pouvoirs que lui attribue la Constitution.

(1) Voir, par exemple, les arrêts VERBIEST, n° 18.384, du 13 juillet 1977 (cité par l'exposé des motifs !), et COMMUNE DE COURT-SAINT-ETIENNE, n° 27.524, du 11 février 1987.

(2) J. SOHIER, La tutelle sur les communes, A.P.T., 1986, pages 17 à 27, spéc. pp. 21 à 23.

(3) Voir l'arrêt COMMUNE DE SCHAERBEEK, n° 32.055, du 22 février 1989 : une convention passée par la commune en vue de bénéficier du Fonds d'aide au redressement financier des communes ne peut accorder à l'autorité de tutelle d'autres pouvoirs que ceux qu'elle tient de la loi.

Seule échapperait à l'objection, la conclusion d'un programme de gestion ayant une valeur purement indicative; un tel programme ne serait toutefois pas obligatoire pour la commune et aucun effet juridique ne pourrait être attaché à sa méconnaissance ou à son respect.

e) Incompétence de la Région en matière de gestion communale.

7. En vertu de l'article 108, alinéa 1er, de la Constitution, les institutions provinciales et communales sont réglées par la loi.

L'article 108, alinéa 2, dispose qu'en exécution d'une loi adoptée à la majorité prévue à l'article 1er, dernier alinéa, l'organisation et l'exercice de la tutelle administrative peuvent être réglés par les conseils de la Communauté ou de la Région.

L'article 7 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles rend les Régions compétentes pour l'organisation et l'exercice de la tutelle administrative sur les communes :

- i) en ce qui concerne la tutelle administrative ordinaire qui comprend toute forme de tutelle instituée par la loi communale, la loi provinciale ou la loi du 26 juil-

.../...

let 1971; en ce qui concerne notamment les budgets, les comptes annuels, les cadres du personnel;

- ii) pour les autres actes, à l'exception de ceux qui sont relatifs aux matières relevant de la compétence du pouvoir national ou de la communauté et pour lesquels la loi ou le décret a organisé une tutelle spécifique.

C'est sur cette disposition que se fonde l'exposé des motifs.

L'article 6, § 1er, VIII, de la loi spéciale du 8 août 1980 attribue aux Régions la compétence de régler, au titre de matières régionales visées à l'article 107quater de la Constitution, outre les intercommunales, le financement général des communes ainsi que le financement des missions à remplir par les communes dans les matières qui relèvent de la compétence des Régions, sauf lorsque les missions se rapportent à une matière qui est de la compétence de l'autorité fédérale ou des Communautés.

8. On a vu que le programme de gestion est un instrument contraignant qui, négocié entre la Région et une commune, contient des dispositions générales pouvant régir n'importe quel objet d'intérêt communal (voire régional), de la "politique" développée en matière de sécurité urbaine ou d'intégration des étrangers à la "politique" du personnel; ce programme est ainsi en mesure de couvrir l'ensemble du domaine de la gestion des intérêts communaux.

.../...

Or, les Régions ne trouvent pas dans l'article 7 de la loi spéciale le pouvoir d'arrêter des normes dont elles ont pour mission d'assurer le respect (1); les compétences régionales trouvent ici leur limite dans la notion même de "tutelle", laquelle tutelle n'est qu'un procédé de contrôle et n'implique nullement la participation comme coauteur à l'élaboration des actes du pouvoir décentralisé, que ce soit unilatéralement, par des pratiques concertées ou par le biais de la conclusion d'un véritable contrat.

Il en va a fortiori ainsi lorsque, ce faisant, l'autorité de tutelle empièterait sur une compétence réservée à la loi par la Constitution (2). Si la loi spéciale du 16 juillet 1993 visant à achever la structure fédérale de l'Etat a modifié l'article 19 de la loi spéciale du 8 août 1980 afin de permettre une application de l'article 10 même dans les matières réservées, le recours à cette dernière disposition n'est admissible qu'à la double condition que la matière réservée se prête à un règlement différencié et que l'incidence sur cette matière réservée ne

(1) Conseil d'Etat, avis de la section de législation du 13 décembre 1982, Doc. C.R.W., 1982-1983, n° 78/1, p. 5.

(2) Arrêts de la Cour d'arbitrage, n° 45 du 20 janvier 1988 (Moniteur belge 6 février 1988 - tutelle en région flamande - article 108 de la Constitution) et n° 47 du 25 février 1988 (Moniteur belge 17 mars 1988 - article 110 Const. - impositions établies par les communes).

soit que marginale (1). Il est à craindre qu'en raison de l'ampleur des objets que peut régir le programme de gestion, cette dernière condition ne soit pas remplie.

Dès lors que le programme de gestion ne relève pas de la tutelle et qu'il ne peut davantage se fonder sur un lien direct et individualisé avec les missions régionales en matière de financement des communes - lien que l'exposé des motifs n'invoque d'ailleurs pas -, force est de conclure que le projet, en tant qu'il se donne un tel objet, excède la compétence de la Région.

f) Principe d'égalité.

9. Le projet d'ordonnance soumis à l'avis de la section de législation divise les communes, sous l'angle des contrôles auxquels celles-ci sont soumises, en deux catégories selon qu'elles ont ou non conclu avec la Région un programme de gestion.

Cette réforme tend, selon l'exposé des motifs, à concilier les "avantages de l'existence d'un niveau communal proche du citoyen et donc à même de prendre véritablement en charge les problèmes locaux" et "la possibilité de dépasser

(1) Cour d'arbitrage, arrêt n° 32/92 du 23 avril 1992 (Moniteur belge 30 mai 1992).

l'exiguïté du cadre strictement communal dans les matières où le besoin s'en fait sentir" tout en prenant en considération la situation spécifique de chaque entité. Respectant la logique contractuelle, les auteurs du projet n'entendent pas rendre obligatoire la conclusion d'un programme de gestion" ce qui suppose le maintien d'un régime "accessoire" de tutelle administrative "classique".

10. Il ressort de la jurisprudence de la Cour d'arbitrage que les articles 6 et 6bis de la Constitution sont applicables aux communes, chacune d'elles ayant droit à un traitement égal par rapport aux autres groupes configurés de manière identique par le droit positif (1).

Le contrôle juridictionnel de la conformité du projet d'ordonnance aux articles 6 et 6bis de la Constitution porte sur le caractère objectif de la distinction, l'adéquation des mesures au but recherché et l'existence d'un rapport raisonnable entre les moyens employés et l'objectif visé (2).

(1) Arrêts Cour d'arbitrage, n° 18/90 du 23 mai 1990, J.T., 1991, 270, et n° 13/91 du 28 mai 1991 (Moniteur belge 28 juin 1991); Adde : M. UYTENDAELE, La Cour d'arbitrage depuis 1989 : une Cour constitutionnelle à vocation limitée ?, J.T., 1991, 265.

(2) Arrêt n° 13/91, précité.

On se bornera, dans le présent avis, à formuler deux observations :

- i) la mesure doit être considérée comme disproportionnée à l'objectif poursuivi par le législateur lorsque cet objectif ne peut être atteint qu'au prix d'une méconnaissance de principes fondamentaux de l'ordre juridique belge, parmi lesquels figurent les articles 31 et 108 de la Constitution (1) ;
- ii) la distinction entre les deux catégories de communes affectera également les tiers intéressés par les décisions du pouvoir décentralisé ; on peut se demander si les inconvénients (2) que peut présenter pour ces personnes la conclusion d'un programme de gestion, notamment du point de vue de l'exercice des recours juridictionnels, ne sont pas hors de toute proportion avec les buts visés par la réforme en projet.

*

* *

(1) Arrêt n° 18/90, précité.

(2) Qui ont été décrits plus haut, supra, § 5.

C. DE LA TUTELLE DE CONFORMITE A L'INTERET GENERAL.

11. Une seconde catégorie de dispositions est intimement liée à celles qui ont trait au programme de gestion; il s'agit des articles 25 et 26 du projet qui, pour les communes ayant conclu un contrat de gestion, prévoient que l'autorité qui est chargée d'exercer la tutelle de suspension et d'annulation, fait porter son contrôle sur la conformité de l'acte au programme de gestion plutôt qu'à l'intérêt général.

L'exposé des motifs commente en ces termes le contrôle administratif que les articles 25 et 26 du projet organisent "sur le modèle de la tutelle de suspension et d'annulation" :

"On remarquera que les pouvoirs du Gouvernement sont, par rapport à ceux dont il dispose dans le régime de tutelle, plus limités en cas de programme de gestion dans la mesure où la suspension et l'annulation, si elles recouvrent logiquement la violation de la légalité comme dans le régime de la tutelle, ne peuvent plus être prononcées pour contrariété à l'intérêt général. Cette notion est, en effet, délimitée par le contenu du programme de gestion qui constitue en quelque sorte une codification de l'intérêt général".

Dans sa lettre du 27 août 1993, le délégué du gouvernement écrit que :

.../...

"La tutelle d'intérêt général exercée par la Région au titre de la tutelle ordinaire dans les matières nationales et communautaires n'est pas abandonnée mais bien modalisée par le biais du programme de gestion.

En effet, le programme de gestion sera la traduction concrète de l'intérêt général et permettra à la Région de préciser de façon claire ce qu'elle considère comme étant d'intérêt général."

12. Un tel régime se heurte à une double objection d'inconstitutionnalité :

- i) Une "codification" ou une "modalisation" de l'intérêt général, en particulier, lorsqu'elles sont négociées en vue de la conclusion d'un contrat ou de l'organisation d'une pratique concertée, impliquent nécessairement des choix et des renoncements, ne fût-ce que parce qu'il est impossible de prévoir à l'avance tout ce que la réalisation concrète de l'intérêt général requerra ; or, ce qui n'est pas prévu dans le programme de gestion échappera, sauf violation de la loi, au contrôle administratif qu'organisent les articles 25 et 26 du projet.

.../...

L'intervention de l'autorité de tutelle pour empêcher que l'intérêt général ne soit blessé faisant partie des principes que la Constitution charge la loi de consacrer, il n'appartient pas à une Région de renoncer, à l'égard de certaines communes, à exercer son contrôle du respect de l'intérêt général, que cette renonciation soit totale ou seulement partielle par le biais d'une "codification" ou d'une "modalisation" de cet intérêt.

Ainsi que l'écrit J. DEMBOUR,

"le caractère de "généralité" de la tutelle d'annulation constitue, en ce qui concerne les actes des autorités provinciales et ceux des autorités locales, la simple mise en oeuvre de l'article 108, 5°, de notre Pacte fondamental, lequel impose au pouvoir législatif l'obligation de consacrer, dans les lois provinciale et communale, l'application du principe de l'intervention du Roi ou de sa propre intervention pour empêcher que les conseils provinciaux et communaux ne sortent de leurs attributions et ne blessent l'intérêt général" (1).

Dans l'avis qu'elle a donné le 2 mai 1983 sur le projet qui est devenu la loi du 4 décembre 1984 modifiant les dispositions relatives à la tutelle sur les actes des autorités provinciales, la section de législation du Conseil

(1) J. DEMBOUR, op. cit., n° 95, pages 154 et 155.

d'Etat, citant une déclaration du Premier ministre devant la Commission de la révision de la Constitution et de la réforme des institutions de la Chambre des représentants (1), a rappelé que la suppression de la "tutelle d'opportunité", comprise dans la tutelle général d'annulation, serait contraire à l'article 108 de la Constitution (2) (3).

- ii) D'un autre côté, il n'appartient pas à l'autorité de tutelle de déterminer, à l'avance et de façon générale, le contenu de l'intérêt général dans un instrument juridique contraignant.

Il va de soi que l'autorité de tutelle ne peut faire usage d'un pouvoir réglementaire dans l'exercice de sa compétence : de cette façon, elle annihilerait ou, en tout cas, restreindrait la compétence discrétionnaire qu'elle se doit d'exercer sur les décisions de l'autorité sous tutelle,

(1) "En ce qui concerne la tutelle d'opportunité", celle-ci ne peut être abrogée sans modification de la Constitution" (Doc. Chambre, 1979-1980, n° 627/10, page 117).

(2) Doc. Chambre, 1982-1983, n° 713/1, p. 4, note infra-paginale ¹.

(3) L'expression de "tutelle d'opportunité" n'est pas à conseiller dans la mesure où elle se révèle peu compatible avec l'autonomie organique qu'implique le recours à la décentralisation.

prises une à une ; elle supprimerait ou limiterait de même l'autonomie des organes décentralisés (1).

On ne pourrait ici dénier un caractère réglementaire à un programme de gestion qui contient des règles juridiques nouvelles, qui est obligatoire et dont le respect est assuré par l'application "automatique" des procédés de contrôle administratif et budgétaire que le projet met en place pour réprimer "la violation des dispositions du programme de gestion".

Il importe peu que, ainsi qu'il a été dit ci-dessus, que le pouvoir décentralisé ait consenti à la conclusion du programme de gestion.

13. La dénonciation du programme de gestion, telle qu'elle est prévue à l'article 22, alinéa 2, en projet, utilisée par la Région en raison de la méconnaissance de l'intérêt général dans un cas particulier, ne permettrait pas de remédier à l'inconstitutionnalité qui vient d'être dénoncée.

En effet, d'une part, une telle dénonciation du programme de gestion par la Région rendrait le système même du programme de gestion tout à fait illusoire et, d'autre

(1) J.-M. FAVRESSE, Usage et contenu des circulaires administratives, Adm. pub. trim. , 1986, n° 1, pp. 11 à 16, spéc. page 12.

part, s'il était fait usage de cette faculté de dénonciation, il n'en resterait pas moins que, pendant toute la période antérieure à cette dénonciation, l'application du programme de gestion aurait porté atteinte aux principes constitutionnels qui ont été indiqués ci-dessus.

*

*

*

D. PLAN FINANCIER PLURIANNUEL.

14. L'article 9 du projet prévoit que les communes établissent chaque année un plan financier pluriannuel qui constitue une annexe du budget, lequel est soumis à la tutelle d'approbation du gouvernement de la Région.

La loi spéciale du 8 août 1988 a étendu les compétences régionales en matière de tutelle sur les communes en confiant aux Régions l'organisation "intégrale" de la tutelle ordinaire (1).

L'article 9 du projet ne soulève pas d'objection dès lors que, comme le précise l'exposé des motifs, il s'agit d'un instrument prévisionnel de nature purement

(1) P. NIHOUL, La tutelle administrative sur les actes des communes : une compétence régionale à part entière ?, Rev. rég. dr., 1992, pp. 317 et ss., spéc. p. 323.

indicative qui participe de l'organisation de la tutelle d'approbation du budget, étant un élément accessoire permettant à l'autorité chargée de cette tutelle de statuer en connaissance de cause. Il conviendrait toutefois de préciser dans le texte les intentions de son auteur telles qu'elles sont traduites dans l'exposé des motifs.

En outre, il faut éviter de dénaturer le plan financier; ainsi la délégation consentie au gouvernement en vue de fixer le contenu du plan doit-elle être limitée aux données qui sont strictement nécessaires à l'autorité qui est chargée d'approuver ou d'improver le budget, afin de lui permettre de décider en connaissance de cause; de même, l'autorité de tutelle ne pourrait censurer un acte de la commune pour le seul motif que cet acte ne serait pas conforme aux prévisions du plan financier; enfin, l'autorité de tutelle ne pourrait pas refuser d'approuver le budget sous le prétexte qu'elle ne marquerait pas son accord avec les options traduites par le plan (pas de contrôle du contenu).

*

*

*

.../...

E. REGIES COMMUNALES.

15. L'article 15 du projet dispose que :

"Le gouvernement désigne les établissements et services communaux à caractère industriel ou commercial qui peuvent être organisés en régie et gérés en dehors des services généraux de la commune."

Cette disposition excède les compétences de la Région dès lors que la compétence qu'elle attribue au gouvernement régional et qui était confiée au Roi par l'article 147bis de la loi communale du 30 mars 1836 (devenu l'article 261 de la nouvelle loi communale), est étrangère à toute forme de tutelle.

Ainsi P. GILLIAUX (1) écrit-il à ce sujet que :

"On a voulu y voir une mesure d'office (317) pour justifier la compétence des Régions. C'est oublier que la tutelle coercitive suppose nécessairement une carence du corps décentralisé et que l'autonomie communale s'oppose précisément, comme l'a fait ressortir un arrêt Commune d'Olloy (318), à ce que le Roi puisse décider d'office que la distribution d'énergie électrique (en l'espèce), assurée par une intercommunale, soit désormais organisée en régie.

(1) P. GILLIAUX, Le concours de tutelles administratives, Nemesis, 1990, page 115.

(317) Q.P., Sénat, Bulletin du 16 mai 1989, p. 1579, à propos de l'article 114bis de la loi provinciale organisant les régions provinciales (sur le même mode que les régions communales).

(318) Commune d'Olloy, n° 8375, du 19 janvier 1961, R.J.D.A., rapport BOLAND (G)."

De même, la section de législation fit observer, dans son avis L. 21.883/8 du 20 octobre 1992 sur un projet de décret "Houdende regeling, voor het Vlaamse Gewest, van het administratief toezicht op de gemeenten", que :

"Luidens het eerste lid van (...) artikel (27), zou het aan de Executieve toekomen om, op verzoek van de gemeenteraad, gemeentelijke inrichtingen en diensten, van industriële of commerciële aard, in bedrijf te stellen om te worden beheerd buiten de algemene diensten.

De regeling van het financieel beheer van gemeentebedrijven maakt echter deel uit van de organieke wetgeving op de gemeenten en behoort derhalve, voor zover het niet gaat om de uitoefening van een toezicht op de beslissingen welke de gemeenten ter zake nemen, tot de bevoegdheid van de nationale wetgever.

Met andere woorden, de beslissingen ter zake (oprichting, afschaffing, enz.) dienen, onverminderd de regelingen welke de nationale wetgever zou uitvaardigen, volledig aan de gemeenten overgelaten.

Wel verenigbaar met de bevoegdheid van het Gewest zou evenwel het organiseren van een toezicht (bijvoorbeeld goedkeuring of machtiging) op de desbetreffende beslissingen zijn."

.../...

A la suite de cet avis, l'article 23 du décret du conseil flamand du 28 avril 1993 portant réglementation, pour la Région flamande, de la tutelle administrative des communes, soumet les délibérations du conseil communal organisant en régies les établissements et services communaux à caractère industriel ou commercial, à l'avis de la députation permanente et à l'approbation de l'Exécutif.

16. Selon le délégué du gouvernement,

"de l'article 261 de la nouvelle loi communale qui traite des régies communales, l'on peut déduire que le législateur fédéral lui-même considère qu'il s'agit d'une matière relevant de la tutelle et non de la loi organique" (lettre du 27 août 1993).

S'il est exact que l'article 261, § 2, de la nouvelle loi communale, prévoit une intervention du Roi pour les communes où la tutelle relève de l'autorité fédérale, cette disposition est l'oeuvre de l'arrêté royal du 30 mai 1989 (article 51) qui n'a pas été soumis, pour avis, au Conseil d'Etat et qui n'a pas été ratifié par la loi. Aucune conséquence ne peut donc en être tirée pour justifier la conformité de l'article 15 en projet aux règles de répartition des compétences.

*

*

*

.../...

F. DE LA REFORMATION.

17. L'article 20, § 2, du projet, prévoit que

"sont soumis à l'approbation du gouvernement qui peut éventuellement les réformer, les actes du conseil communal concernant le budget de la commune et des régies qui en dépendent, en ce compris les modifications budgétaires et les crédits spéciaux visés à l'article 246 de la nouvelle loi communale".

L'article 27 contient une disposition similaire en ce qui concerne les communes qui ont souscrit à un programme de gestion, tandis que l'article 16 assujettit les comptes de toutes les communes à une même tutelle d'approbation avec pouvoir de réformation.

On observera que ces dispositions n'assortissent d'aucun critère ni d'aucune modalité l'exercice du pouvoir de réformation, si ce n'est la référence faite par l'article 27 à la loi et aux dispositions du programme de gestion.

18. La possibilité accordée à l'autorité de tutelle de modifier les décisions soumises à son approbation a été longuement examinée par la section de législation du Conseil d'Etat dans son avis L. 19.143/9 du 16 juin 1989 relatif au projet qui est devenu le décret du conseil

.../...

régional wallon du 20 juillet 1989 organisant la tutelle sur les communes, les provinces et les intercommunales de la Région wallonne (1). On extrait de cet avis le passage suivant :

"Cet article dispose :

"La députation permanente et l'Exécutif sur recours du gouverneur peuvent modifier les décisions soumises à leur approbation".

Il est commenté dans l'exposé des motifs dans les termes suivants :

"Cet article s'inspire, en le généralisant, du pouvoir de réformation que possède l'autorité de tutelle quant aux divers articles des budgets des communes et des régies.

Ce pouvoir de réformation porte, à l'évidence, sur toutes les dépenses facultatives. Il porte aussi sur la partie non nécessaire des dépenses obligatoires (cas de dépenses surévaluées). Il est désormais étendu à toutes les décisions soumises à approbation. C'est là un pouvoir considérable qui est donné à l'autorité de tutelle, mais qui est compensé, en quelque sorte, par l'importante diminution du nombre de cas où la tutelle spéciale d'approbation trouve à s'appliquer. Au surplus, c'est la confirmation de la pratique largement répandue mais qui n'avait de base légale qu'en matière budgétaire (article 141 de la loi communale)".

(1) Doc. C.R.W., S.O. 1988-1989, n° 104/1.

Il est exact que la législation actuellement en vigueur est interprétée comme permettant à l'autorité de tutelle qui, en vertu de l'article 141 de la loi communale, arrête définitivement les budgets, de réduire les postes afférents aux dépenses facultatives et à la partie non nécessaire des dépenses obligatoires : l'autorité de tutelle approuve ces postes à concurrence de x ... francs. Il ne s'agit pas là d'une véritable réformation, mais d'une approbation limitée, d'ailleurs expressément autorisée par l'alinéa 3 pour les dépenses facultatives, qui permet d'éviter une improbation pour le tout avec obligation de représenter à la tutelle un nouveau budget corrigé.

La loi communale actuellement applicable ne permet pas semblable procédé à l'égard des autres actes soumis à approbation (1). Elle permet moins encore dans le cadre de la tutelle d'approbation une majoration d'office des postes budgétaires. Une procédure spéciale est prévue en effet par l'article 133 de la loi communale pour "tous les cas où les conseils communaux se refuseraient à porter au budget, en tout ou en partie, les dépenses obligatoires que la loi met à leur charge". L'autorité de tutelle peut alors, après avoir entendu le conseil communal, les inscrire d'office dans la proportion des besoins. Aucune disposition ne permet une majoration des dépenses facultatives, et moins encore la "modification" des actes soumis à approbation.

(1) Sauf les comptes qui, selon le projet, échappent désormais à cette tutelle.

Il a toujours été entendu qu'une approbation devait, sous la réserve de la limitation des crédits budgétaires, être pure et simple. Une modification de la décision soumise à approbation n'est plus une approbation, mais une réformation.

La tutelle de réformation existe certes. Elle est prévue dans des cas exceptionnels, dans le but seulement soit de permettre à l'autorité de tutelle de faire respecter des obligations incombant légalement à la commune (article 133 de la loi communale) soit de donner des garanties aux agents des communes (article 178, § 1er, alinéa 4, et § 2, alinéa 3, article 180, alinéa 3, article 187, § 4, article 188, alinéa 3).

Selon l'arrêt de la Cour d'arbitrage du 22 décembre 1988,

"la notion de tutelle ne s'oppose pas à ce que l'autorité fonde sa décision, en matière disciplinaire sur des circonstances et intérêts propres à l'agent. Lorsqu'il s'agit de prendre une décision disciplinaire, de la contrôler ou de la réformer, la légalité et l'intérêt général n'excluent nullement la prise en compte de ces circonstances et intérêts".

Ce que la Cour d'arbitrage a dit en matière disciplinaire, elle aurait pu le dire, en matière pécuniaire, dans le cadre de la loi du 21 décembre 1927, si celle-ci n'avait été abrogée en ce qui concerne les agents des communes.

.../...

Si la tutelle de réformation peut s'exercer d'office, ou sur recours de celui en faveur de qui elle est instituée, les seuls précédents législatifs en matière de réformation d'office paraissent être liés au souci du législateur de faire respecter la légalité.

...

Le 1^o de l'article 11, qui ne concerne que le budget, lequel ne constitue en principe qu'une autorisation de dépenser, serait à cet égard sans pertinence. En effet, s'il s'agit de dépenses obligatoires, l'article 12, disposition générale, ne saurait faire échec à l'application de l'article 16, disposition spéciale inspirée de l'article 133 de la loi communale. S'il s'agit de dépenses facultatives, le fait qu'elles soient autorisées par l'autorité de tutelle contre l'intention de l'autorité communale ne saurait contraindre celle-ci à les effectuer.

Une observation analogue peut être faite pour le 2^o dans la mesure où celui-ci est relatif au cadre des agents de la commune. S'il s'agit d'emplois qui doivent y être légalement repris, l'autorité de tutelle a toujours le moyen de contraindre l'autorité communale d'y pourvoir, notamment par l'envoi d'un commissaire spécial. S'il s'agit d'emplois facultatifs créés dans la limite des dispositions générales arrêtées par le Roi sur base de l'article 145 de la nouvelle loi communale (article 84, § 1^{er}, de la loi communale de 1836), le cadre, comme le budget, fixe un nombre d'emplois à ne pas dépasser, non l'obligation d'y

.../...

pourvoir. S'il est concevable que l'autorité de tutelle puisse réduire, compte tenu de l'état des finances communales, un cadre arrêté dans la limite fixée par le Roi (1), par contre lui reconnaître le pouvoir d'augmenter un cadre facultatif, tout en demeurant dans cette limite, ne suffirait pas à obliger la commune d'y pourvoir (2).

L'article 11, 2°, soumet à approbation les conditions de recrutement et d'avancement des agents de la commune. En vertu de l'article 145 de la nouvelle loi communale (article 84, § 1er, de l'ancienne), ces conditions sont fixées par le conseil communal dans la limite des dispositions générales arrêtées par le Roi, ce qui n'empêchait pas qu'elles fussent soumises à approbation. Dans la fixation des conditions, le conseil communal peut et doit avoir légitimement le souci d'établir une certaine harmonie entre les conditions selon les grades : le statut peut être constitué de dispositions de ce fait indissociables. En modulant les modifications suivant sa conception de ce que devraient être les conditions de recrutement et d'avancement à chacun des grades, l'autorité de tutelle supprimerait de facto toute autonomie communale.

Une observation analogue pourrait être faite à propos du 3° de l'article 11, qui soumet à approbation

(1) L'article 84 de la loi communale prévoit en effet à la fois la fixation de dispositions générales et l'approbation des cadres.

(2) Il y a encore des communes économes.

le statut pécuniaire et les échelles de traitement des agents de la commune que, toujours en vertu de l'article 145 de la nouvelle loi communale, le conseil communal fixe dans la limite des dispositions générales arrêtées par le Roi.

En permettant à l'autorité de tutelle saisie pour approbation d'un acte de le modifier sans déterminer aucune condition d'une telle modification, l'article 12 du projet permet à cette autorité de se substituer complètement dans des matières qui relèvent essentiellement des intérêts communaux au sens de l'article 31 de la Constitution, au conseil communal à qui le même article attribue le règlement de ces intérêts. Le projet dénature ainsi la notion de tutelle d'approbation.

En résumé, en ce qui concerne en tout cas les 2^o et 3^o de l'article 11, le projet permet à l'autorité de fixer elle-même le cadre, le statut administratif, le statut pécuniaire et les échelles de traitement des agents de la commune, alors que ce pouvoir est reconnu au conseil communal par la loi communale. Il est reconnu et non attribué, parce que s'agissant d'objets d'intérêt communal, il appartient au conseil communal en vertu des articles 31 et 108 de la Constitution. La loi communale n'a pas eu pour but de le lui attribuer, mais seulement de fixer les conditions dans lesquelles il devrait être exercé.

Cette dernière observation vaut pour le 4^o de l'article 11, qui est relatif au régime de pension des

.../...

agents de la commune. Il n'a jamais été contesté que la fixation de ce régime relevait du pouvoir du conseil communal, sous réserve de l'intervention du législateur qui n'est intervenu qu'en 1933 pour garantir un minimum de droits aux agents et qui n'a jamais prévu de tutelle spéciale. Cette tutelle peut être instituée par décret en vertu de l'article 7 de la loi spéciale de réformes institutionnelles, mais elle ne peut avoir pour effet de dépouiller le conseil communal d'un pouvoir à lui constitutionnellement attribué.

On peut ajouter que l'article 108, 2°, de la Constitution prévoit l'approbation de certains actes des autorités communales, non la substitution d'action (commissaire spécial) ou de décision (réformation). Si ces procédés ont été admis dès 1836, c'est dans des limites très strictes en vue de faciliter la mission de l'autorité de tutelle appelée à contraindre les autorités communales au respect de la légalité. Le procédé de la réformation a été par la suite étendu à la protection des intérêts des agents, que le législateur a considérés comme particulièrement dignes d'intérêt au regard de la carence de certaines autorités communales. L'arrêt précité du 22 décembre 1988 de la Cour d'arbitrage vient d'admettre que l'on ne sortait pas pour autant du cadre de la tutelle administrative. Mais jamais l'article 108, 2°, de la Constitution n'a été interprété comme tenant pour équivalentes les notions d'approbation et de réformation".

On doit conclure de ce qui précède que l'article 12 du projet est superflu dans la mesure où il

.../...

concerne les objets visés à l'article 11, 1^o, et qu'il manque de fondement constitutionnel pour le surplus. Cet article doit dès lors être omis.

Rien n'empêcherait toutefois le législateur régional de disposer que l'approbation peut être partielle dans le cas où les diverses dispositions de l'acte qui y est soumis sont sans lien réciproque de connexité. Encore cela semble-t-il aller de soi, de sorte que la disposition serait inutile".

La détermination précise des pouvoirs de l'autorité qui est chargée de la tutelle d'approbation en matière budgétaire a été parfaitement exposée par P. GILLIAUX (1) :

"Les articles 77, 8^o et 9^o de la loi communale soumettent les budgets et les comptes communaux à approbation. Il faut toutefois combiner ces dispositions avec l'article 141, alinéas 1^{er} et 2, en vertu desquels ceux-ci sont arrêtés définitivement par l'autorité de tutelle. L'approbation ne pouvant, en principe être que pure et simple, elle ne peut, en règle, qu'approuver ou improuver, alors que ces termes sont de nature à faire croire qu'elle dispose de pouvoirs plus étendus. Traditionnellement, on convient d'ailleurs qu'en matière budgétaire et comptable, l'autorité de tutelle voit sa mission élargie et qu'elle peut modifier, supprimer ou compléter, s'il y a lieu, le montant des recettes et des dépenses de manière à obtenir un équilibre entre les divers services (Wilkin (R.), Commentaire de la loi communale, Bruylant, Bruxelles, 1947, t. I^{er}, p. 351; De Tollenaere (V.), op. cit., p. 1305). Cette ambiguïté persiste sous le régime de la nouvelle loi communale; on se reportera à cet égard à l'article 244. Il serait cependant excessif d'en déduire que l'autorité supérieure jouirait d'un entier pouvoir de réformation. En

(1) Op. cit., pages 40 et 41, note infrapaginale n^o 95.

réalité, l'étendue de ses attributions varie selon les circonstances. Si elle estime n'avoir aucun grief à formuler à l'encontre du budget ou du compte qui lui est soumis, elle l'approuve purement et simplement. Par contre, depuis l'exercice budgétaire 1988, elle peut prendre, en vertu de l'article 3 de l'arrêté royal n° 110 du 13 décembre 1982 (ou de l'article 254 de la "Nouvelle loi communale") toutes les mesures de nature à réduire les dépenses, quelles qu'elles soient, et à augmenter les recettes si la commune est en défaut de lui présenter un budget en équilibre; le budget ainsi modifié est, en ce cas, immédiatement exécutoire en toutes ses dispositions de sorte qu'il s'agit bien là d'une réformation. En dehors de cette hypothèse limitée (peu de communes ont été ou sont encore dans l'impossibilité de présenter un budget équilibré), l'autorité de tutelle trouve dans l'article 133 de la loi communale (article 257 de la "Nouvelle loi communale") le pouvoir d'inscrire d'office au budget le montant correspondant aux dépenses obligatoires que la loi met à la charge des communes, dans tous les cas où elles se refuseraient à les y porter en tout ou en partie. Cette majoration, qui peut prendre l'apparence d'une modification des articles budgétaires, est soumise à une procédure particulière et constitue en réalité une mesure habituellement rangée dans la catégorie des tutelles coercitives. L'article 141, alinéa 3, de la loi communale (245 de la "Nouvelle loi communale") évoque quant à lui la possibilité de réduire, voire de supprimer, les allocations prévues pour couvrir les dépenses facultatives et la partie non nécessaire des dépenses obligatoires. Il ne faut toutefois pas se méprendre sur sa portée; le pouvoir de réduire ou de supprimer les dépenses facultatives trouve son fondement dans la combinaison de cette disposition et de l'article 77 de la loi communale (244, § 1er, alinéa 1er, de la "Nouvelle loi communale"); l'autorité de tutelle approuve en quelque sorte partiellement les articles budgétaires à concurrence de tel montant. L'accord qui est exigé du conseil communal sur celui-ci (et qui fut inséré dans le projet qui allait devenir la loi communale précisément pour répondre à l'objection que les députations permanentes ne pouvaient gérer des intérêts communaux par l'intermédiaire de leur pouvoir sur les inscriptions budgétaires traduisant en chiffre la volonté politique de la commune (Pasin., 1836, pp. 386 et 387) distingue d'ailleurs ce mécanisme de celui de la réformation, laquelle

.../...

n'a nul besoin de cette condition pour sortir ses effets. Pour la même raison, il se différencie aussi de l'approbation qui ne peut être partielle. Le pouvoir de l'autorité de tutelle sur les budgets et les comptes peut donc s'analyser tantôt en une tutelle d'approbation pure et simple ou en une tutelle coercitive, tantôt en un véritable pouvoir de réformation, tantôt en une compétence hybride. Sur cette question, voyez Commune de Schaerbeek, n° 32.055 du 22 février 1989 et l'avis de la section de législation L. 19.143/9 du 16 juin 1989, Doc. C.R.W., s.o. 1988-1989, n° 104/1. En Région wallonne, l'article 18, alinéa 1er, 1°, du décret du 20 juillet 1989 soumet toujours les budgets et les comptes à la tutelle d'approbation et l'article 40, § 1er, 25°, ayant abrogé l'article 141, alinéas 1er et 2, de la loi communale, l'ambiguïté liée à ce dernier est ainsi levée. Mais l'autorité de tutelle y dispose toujours de pouvoirs aussi étendus que précédemment en vertu de l'article 3 de l'arrêté royal n° 110 (cfr. article 2, 41°, de la loi du 26 mai 1989), des articles 22 et suivants du décret du 20 juillet 1989 (comp. avec l'article 133 de la loi communale) et de l'article 245 de la "Nouvelle loi communale" (à combiner, comme l'ancien article 141, alinéa 3, de la loi communale, avec l'article 18 du décret)".

19. Dans son arrêt Commune de Schaerbeek (1), précité, la section d'administration du Conseil d'Etat a rappelé que les articles 77 et 141 de la loi communale du 30 mars 1836 (articles 244 et 245 de la nouvelle loi communale) - prévoyant notamment que l'autorité de tutelle "arrête définitivement" les budgets et les comptes - accordent à cette autorité le pouvoir d'approuver l'acte qui lui est soumis, mais ne l'autorisent à le modifier que dans les cas prévus aux articles 133 et 141.

Les auteurs du projet expriment clairement dans l'exposé des motifs leur intention de s'écarter de la

(1) Arrêt, n° 32.055, du 22 février 1989.

solution retenue par cet arrêt et, afin de "mettre fin à une ambiguïté" et de manière à mettre "la lettre des textes (...) en concordance avec la pratique courante", d'indiquer explicitement que le Gouvernement peut réformer les budgets.

Aboutissant toutefois à accorder à l'autorité de tutelle un pouvoir généralisé de réformation qui ne se borne pas à assurer le strict respect de la légalité et qui excède les limites posées par les articles 244 et 245 de la nouvelle loi communale, le projet ne peut être adopté sans une modification préalable de la Constitution dès lors qu'un pouvoir de réformation ainsi compris dénature la tutelle d'approbation.

*

*

*

Des observations qui précèdent, il résulte que le projet est inconstitutionnel.

A. ONDERWERP VAN HET OM ADVIES AAN DE AFDELING WETGEVING
VOORGELEGDE ONTWERP VAN ORDONNANTIE.

1. De ontworpen ordonnantie beoogt de controle-procedures toepasselijk op de Brusselse gemeenten fundamenteel te hervormen; te dien einde is zij gegrond op artikel 7 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 (1). Naar luid van de memorie van toelichting wordt door het ontwerp "de organisatie van het administratief toezicht ingrijpend (gewijzigd), rekening houdend met de eigenheden van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest" (2).

De voornaamste nieuwigheid vervat in het ontwerp bestaat erin dat een onderscheid wordt gemaakt tussen twee categorieën van gemeenten, waarbij op de ene het administratief toezicht van toepassing is, en op de andere een bijzondere regeling, "administratieve en budgettaire controle" genaamd. Deze bijzondere regeling, welke alleen toepasselijk is op de gemeenten die met het Gewest een "beheersprogramma gesloten hebben", onderwerpt de gedecentraliseerde overheid aan een controle die op het eerste

(1) Memorie van toelichting bij het ontwerp, blz. 1.

(2) Ibid.

gezicht (1) minder streng lijkt dan het administratief toezicht : het toezicht op de overeenstemming met het algemeen belang vervalt, de gevallen van goedkeuring worden beperkt, de vaststelling van de "akten" die aan de toezicht-houdende overheid moeten worden gestuurd (artikel 4) geschiedt voortaan anders, enz.

Op de gemeenten die geen beheersprogrammaovereenkomst hebben gesloten, die haar opzeggen of niet naleven (2), wordt een toezichtsregeling toepasselijk die in de memorie van toelichting als "relatief strikt" wordt aange-merkt (blz. 2).

Op de merken valt dat de memorie van toelichting die gemeenrechtelijke toezichtsregeling als een "sanctie" beschouwt :

"De enige sanctie die aan de gemeente kan opgelegd worden indien de bepalingen van deze overeenkomst (het beheersprogramma) niet nageleefd worden, is de verandering van controlestelsel waaraan ze onderworpen is :

-
- (1) A. de LAUBADERE en P. DELVOLVE (Droit public économique, Précis Dallos, 5e uitgave, 1986, blz. 827) schrijven het volgende in verband met de vaststelling van de contractuele betrekkingen tussen de Staat en de openbare ondernemingen : "On peut se demander si, plutôt qu'un assouplissement, il ne s'agit pas en réalité d'un aménagement (des contrôles) qui, pour supprimer certaines modalités (juridiques et administratives), détermine d'un autre côté des solutions encadrant peut-être plus rigoureusement le comportement des entreprises publiques. A cet égard, les contrats sont peut-être moins des substituts aux contrôles que de nouvelles solutions de contrôle" (§ 652).
- (2) In dat geval kan de regering het beheersprogramma opzeggen (zie ook artikel 24 van het ontwerp).

door het beheersprogramma te overtreden, loopt de gemeente het risico, op beslissing van de Regering, terug onder het toezichtsstelsel te vallen. In dat geval ondergaat zij een striktere controle (verschillende gevallen van goedkeuringstoezicht) met een verdere draagwijdte (overeenstemming met het algemeen belang)" (blz. 4).

Bovendien valt op te merken dat indien de gemeente weigert een overeenkomst aan te gaan, een beheersprogramma-overeenkomst te sluiten, wat aan haar oordeel wordt overgelaten, ook al kent artikel 21 van het ontwerp iedere gemeente het recht toe om zulk een programma te onderschrijven (maar onder welke voorwaarden ?), het Gewest een gemeente de "voordelen" kan ontzeggen die in het ontwerp worden geboden, waardoor deze in de regeling terechtkomt die als een "sanctie" wordt opgevat en die dus minder gunstig is !

*

*

*

B. BEHEERSPROGRAMMA.

a) Begrip.

2. Het ontwerp van ordonnantie geeft geen begripsbepaling van het beheersprogramma; uit de tekst blijkt evenwel dat het een "akte" betreft die tussen een gemeente en de Regering van het Brusselse Hoofdstedelijk Gewest "gesloten" wordt voor een periode van drie jaar; door de goedkeuring van het programma gaat de gemeente over van de

.../...

gemeenrechtelijke regeling van administratief toezicht naar die van "administratieve en budgettaire controle". Ofschoon zulks niet duidelijk in de tekst wordt gesteld, lijkt het erop dat elk van de partijen steeds de "akte" kan opzeggen vóór het verstrijken van de vastgestelde termijn, zelfs buiten de toepassing van de procedure bepaald bij artikel 24 van het ontwerp (artikel 22, tweede lid; artikelsgewijze toelichting, blz. 10), wat tot gevolg heeft dat de betrokken gemeente terugvalt in de categorie van gemeenten waarop het gemeenrechtelijke toezicht van toepassing is.

In de memorie van toelichting wordt gesteld dat het begrip "beheersprogramma" is "ingegeven door de recente hervorming met betrekking tot de autonome overheidsbedrijven (1) en door de ervaringen die men in Frankrijk sinds de jaren '80 kon opdoen met de aan de gang zijnde decentralisatie", en wordt tevens uitgelegd dat het beoogde doel van de ontworpen hervorming erin bestaat "het gemeentelijk beleid onderling te harmoniseren en het af te stemmen op het gewestelijk beleid, zodanig dat toegezien wordt op de cohesie van de acties van de talrijke overheden die op het grondgebied van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest optreden".

In de memorie van toelichting staat te lezen :

"In dat vooruitzicht mag het beheersprogramma beschouwd worden als een voorziening die het, indien nodig, mogelijk maakt een doorstroming door te voeren in de diverse beleidsvoeringen. Het heeft als essentiële doelstelling het verduidelijken van de betrekkin-

(1) Wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven (Belgisch Staatsblad van 27 maart 1991).

gen die tussen het Gewest en de gemeenten tot stand komen. In dat opzicht zou het kunnen bestempeld worden als een ware codificatie van het algemeen belang en een vernieuwing betekenen van de klassieke theorie van het administratief recht.

Het algemeen belang zal inderdaad niet meer stapsgewijs vastgelegd worden ter gelegenheid van een of andere toezichtsmaatregel die afzonderlijk en tijdsgebonden genomen wordt in functie van soms wisselende opvattingen. Het beheersprogramma is integendeel een poging om het begrip "algemeen belang" te concretiseren in een enkel document met vooruitzichten op lange termijn en in functie van duidelijk omschreven doelstellingen.

(...).

Het doel dat nagestreefd wordt bestaat erin de gemeenten een zo groot mogelijke vrijheid te geven zonder evenwel de belangen van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest in het gedrang te brengen".

Als zulke doelstellingen worden beoogd, valt te begrijpen waarom het ontwerp geen beperkende opsomming bevat van de onderwerpen die door een zodanig beheersprogramma kunnen worden geregeld, welke onderwerpen de volledige werkingssfeer kunnen bestrijken van de gemeenten, of zelfs van het Brusselse Hoofdstedelijk Gewest, van de Staat of van de Gemeenschap.

Weliswaar somt artikel 23, tweede lid, van het ontwerp de aangelegenheden op die door het beheersprogramma moeten worden "geregeld", maar de "partijen" die erover onderhandelen oordelen volkomen naar eigen goeddunken over de precieze inhoud van dat programma (1).

(1) Artikelsgewijze toelichting, blz. 10.

Omtrent de gevolgen van het beheersprogramma valt op te merken dat de erin vervatte bepalingen bindend zullen zijn voor het Gewest en voor de betrokken gemeente (1), onder voorbehoud van wat in de aanhef ervan wordt verklaard (2); dat programma vormt dus de bron van rechten en verplichtingen voor de contractsluitende partijen.

Enkele van de belangrijkste rechtsgevolgen van het beheersprogramma zijn de bevoegdheid van de toezichthoudende overheid om een handeling waarbij een gemeente dat programma niet nakomt, te schorsen of te vernietigen (artikelen 25 en 26 van het ontwerp), of om de begroting te herzien in geval van niet-naleving van een bepaling van dat programma (artikel 27).

Daarentegen wordt de toezichthoudende overheid de bevoegdheid ontnomen om een handeling van de gemeente te vernietigen die het algemeen belang schendt indien die handeling aldus niet in strijd is met een bepaling van het "programma".

In de tekst van het ontwerp wordt echter niet bepaald welke weerslag de inhoud van het beheersprogramma kan hebben op de uitoefening van het toezicht van goedkeuring in niet-budgettaire aangelegenheden, zoals wordt geregeld bij artikel 10 van het ontwerp of bij de artikelen 85, 109, 114bis, 178 en 180 van de gemeentewet van 30 maart 1836, die bij artikel 44 van het ontwerp in stand worden gehouden.

(1) Ibid., blz. 10.

(2) Artikel 23, eerste lid, van het ontwerp.

Op basis van artikel 23, tweede lid, 5°, van het ontwerp en de commentaar erop in de memorie van toelichting kan worden gesteld dat het personeelsbeleid, inzonderheid de opleidingsprogramma's en de valorisatie ervan in de administratieve loopbaan, geregeld wordt door het beheersprogramma, terwijl de commentaar op artikel 10 stelt dat zulk een programma geen genoegzaam middel is om voor de hele agglomeratie een coherent personeelsbeleid te voeren.

Uit de tekst en de memorie van toelichting kan niet worden opgemaakt of de toezichthoudende overheid rekening kan of moet houden met het beheersprogramma wanneer zij zich moet uitspreken over de goedkeuring van een beslissing van de gemeente, en zo ja in welke mate.

b) Aard.

3. De doelstellingen, de inhoud en de gevolgen van het beheersprogramma kunnen vrij gemakkelijk worden afgeleid uit de tekst en uit de memorie van toelichting; zulks geldt echter niet voor het bepalen van de aard van de handeling die het Gewest en één van de gemeenten, onderworpen aan het door het Gewest uitgeoefende toezicht, in onderlinge overeenstemming verrichten.

De door de stellers van het ontwerp gebruikte terminologie (1) en de precedentes waarop zij zich beroepen

(1) Er is sprake van een akte die "gesloten" wordt tussen twee "partijen", die ze kunnen "opzeggen" vóór het verstrijken van de vastgestelde "termijn".

of waaraan het ontwerp onvermijdelijk doet denken (1), werpen spontaan het denkbeeld van een contract op; de wet van 21 maart 1991 schrijft voor dat het beheerscontract dat met de economische overheidsbedrijven wordt gesloten, contractueel wordt geregeld (2); dit is ook zo in Frankrijk (3).

Veeleer dan eenzijdig de rechtstoestand te regelen van rechtssubjecten die niet hebben deelgenomen aan de uitwerking van het beheersprogramma, zijn in dat programma alle gevolgen van de handeling het resultaat van de gemeenschappelijke wilsuiting van de partijen. Dat programma bepaalt de rechtstoestand van de rechtssubjecten - het Gewest en de Gemeente - die over het programma hebben onderhandeld en het vervolgens hebben goedgekeurd, en wel uitsluitend voor zover zij de inhoud ervan hebben aanvaard (4). Zulk een "akte" is een contract; wanneer het tussen twee publiekrechtelijke rechtspersonen is gesloten, betreft het volgens de algemeen aanvaarde opvatting een administratief contract.

In de memorie van toelichting betogen de stellers van het ontwerp evenwel dat de "rechtskracht" van het

(1) Men denkt uiteraard ook aan het "programmacontract"; zie in dat verband : M. PAQUES, De l'acte unilatéral au contrat dans l'action administrative, E. Story-Scientia, 1991, blz. 357 en volgende.

(2) Zie inzonderheid artikel 3, § 5.

(3) A. de LAUBADERE en P. DELVOLVE, Droit public économique, Dalloz, 5e uitgave, 1986, blz. 826 en volgende, nrs. 652 en volgende.

(4) M. PAQUES, op. cit., inzonderheid met betrekking tot de toetredingscontracten, nr. 116, blz. 159 tot 161.

beheersprogramma "van bijzondere aard is" en dat dit programma om de volgende reden niet met een echte overeenkomst mag worden gelijkgesteld :

"Het beheersprogramma vertoont inderdaad twee bijzondere kenmerken, namelijk het feit dat één der beide partijen ze op eigen initiatief kan sanctioneren en het feit dat beide partijen de mogelijkheid hebben zich unilateraal van hun verplichtingen te ontslaan vóór het verstrijken van de geplande termijn" (1).

De gemachtigde van de Regering heeft bevestigd dat het in het ontwerp bedoelde beheersprogramma volgens hem geen contract is.

De twee redenen die worden aangevoerd om te stellen dat het beheersprogramma niet van contractuele aard is, zijn niet overtuigend. De omstandigheid dat één van de partijen het akkoord uit eigen beweging kan "sanctioneren" brengt niet mede dat het contract aldus onbestaande wordt, tenzij bijvoorbeeld beschouwd wordt dat het retentierecht in contractuele aangelegenheden niet kan worden uitgeoefend ... Ook het Burgerlijk Wetboek voorziet in gevallen van eenzijdige verbreking (2), en de mogelijkheid voor het overheidsbestuur om eenzijdig, zonder schuld van de medecontractant, een contract te verbreken kenmerkt de administratieve contracten (3).

(1) Artikelsgewijze toelichting, blz. 11.

(2) Zie bijvoorbeeld de artikelen 1794, 1871 en 2004 van het Burgerlijk Wetboek.

(3) M.-A. FLAMME, Droit administratif, deel II, Brussel, Bruylant, 1989, nr. 323, blz. 827 en 828.

Bovendien volgen de stellers van het ontwerp de logica eigen aan de contracten wanneer zij het hebben over de "mogelijke duur van de gesloten overeenkomst" (1), wanneer zij schrijven dat de beheersprogramma's "trouwens bestemd (zijn) om de richtlijnen van deze plannen (daaronder verstaan de ontwikkelingsplannen) bindend te maken door hen contractueel een dwingende waarde te geven" (2) of wanneer zij uitsluiten dat derden zich kunnen beroepen op de inhoud van het programma (3).

c) Grondwettigheid van het werken met een contract.

4. Zodra is vastgesteld dat de ontworpen ordonnantie werkt met systemen die de signatuur van een contract dragen, behoort te worden onderzocht of het een aangelegenheid is van de gewestelijke wetgever om een regeling uit te werken waarbij het optreden van de toezichthoudende overheid zijn beslag krijgt in een contract tussen haar en de gemeente waarop zij toezicht houdt.

Artikel 108, tweede lid, 2^o en 6^o, van de Grondwet bepaalt :

(1) Memorie van toelichting, commentaar op artikel 21, blz. 10.

(2) Memorie van toelichting, commentaar op artikel 23, blz. 10.

(3) De gemachtigde van de minister heeft verklaard dat het programma alleen de betrekkingen regelt tussen het Gewest en de gemeente, en dat het niet aan derden kan worden tegengeworpen, die er zich niet op kunnen beroepen : *res inter alios acta*.

"De wet verzekert de toepassing van de volgende beginselen :

- 2° de bevoegdheid van de provincieraden en van de gemeenteraden voor alles wat van provinciaal en van gemeentelijk belang is, behoudens goedkeuring van hun handelingen in de gevallen en op de wijze bij de wet bepaald";
- 6° het optreden van de toezichthoudende overheid of van de wetgevende macht om te beletten dat de wet wordt geschonden of het algemeen belang geschaad".

Aldus verzoekt de grondwetgever de wetgever om aan de toezichthoudende overheid een duidelijk actiemiddel te geven dat zij behoort te gebruiken om het recht te handhaven en het algemeen belang te vrijwaren van schadelijke lijdelijkheid, machtsmisbruik en aanmatiging van macht van de zijde van de gedecentraliseerde overheden (1).

In een zodanige hypothese is optreden door middel van contracten uitgesloten, want dat zou betekenen dat afgezien wordt van een bevoegdheid die absoluut eenzijdig moet worden uitgeoefend (2) : men kan zich bezwaarlijk voorstellen dat het optreden van de toezichthoudende overheid, dat de wetgever krachtens artikel 108 van de Grondwet verplicht is te organiseren, geregeld wordt door een contract tussen de controlerende en de gecontroleerde instantie en onderhevig is aan de spelingen van de onderhandeling, die een wisselwerking van voordelen en toegevingen inhoudt.

(1) J. DEMBOUR, Les actes de la tutelle administrative en droit belge, Brussel, Larcier, 1955, blz. 1 tot 10.

(2) M. PAQUES, op. cit., blz. 423.

Als wordt aangenomen dat het optreden door middel van contracten uitzonderlijk kan worden toegestaan, zelfs als het overheidsbestuur beschikt over voorrechten van eenzijdig optreden, wanneer de wetgever het daartoe speciaal heeft gemachtigd, is die oplossing uitgesloten wanneer het de Grondwet zelf is die de bevoegdheid van eenzijdig optreden bekrachtigt; dat is trouwens de reden waarom geen vergelijking kan worden gemaakt tussen het onderwerp van het onderhavige ontwerp van ordonnantie en de wet van 21 maart 1991.

5. Het werken met een contract in aangelegenheden van politieke decentralisatie stuit op een tweede bezwaar, dat samenhangt met de omstandigheid dat het administratieve toezicht zeer vaak van toepassing is op een door de gemeente gestelde handeling die betrekking heeft op een derde : de rechthebbende van een politievergunning, de huurder van een gemeentelijk terrein, de persoon die benoemd is tot functionaris van de gemeente, enz.; die derde kan ook alle inwoners van de gemeente of een categorie van hen zijn, wanneer de handeling een gemeenteverordening is (bijvoorbeeld inzake heffingen) en zelfs personen die niets uit te staan hebben met de gemeente (bijvoorbeeld een aanvullend verkeersreglement).

Het beginsel van de betrekkelijkheid van de interne gevolgen van de contracten wordt bekrachtigd door artikel 1165 van het Burgerlijk Wetboek; de rechten of plichten die voortvloeien uit het contract kunnen slechts ten gunste vallen van of opgelegd worden aan de partijen bij dat contract, behalve wanneer uitzonderingen gelden in verband met de overdracht van goederen, de instemming met een reeds

bestaand contract (1), het derdenbeding, de rechtstreekse vordering of de overeenkomst inzake borgstelling.

Hierboven is echter opgemerkt dat de bepalingen van het beheersprogramma bindend zijn voor het Gewest en de gemeente, zodat voor de partijen rechten en verplichtingen uit dat programma voortvloeien.

Het Gewest kan ervoor zorgen dat die bepalingen worden nageleefd, door gebruik te maken van de bevoegdheden die de artikelen 25 tot 27 van het ontwerp het Gewest toekennen om de handeling waarbij de gemeente - haar mede-contractant - een bepaling van het beheersprogramma schendt, te schorsen, te vernietigen of te herzien, naargelang van het geval.

Zulk een beslissing van de toezichthoudende overheid brengt met zich dat de inhoud van een door de gemeentelijke overheid en het Gewest gesloten beheerscontract indirect tegengeworpen kan worden aan derden die belang hebben bij het besluit van de gemeentelijke overheid. Die situatie verdraagt zich niet met de beginselen die ten grondslag liggen aan het contractenrecht.

d) Overeenstemming met artikel 31 van de Grondwet.

6. Het beheersprogramma ontkomt niet aan de kritiek dat het ongrondwettig is, zelfs als men weigert het de

(1) Het zou onnatuurlijk zijn ervan uit te gaan dat de derden de "beheersprogramma"overeenkomst tussen het Gewest en de gemeente stilzwijgend hebben onderschreven.

beschouwen als een contract om het te bestempelen als een eenzijdige (in het onderhavige geval een multilaterale) handeling.

Krachtens artikel 31 van de Grondwet worden de uitsluitend gemeentelijke belangen geregeld door de gemeenteraden, overeenkomstig de bij de Grondwet vastgestelde beginselen. Artikel 108 van de Grondwet stelt dat de wet de toepassing moet verzekeren van het beginsel dat de gemeenteraden bevoegd zijn voor wat van gemeentelijk belang is, met als enige voorbehoud, behoudens artikel 110, § 4, het optreden van de toezichthoudende overheid.

In arrest nr. 13/91 van 28 mei 1991 (Belgisch Staatsblad 28 juni 1991) heeft het Arbitragehof zeer duidelijk opgemerkt dat "het beginsel van de gemeentelijke autonomie (...) de erkenning (bevat) van de gemeentelijke macht als onafhankelijke macht".

Die grondwetsbepalingen staan er aan in de weg dat de gewestelijke overheden rechtstreeks bepalen aan welke algemene voorschriften de gemeenten constant moeten voldoen bij het behartigen van belangen die kennelijk binnen de sfeer van de gemeentelijke belangen gehouden worden (zie infra).

Op zich wordt de toezichthoudende bevoegdheid niet algemeen en a priori uitgeoefend, maar uitsluitend naar aanleiding van een op zichzelf staande handeling van de gedecentraliseerde overheid, een bepaald ontwerp van handeling of een duidelijk verzuim dat geacht wordt onwettig te zijn :

.../...

"Les pouvoirs des autorités de tutelle sont limités.

En effet, le recours au procédé de la décentralisation serait inutile si le pouvoir central pouvait s'immiscer dans la gestion des services publics décentralisés, substituer ses propres décisions à celles de leurs agents.

Dans le domaine de la compétence propre des services publics décentralisés, les instructions, les injonctions, les ordres sont interdits. Le pouvoir central doit laisser l'initiative et la responsabilité aux agents décentralisés, se borner à censurer leurs excès éventuels" (1).

In de geschillenberechting op eis tot nietigverklaring heeft de Raad van State er reeds herhaaldelijk op gewezen dat de toezichthoudende overheid weliswaar voor zichzelf een gedragslijn kan vastleggen, maar de gemeenten geen bindende richtlijnen kan geven of normen kan vaststellen die de uitwerking hebben van echte rechtsregels (2) (3).

Noch de omstandigheid dat de gemeente door het beheersprogramma te "sluiten", instemt met de daarin

(1) FLAMME, op. cit., tome Ier, page 121; adde : J. DEMBOUR, op. cit., page 6.

(2) Zie, bijvoorbeeld, de arresten VERBIEST, nr. 18.384, van 13 juli 1977 (waarnaar wordt verwezen in de memorie van toelichting !), en GEMEENTE COURT-SAINT-ETIENNE, nr. 27.524, van 11 februari 1987.

(3) J. SOHIER, La tutelle sur les communes, A.P.T., 1986, blz. 17 tot 27, inz. blz. 21 tot 23.

vervatte bindende bepalingen (1), noch de omstandigheid dat die gemeente het programma eenzijdig kan opzeggen voor de termijn verstreken is, zijn van dien aard dat zij het bezwaar van ongrondwettigheid kunnen opheffen : een gemeente kan niet naar eigen goeddunken beschikken over de bevoegdheden die haar door de Grondwet worden toegekend.

Alleen het sluiten van een beheersprogrammaovereenkomst met een louter adviserende waarde ontkomt aan het bezwaar; zulk een programma zou echter niet bindend zijn voor de gemeente en er zou geen enkel rechtsgevolg verbonden kunnen worden aan de schending of naleving ervan.

e) Onbevoegdheid van het Gewest voor gemeentelijk beheer.

7. Krachtens artikel 108, eerste lid, van de Grondwet, worden de provinciale en gemeentelijke instellingen bij de wet geregeld.

Artikel 108, tweede lid, bepaalt dat ter uitvoering van een wet, aangenomen met de in artikel 1, laatste lid, bepaalde meerderheid, (...) de organisatie en de uitoefening van het administratieve toezicht (kunnen worden) geregeld door de raden van de gemeenschap of het gewest.

(1) Zie arrest GEMEENTE SCHARBEEK nr. 32.055 van 22 februari 1989 : een overeenkomst van de gemeente om aanspraak te maken op het Hulpfonds tot financieel herstel van de gemeenten kan de toezichthoudende overheid geen andere bevoegdheden toekennen dan die welke zij ontleent aan de wet.

Artikel 7 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen maakt de Gewesten bevoegd om het administratieve toezicht op de gemeenten te organiseren en uit te oefenen :

- i) wat betreft het gewoon administratief toezicht, dat elke vorm van toezicht omvat ingesteld door de gemeentewet, de provinciewet of de wet van 26 juli 1971; wat betreft inzonderheid de begrotingen, de jaarrekeningen, de personeelsformaties;
- ii) voor de andere handelingen, met uitzondering van die welke betrekking hebben op de aangelegenheden waarvoor de nationale overheid of de gemeenschapsoverheid bevoegd is en waarvoor bij de wet of het decreet een specifiek toezicht is georganiseerd.

Op die bepaling steunt de memorie van toelichting.

Artikel 6, § 1, VIII, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 maakt de Gewesten bevoegd om als gewestelijke aangelegenheden bedoeld in artikel 107quater van de Grondwet te regelen, naast de intercommunale verenigingen, ook de algemene financiering van de gemeenten alsook de financiering van de door de gemeenten uit te voeren opdrachten aangelegenheden die tot de bevoegdheid van de Gewesten behoren, behalve wanneer die opdrachten betrekking hebben op een aangelegenheid waarvoor de federale overheid of de Gemeenschappen bevoegd zijn.

8. Er is op gewezen dat het beheersprogramma een dwingend instrument is dat bedongen wordt tussen het Gewest

.../...

en een gemeente en algemene bepalingen bevat die ongeacht welke zaak van gemeentelijk (of zelfs gewestelijk) belang kunnen regelen, gaande van het "beleid" inzake stadsveiligheid of integratie van vreemdelingen tot het personeelsbeleid; aldus kan dat programma het hele terrein van de behartiging van de gemeentelijke belangen bestrijken.

De Gewesten treffen in artikel 7 van de bijzondere wet echter niet de bevoegdheid aan om rechtsregels vast te stellen ten aanzien waarvan zij tot taak hebben voor de naleving ervan te zorgen (1); de gewestelijke bevoegdheden vinden hier hun beperking in het begrip "toezicht" zelf, een toezicht dat slechts een controlemiddel is en geenszins inhoudt dat wordt meegewerkt aan de totstandkoming van de handelingen van de gedecentraliseerde overheid, namelijk eenzijdig, door overleg te plegen, of door een echt contract te sluiten.

Dat geldt a fortiori wanneer de toezichthoudende overheid zich daarbij een bevoegdheid zou aanmatigen die de Grondwet voor de wet weglegt (2). Artikel 19 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 is weliswaar bij de bijzondere wet van 16 juli 1993 tot vervollediging van de federale staatsstructuur gewijzigd om artikel 10 zelfs in de voorbehouden aangelegenheden te kunnen toepassen, maar die laatste

(1) Raad van State, advies van de afdeling wetgeving van 13 december 1982, Gedr. St., C.R.W., 1982-1983, nr. 78/1, blz. 5.

(2) Arresteet van het Arbitragehof, nr. 45 van 20 januari 1988 (Belgisch Staatsblad van 06-02-1988, toezicht in het Vlaams Gewest - artikel 108 van de Grondwet) en nr. 47 van 25 februari 1988 (Belgisch Staatsblad van 17-03-1988, artikel 110 van de Grondwet - het heffen van belastingen door de gemeenten).

bepaling kan slechts worden aangevoerd onder de tweevoudige voorwaarde dat de voorbehouden aangelegenheid zich tot een gedifferentieerde regeling leent en dat de weerslag op de voorbehouden aangelegenheid slechts marginaal is (1). Het gevaar bestaat dat niet wordt voldaan aan die laatste voorwaarde, doordat het beheersprogramma een groot aantal zaken kan regelen.

Aangezien het beheersprogramma niet ressorteert onder het toezicht en evenmin kan steunen op een direct en geïndividualiseerd verband met de gewestelijke taken inzake de financiering van de gemeenten - een verband dat overigens niet in de memorie van toelichting wordt aangevoerd -, moet worden besloten dat het ontwerp, in zoverre het zo'n strekking heeft, de bevoegdheid van het Gewest te buiten gaat.

f) Gelijkheidsbeginsel.

9. Het ontwerp van ordonnantie dat ter fine van advies aan de afdeling wetgeving is voorgelegd, verdeelt de gemeenten, vanuit de invalshoek van de controleprocedures die erop van toepassing zijn, in twee categorieën naargelang zij al dan niet een beheersprogrammaovereenkomst hebben gesloten met het Gewest.

Volgens de memorie van toelichting beoogt die hervorming het mogelijk te maken "voordeel te halen uit een gemeentelijke structuur die dicht bij de bevolking staat, daadwerkelijk de plaatselijke problemen aankan" en "die de

(1) Arbitragehof, arrest nr. 32/92 van 23 april 1992 (Belgisch Staatsblad van 30 mei 1992).

mogelijkheid biedt buiten de engheid van het gemeentelijk kader te treden voor materies waar deze behoefte zich doet gevoelen", waarbij rekening wordt gehouden met de specifieke situatie van elke gemeente. De stellers van het ontwerp blijven de contractuele logica volgen en willen het sluiten van een beheersprogrammaovereenkomst niet verplichten, wat vooronderstelt dat een "aanvullend" stelsel van "klassiek" administratief toezicht blijft bestaan.

10. Uit de rechtspraak van het Arbitragehof blijkt dat de artikelen 6 en 6bis van de Grondwet van toepassing zijn op de gemeenten, waarbij elke gemeente recht heeft op een gelijke behandeling in verhouding tot andere groepen die door het positief recht op een identieke wijze zijn samengesteld (1).

Het toezicht door de rechter op de overeenstemming van het ontwerp van ordonnantie met de artikelen 6 en 6bis van de Grondwet heeft betrekking op de objectieve aard van het onderscheid, de geschiktheid van de maatregelen voor het beoogde doel en het bestaan van een redelijke verhouding tussen de gebruikte middelen en de doelstelling (2).

Dit advies bepaalt zich ertoe twee opmerkingen te formuleren :

(1) Arresten van het Arbitragehof, nr. 18/90 van 23 mei 1990, J.T., 1991, 270, en nr. 13/91 van 28 mei 1991 (B.S. 28-06-1991); Adde : M. UYTENDAELE, La Cour d'Arbitrage depuis 1989 : une Cour constitutionnelle à vocation limitée ?, J.T., 1991, 265.

(2) Het voormelde arrest nr. 13/91.

- i) de maatregel moet worden beschouwd als onevenredig aan de doelstelling van de wetgever, wanneer die doelstelling alleen kan worden bereikt door afbreuk te doen aan grondbeginselen van de Belgische rechtsorde, waartoe de artikelen 31 en 108 van de Grondwet behoren (1);
- ii) het onderscheid tussen beide categorieën van gemeenten zal ook een invloed hebben op de derden die belang hebben bij de beslissingen van de gedecentraliseerde overheid; de vraag rijst of de nadelen (2) die het aangaan van een beheersprogrammaovereenkomst voor die personen kan meebrengen, onder meer wanneer zij beroep willen instellen bij de rechter, niet geheel onevenredig zijn aan de doelstellingen van de ontworpen hervorming.

*

*

*

C. TOEZICHT OP DE OVEREENSTEMMING MET HET ALGEMEEN BELANG.

11. Een tweede categorie van bepalingen is nauw verbonden met die welke betrekking hebben op het beheersprogramma; het betreft de artikelen 25 en 26 van het ontwerp die, voor de gemeenten die een beheerscontractovereenkomst hebben gesloten, bepalen dat de overheid die belast is met de uitoefening van het schorsings- en vernietigingstoezicht, haar controle toespitst op de overeenstemming van de "akte"

(1) Het voormelde arrest nr. 18/90.

(2) Hierboven in paragraaf 5 beschreven.

met het beheersprogramma, veeleer dan met het algemeen belang.

In de memorie van toelichting wordt de volgende commentaar gegeven bij het administratieve toezicht dat in de artikelen 25 en 26 van het ontwerp wordt geregeld "naar het model van het schorsings- en vernietigingstoezicht" :

"Er dient opgemerkt dat de bevoegdheden van de Regering beperkter zijn bij het beheersprogramma dan bij het toezichtsstelsel, aangezien in het eerste geval de schorsing en de vernietiging, zoals bij het toezichtsstelsel, logischerwijze kunnen uitgesproken worden in geval de wet overtreden wordt, maar niet meer in geval van tegenstrijdigheid met het algemeen belang. Dit begrip wordt inderdaad begrensd door de inhoud van het beheersprogramma dat in zekere mate een codificatie van het algemeen belang inhoudt".

De gemachtigde van de regering heeft in zijn brief van 27 augustus 1993 het volgende geschreven :

"La tutelle d'intérêt général exercée par la Région au titre de la tutelle ordinaire dans les matières nationales et communautaires n'est pas abandonnée mais bien modalisée par le biais du programme de gestion.

En effet, le programme de gestion sera la traduction concrète de l'intérêt général et permettra à la Région de préciser de façon claire ce qu'elle considère comme étant d'intérêt général".

12. Zulk een stelsel stuit op een tweevoudig grondwettigheidsbezwaar :

- i) een "codificatie" of een "verbinden aan bepaalde voorwaarden" van het algemeen belang, inzonderheid wanneer

.../...

daarover wordt onderhandeld met het oog op het sluiten van een contract of het organiseren van een overeengekomen handelwijze, impliceren noodzakelijkerwijs dat keuzen worden gemaakt en afstand wordt gedaan van bepaalde zaken, alleen al omdat onmogelijk kan worden voorzien wat allemaal zal worden vereist voor het concreet waar maken van het algemeen belang; nu is het zo dat hetgeen waarin niet wordt voorzien in het beheersprogramma, behoudens schending van de wet, zal ontkomen aan het administratieve toezicht dat de artikelen 25 en 26 van het ontwerp organiseren.

Aangezien het optreden van de toezichthoudende overheid om te verhinderen dat het algemeen belang wordt geschonden deel uitmaakt van de beginselen waarvan de Grondwet vereist dat ze bij wet worden bekrachtigd, staat het niet aan een Gewest om ten opzichte van bepaalde gemeenten, af te zien van zijn controle op de naleving van het algemeen belang, ongeacht of volledig of slechts gedeeltelijk wordt afgezien van die controle via een "codificatie" of een "verbinden aan bepaalde voorwaarden" van dat belang.

J. DEMBOUR schrijft :

"le caractère de généralité" de la tutelle d'annulation constitue, en ce qui concerne les actes des autorités provinciales et ceux des autorités locales, la simple mise en oeuvre de l'article 108, 5°, de notre Pacte fondamental, lequel impose au pouvoir législatif l'obligation de consacrer, dans les lois provinciale et communale, l'application du principe de l'intervention du Roi ou de sa propre intervention pour empêcher que les conseils provinciaux et communaux ne

.../...

sortent de leurs attributions et ne blessent l'intérêt général" (1).

De afdeling wetgeving van de Raad van State heeft in een advies dat zij heeft uitgebracht op 2 mei 1983 over het ontwerp dat de wet van 4 december 1984 tot wijziging van de bepalingen betreffende het toezicht op de handelingen van de provinciale overheden is geworden, een verklaring van de Eerste Minister aangehaald die hij heeft afgelegd ten overstaan van de Commissie voor de Herziening van de Grondwet en voor de Institutionele hervormingen van de Kamer van Volksvertegenwoordigers (2), en eraan herinnerd dat de afschaffing van het "opportuniteitstoezicht", dat vervat is in het algemeen vernietigingstoezicht, in strijd zou zijn met artikel 108 van de Grondwet (3) (4).

- ii) Bovendien komt het de toezichthoudende overheid niet toe vooraf en op algemene wijze de inhoud te bepalen van het algemeen belang in een dwingend juridisch instrument.

Het ligt voor de hand dat de toezichthoudende overheid bij de uitoefening van haar bevoegdheid geen

(1) J. DEMBOUR, op. cit., nr. 95, blz. 154 en 155.

(2) "Wat de opportuniteitsvoogdij betreft, deze kan niet afgeschaft worden zonder een Grondwetswijziging" (Gedr. St. Kamer, 1979-1980, nr. 627/10, blz. 117).

(3) Gedr. St. Kamer, 1982-1983, nr. 713/1, blz. 4, voetnoot¹.

(4) De uitdrukking "opportuniteitstoezicht" is niet aan te raden omdat zij niet goed samengaat met de organieke autonomie die de decentralisatie impliceert.

gebruik mag maken van verordeningsbevoegdheid : op die wijze zou zij de discretionaire bevoegdheid die zij behoort uit te oefenen over de één voor één genomen beslissingen van de onder toezicht staande overheid tenietdoen of in elk geval beperken; zij zou evenzo de autonomie van de gedecentraliseerde organen ongedaan maken of beperken (1).

Men zou hier het verordenend karakter niet kunnen ontkennen van een beheersprogramma dat nieuwe rechtsregels bevat, dat bindend is en in de inachtneming waarvan wordt voorzien door de "automatische" toepassing van de procédés inzake administratieve en begrotingscontrole die het ontwerp invoert om "de schending van de bepalingen van het beheersprogramma" te straffen.

Het is van weinig belang dat, zoals hierboven is gezegd, de gedecentraliseerde macht heeft ingestemd met het beheersprogramma.

13. Indien het Gewest in een bijzonder geval wegens schending van het algemeen belang het beheersprogramma opzegt, zoals daarin wordt voorzien in het ontworpen artikel 22, tweede lid, zou dat de ongrondwettigheid die zoëven is afgekeurd, niet kunnen verhelpen.

Enerzijds zou zulk een opzegging van het beheersprogramma door het Gewest immers het systeem beheersprogram-

(1) J.-M. FAVRESSE, Usage et contenu des circulaires administratives, Adm. pub. trim., 1986, nr. 1, blz. 11 tot 16, inz. blz. 12.

ma zelf totaal illusoir maken en anderzijds zou, indien van die mogelijkheid tot opzegging gebruik werd gemaakt, desalniettemin gedurende heel de periode vóór die opzegging door het toepassen van het beheersprogramma afbreuk zijn gedaan aan de hierboven vermelde grondwetsbeginselen.

*

*

*

D. FINANCIEEL MEERJARENPLAN.

14. Artikel 9 van het ontwerp bepaalt dat de gemeenten elk jaar een financieel meerjarenplan opstellen dat een bijlage bij de begroting vormt; dit plan valt onder het goedkeuringstoezicht van de gewestregering.

De bijzondere wet van 8 augustus 1988 heeft de gewestelijke bevoegdheden inzake toezicht op de gemeenten uitgebreid door aan de Gewesten de "volledige regeling van het gewone toezicht toe te vertrouwen (1).

(1) P. NIHOUL, La tutelle administrative sur les actes des communes : une compétence régionale à part entière ?, Rev. rég. dr. 1992, blz. 317 e. v., inz. blz. 323.

Tegen artikel 9 van het ontwerp is geen bezwaar als het, zoals in de memorie van toelichting duidelijk wordt gemaakt, gaat om een op de toekomst gericht instrument dat louter indicatief is en het resultaat van de regeling van het goedkeuringstoezicht op de begroting, als bijkomstig gegeven waardoor de met dat toezicht belaste overheid met kennis van zaken uitspraak kan doen. De bedoelingen van de steller, zoals zij in de memorie van toelichting worden te kennen gegeven, dienen evenwel in de tekst te worden vermeld.

Bovendien behoort uitholling van het financiële plan te worden voorkomen; zo moet de aan de regering verleende delegatie om de inhoud van het plan vast te stellen beperkt worden tot de gegevens die strikt noodzakelijk zijn voor de overheid die belast is met het goed- of afkeuren van de begroting, opdat zij met kennis van zaken kan beslissen; evenzo zou de toezichthoudende overheid een handeling van de gemeente niet kunnen afkeuren alleen omdat die handeling niet conform de berekeningen van het financiële plan zou zijn; ten slotte zou de toezichthoudende overheid niet kunnen weigeren de begroting goed te keuren onder voorwendsel dat zij het niet eens is met de in het plan te kennen gegeven opties (geen controle op de inhoud).

*

*

*

.../...

E. GEMEENTEBEDRIJVEN.

15. Artikel 15 van het ontwerp bepaalt :

"De Regering duidt de gemeentelijke inrichtingen en diensten van industriële of commerciële aard aan die als een gemeentebedrijf kunnen georganiseerd worden en die niet door de algemene diensten van de gemeente beheerd worden".

Die bepaling valt buiten de bevoegdheid van het Gewest, aangezien de bevoegdheid die zij aan de gewestregering verleent en die bij artikel 147bis van de gemeentewet van 30 maart 1836 (dat artikel 261 van de nieuwe gemeentewet is geworden) aan de Koning werd opgedragen, buiten verband staat met enigerlei vorm van toezicht.

Zo heeft P. GILLIAUX geschreven (1) :

"On a voulu y voir une mesure d'office (317) pour justifier la compétence des Régions. C'est oublier que la tutelle coercitive suppose nécessairement une carence du corps décentralisé et que l'autonomie communale s'oppose précisément, comme l'a fait ressortir un arrêt Commune d'Olloy (318), à ce que le Roi puisse décider d'office que la distribution d'énergie électrique (en l'espèce), assurée par une intercommunale, soit désormais organisée en régie.

(317) Q.P., Sénat, Bulletin du 16 mai 1989, p. 1579, à propos de l'article 114bis de la loi provinciale organisant les régies provinciales (sur le même mode que les régies communales).

(318) Commune d'Olloy, n° 8375, du 19 janvier 1961, R.J.D.A., rapport BOLAND (G)".

(1) P. GILLIAUX, Le concours de tutelles administratives, Nemesis, 1990, blz. 115.

Evenzo heeft de afdeling wetgeving in haar advies L. 21.883/8 van 20 oktober 1992 over een ontwerp van decreet houdende regeling, voor het Vlaamse Gewest, van het administratief toezicht op de gemeenten, op het volgende gewezen :

"Luidens het eerste lid van (...) artikel (27), zou het aan de Executieve toekomen om, op verzoek van de gemeenteraad, gemeentelijke inrichtingen en diensten, van industriële of commerciële aard, in bedrijf te stellen om te worden beheerd buiten de algemene diensten.

De regeling van het financieel beheer van gemeentebedrijven maakt echter deel uit van de organieke wetgeving op de gemeenten en behoort derhalve, voor zover het niet gaat om de uitoefening van een toezicht op de beslissingen welke de gemeenten ter zake nemen, tot de bevoegdheid van de nationale wetgever.

Met andere woorden, de beslissingen ter zake (oprichting, afschaffing, enz.) dienen, onverminderd de regelingen welke de nationale wetgever zou uitvaardigen, volledig aan de gemeenten overgelaten.

Wel verenigbaar met de bevoegdheid van het Gewest zou evenwel het organiseren van een toezicht (bijvoorbeeld goedkeuring of machtiging) op de desbetreffende beslissingen zijn."

Ten gevolge van dat advies behoren luidens artikel 23 van het decreet van de Vlaamse raad van 28 april 1993 houdende regeling, voor het Vlaamse Gewest, van het administratief toezicht op de gemeenten, de besluiten van de gemeenteraad waarbij gemeentelijke inrichtingen en diensten van industriële of commerciële aard worden georganiseerd als gemeentebedrijf, ter fine van advies aan de bestendige deputatie en ter goedkeuring aan de Executieve te worden voorgelegd.

16. De gemachtigde van de regering heeft het volgende geschreven :

"de l'article 261 de la nouvelle loi communale qui traite des régies communales, l'on peut déduire que le législateur fédéral lui-même considère qu'il s'agit d'une matière relevant de la tutelle et non de la loi organique" (brief van 27 augustus 1993).

Artikel 261, § 2, van de nieuwe gemeentewet voorziet weliswaar in bemoeienis van de Koning voor de gemeenten waar het toezicht berust bij de federale overheid, maar die bepaling is ontstaan in het koninklijk besluit van 30 mei 1989 (artikel 51), dat niet om advies is voorgelegd aan de Raad van State en dat niet door de wet is bekrachtigd. Geen enkele gevolgtrekking mag daar dus uit worden gemaakt om aan te tonen dat het ontworpen artikel 15 zich verdraagt met de bevoegdheidsverdelende regels.

*

*

*

F. HERZIENING.

17. Artikel 20, § 2, van het ontwerp, bepaalt :

"Worden aan de goedkeuring onderworpen van de Regering, die ze definitief vaststelt, de beslissingen van de gemeenteraad betreffende de begroting van de gemeenten en van de bedrijven die ervan afhangen, met inbegrip van de begrotingswijzigingen op de bijzondere kredieten bedoeld in artikel 246 van de nieuwe gemeentewet".

Artikel 27 bevat een soortgelijke bepaling wat de gemeenten betreft die hebben ingestemd met een beheers-

.../...

programma, terwijl artikel 16 de rekeningen van alle gemeenten onderwerpt aan een zelfde goedkeuringstoezicht met herzieningsbevoegdheid.

Er zij op gewezen dat die bepalingen de uitoefening van de herzieningsbevoegdheid aan geen enkele maatstaf of voorwaarde verbinden, behalve de verwijzing in artikel 27 naar de wet en naar de bepalingen van het beheersprogramma.

18. De mogelijkheid die aan de toezichthoudende overheid wordt geboden om de beslissingen die zij ter goedkeuring voorgelegd krijgt te wijzigen, is uitvoerig onderzocht door de afdeling wetgeving van de Raad van State in haar advies L. 19.143/9 van 16 juni 1989 betreffende het ontwerp dat het decreet van de Waalse Gewestraad van 20 juli 1989 is geworden houdende organisatie van het toezicht op de gemeenten, de provincies en op de intercommunales van het Waalse Gewest (1). We geven het volgende uittreksel uit dat advies :

"Cet article dispose :

"La députation permanente et l'Exécutif sur recours du gouverneur peuvent modifier les décisions soumises à leur approbation".

Il est commenté dans l'exposé des motifs dans les termes suivants :

"Cet article s'inspire, en le généralisant, du pouvoir de réformation que possède l'autorité de tutelle quant aux divers articles des budgets des communes et des régies.

(1) Doc. C.R.W., S.O. 1988-1989, n° 104/1.

Ce pouvoir de réformation porte, à l'évidence, sur toutes les dépenses facultatives. Il porte aussi sur la partie non nécessaire des dépenses obligatoires (cas de dépenses surévaluées). Il est désormais étendu à toutes les décisions soumises à approbation. C'est là un pouvoir considérable qui est donné à l'autorité de tutelle, mais qui est compensé, en quelque sorte, par l'importante diminution du nombre de cas où la tutelle spéciale d'approbation trouve à s'appliquer. Au surplus, c'est la confirmation de la pratique largement répandue mais qui n'avait de base légale qu'en matière budgétaire (article 141 de la loi communale)".

Il est exact que la législation actuellement en vigueur est interprétée comme permettant à l'autorité de tutelle qui, en vertu de l'article 141 de la loi communale, arrête définitivement les budgets, de réduire les postes afférents aux dépenses facultatives et à la partie non nécessaire des dépenses obligatoires : l'autorité de tutelle approuve ces postes à concurrence de x ... francs. Il ne s'agit pas là d'une véritable réformation, mais d'une approbation limitée, d'ailleurs expressément autorisée par l'alinéa 3 pour les dépenses facultatives, qui permet d'éviter une improbation pour le tout avec obligation de représenter à la tutelle un nouveau budget corrigé.

La loi communale actuellement applicable ne permet pas semblable procédé à l'égard des autres actes soumis à approbation (1). Elle permet moins encore dans le cadre de la tutelle d'approbation une majoration d'office des postes budgétaires. Une procédure spéciale est prévue en effet par l'article 133 de la loi communale pour "tous les cas où les conseils communaux se refuseraient à porter au budget, en tout ou en partie, les dépenses obligatoires que la loi met à leur charge". L'autorité de tutelle peut alors, après avoir entendu le conseil communal, les inscrire d'office dans la proportion des besoins. Aucune disposition ne permet une majoration des dépenses facultatives, et moins encore la "modification" des actes soumis à approbation.

(1) Sauf les comptes qui, selon le projet, échappent désormais à cette tutelle.

Il a toujours été entendu qu'une approbation devait, sous la réserve de la limitation des crédits budgétaires, être pure et simple. Une modification de la décision soumise à approbation n'est plus une approbation, mais une réformation.

La tutelle de réformation existe certes. Elle est prévue dans des cas exceptionnels, dans le but seulement soit de permettre à l'autorité de tutelle de faire respecter des obligations incombant légalement à la commune (article 133 de la loi communale) soit de donner des garanties aux agents des communes (article 178, § 1er, alinéa 4, et § 2, alinéa 3, article 180, alinéa 3, article 187, § 4, article 188, alinéa 3). Selon l'arrêt de la Cour d'arbitrage du 22 décembre 1988,

"la notion de tutelle ne s'oppose pas à ce que l'autorité fonde sa décision, en matière disciplinaire sur des circonstances et intérêts propres à l'agent. Lorsqu'il s'agit de prendre une décision disciplinaire, de la contrôler ou de la réformer, la légalité et l'intérêt général n'excluent nullement la prise en compte de ces circonstances et intérêts".

Ce que la Cour d'arbitrage a dit en matière disciplinaire, elle aurait pu le dire, en matière pécuniaire, dans le cadre de la loi du 21 décembre 1927, si celle-ci n'avait été abrogée en ce qui concerne les agents des communes.

Si la tutelle de réformation peut s'exercer d'office, ou sur recours de celui en faveur de qui elle est instituée, les seuls précédents législatifs en matière de réformation d'office paraissent être liés au souci du législateur de faire respecter la légalité.

...

Le 1^o de l'article 11, qui ne concerne que le budget, lequel ne constitue en principe qu'une autorisation de dépenser, serait à cet égard sans pertinence. En effet, s'il s'agit de dépenses obligatoires, l'article 12, disposition générale, ne saurait faire échec à l'application de l'article 16, disposition spéciale inspirée de l'article 133 de la loi communale. S'il s'agit de dépenses facultatives, le fait qu'elles soient autorisées par l'autorité de tutelle contre

.../...

l'intention de l'autorité communale ne saurait contraindre celle-ci à les effectuer.

Une observation analogue peut être faite pour le 2^o dans la mesure où celui-ci est relatif au cadre des agents de la commune. S'il s'agit d'emplois qui doivent y être légalement repris, l'autorité de tutelle a toujours le moyen de contraindre l'autorité communale d'y pourvoir, notamment par l'envoi d'un commissaire spécial. S'il s'agit d'emplois facultatifs créés dans la limite des dispositions générales arrêtées par le Roi sur base de l'article 145 de la nouvelle loi communale (article 84, § 1er, de la loi communale de 1836), le cadre, comme le budget, fixe un nombre d'emplois à ne pas dépasser, non l'obligation d'y pourvoir. S'il est concevable que l'autorité de tutelle puisse réduire, compte tenu de l'état des finances communales, un cadre arrêté dans la limite fixée par le Roi (1), par contre lui reconnaître le pouvoir d'augmenter un cadre facultatif, tout en demeurant dans cette limite, ne suffirait pas à obliger la commune d'y pourvoir (2).

L'article 11, 2^o, soumet à approbation les conditions de recrutement et d'avancement des agents de la commune. En vertu de l'article 145 de la nouvelle loi communale (article 84, § 1er, de l'ancienne), ces conditions sont fixées par le conseil communal dans la limite des dispositions générales arrêtées par le Roi, ce qui n'empêchait pas qu'elles fussent soumises à approbation. Dans la fixation des conditions, le conseil communal peut et doit avoir légitimement le souci d'établir une certaine harmonie entre les conditions selon les grades : le statut peut être constitué de dispositions de ce fait indissociables. En modulant les modifications suivant sa conception de ce que devraient être les conditions de recrutement et d'avancement à chacun des grades, l'autorité de tutelle supprimerait de facto toute autonomie communale.

(1) L'article 84 de la loi communale prévoit en effet à la fois la fixation de dispositions générales et l'approbation des cadres.

(2) Il y a encore des communes économes.

Une observation analogue pourrait être faite à propos du 3° de l'article 11, qui soumet à approbation le statut pécuniaire et les échelles de traitement des agents de la commune que, toujours en vertu de l'article 145 de la nouvelle loi communale, le conseil communal fixe dans la limite des dispositions générales arrêtées par le Roi.

En permettant à l'autorité de tutelle saisie pour approbation d'un acte de le modifier sans déterminer aucune condition d'une telle modification, l'article 12 du projet permet à cette autorité de se substituer complètement dans des matières qui relèvent essentiellement des intérêts communaux au sens de l'article 31 de la Constitution, au conseil communal à qui le même article attribue le règlement de ces intérêts. Le projet dénature ainsi la notion de tutelle d'approbation.

En résumé, en ce qui concerne en tout cas les 2° et 3° de l'article 11, le projet permet à l'autorité de fixer elle-même le cadre, le statut administratif, le statut pécuniaire et les échelles de traitement des agents de la commune, alors que ce pouvoir est reconnu au conseil communal par la loi communale. Il est reconnu et non attribué, parce que s'agissant d'objets d'intérêt communal, il appartient au conseil communal en vertu des articles 31 et 108 de la Constitution. La loi communale n'a pas eu pour but de le lui attribuer, mais seulement de fixer les conditions dans lesquelles il devrait être exercé.

Cette dernière observation vaut pour le 4° de l'article 11, qui est relatif au régime de pension des agents de la commune. Il n'a jamais été contesté que la fixation de ce régime relevait du pouvoir du conseil communal, sous réserve de l'intervention du législateur qui n'est intervenu qu'en 1933 pour garantir un minimum de droits aux agents et qui n'a jamais prévu de tutelle spéciale. Cette tutelle peut être instituée par décret en vertu de l'article 7 de la loi spéciale de réformes institutionnelles, mais elle ne peut avoir pour effet de dépouiller le conseil communal d'un pouvoir à lui constitutionnellement attribué.

.../...

On peut ajouter que l'article 108, 2°, de la Constitution prévoit l'approbation de certains actes des autorités communales, non la substitution d'action (commissaire spécial) ou de décision (réformation). Si ces procédés ont été admis dès 1836, c'est dans des limites très strictes en vue de faciliter la mission de l'autorité de tutelle appelée à contraindre les autorités communales au respect de la légalité. Le procédé de la réformation a été par la suite étendu à la protection des intérêts des agents, que le législateur a considérés comme particulièrement dignes d'intérêt au regard de la carence de certaines autorités communales. L'arrêt précité du 22 décembre 1988 de la Cour d'arbitrage vient d'admettre que l'on ne sortait pas pour autant du cadre de la tutelle administrative. Mais jamais l'article 108, 2°, de la Constitution n'a été interprété comme tenant pour équivalentes les notions d'approbation et de réformation.

On doit conclure de ce qui précède que l'article 12 du projet est superflu dans la mesure où il concerne les objets visés à l'article 11, 1°, et qu'il manque de fondement constitutionnel pour le surplus. Cet article doit dès lors être omis.

Rien n'empêcherait toutefois le législateur régional de disposer que l'approbation peut être partielle dans le cas où les diverses dispositions de l'acte qui y est soumis sont sans lien réciproque de connexité. Encore cela semble-t-il aller de soi, de sorte que la disposition serait inutile".

Het nauwkeurig vaststellen van de bevoegdheden van de overheid die belast is met het goedkeuringstoezicht inzake begrotingsaangelegenheden is zeer goed uiteengezet door P. GILLIAUX (1) :

"Les articles 77, 8° et 9° de la loi communale soumettent les budgets et les comptes communaux à approbation. Il faut toutefois combiner ces disposi-

(1) Op cit., blz. 40 en 41, voetnoot nr. 95.

tions avec l'article 141, alinéas 1er et 2, en vertu desquels ceux-ci sont arrêtés définitivement par l'autorité de tutelle. L'approbation ne pouvant, en principe être que pure et simple, elle ne peut, en règle, qu'approuver ou improuver, alors que ces termes sont de nature à faire croire qu'elle dispose de pouvoirs plus étendus. Traditionnellement, on convient d'ailleurs qu'en matière budgétaire et comptable, l'autorité de tutelle voit sa mission élargie et qu'elle peut modifier, supprimer ou compléter, s'il y a lieu, le montant des recettes et des dépenses de manière à obtenir un équilibre entre les divers services (Wilkin (R.), Commentaire de la loi communale, Bruylant, Bruxelles, 1947, t. Ier, p. 351; De Tollenaere (V.), op. cit., p. 1305). Cette ambiguïté persiste sous le régime de la nouvelle loi communale; on se reportera à cet égard à l'article 244. Il serait cependant excessif d'en déduire que l'autorité supérieure jouirait d'un entier pouvoir de réformation. En réalité, l'étendue de ses attributions varie selon les circonstances. Si elle estime n'avoir aucun grief à formuler à l'encontre du budget ou du compte qui lui est soumis, elle l'approuve purement et simplement. Par contre, depuis l'exercice budgétaire 1988, elle peut prendre, en vertu de l'article 3 de l'arrêté royal n° 110 du 13 décembre 1982 (ou de l'article 254 de la "Nouvelle loi communale") toutes les mesures de nature à réduire les dépenses, quelles qu'elles soient, et à augmenter les recettes si la commune est en défaut de lui présenter un budget en équilibre; le budget ainsi modifié est, en ce cas, immédiatement exécutoire en toutes ses dispositions de sorte qu'il s'agit bien là d'une réformation. En dehors de cette hypothèse limitée (peu de communes ont été ou sont encore dans l'impossibilité de présenter un budget équilibré), l'autorité de tutelle trouve dans l'article 133 de la loi communale (article 257 de la "Nouvelle loi communale") le pouvoir d'inscrire d'office au budget le montant correspondant aux dépenses obligatoires que la loi met à la charge des communes, dans tous les cas où elles se refuseraient à les y porter en tout ou en partie. Cette majoration, qui peut prendre l'apparence d'une modification des articles budgétaires, est soumise à une procédure particulière et constitue en réalité une mesure habituellement rangée dans la catégorie des tutelles coercitives. L'article 141,

.../...

alinéa 3, de la loi communale (245 de la "Nouvelle loi communale") évoque quant à lui la possibilité de réduire, voire de supprimer, les allocations prévues pour couvrir les dépenses facultatives et la partie non nécessaire des dépenses obligatoires. Il ne faut toutefois pas se méprendre sur sa portée; le pouvoir de réduire ou de supprimer les dépenses facultatives trouve son fondement dans la combinaison de cette disposition et de l'article 77 de la loi communale (244, § 1er, alinéa 1er, de la "Nouvelle loi communale"); l'autorité de tutelle approuve en quelque sorte partiellement les articles budgétaires à concurrence de tel montant. L'accord qui est exigé du conseil communal sur celui-ci (et qui fut inséré dans le projet qui allait devenir la loi communale précisément pour répondre à l'objection que les députations permanentes ne pouvaient gérer des intérêts communaux par l'intermédiaire de leur pouvoir sur les inscriptions budgétaires traduisant en chiffre la volonté politique de la commune (Pasin., 1836, pp. 386 et 387) distingue d'ailleurs ce mécanisme de celui de la réformation, laquelle n'a nul besoin de cette condition pour sortir ses effets. Pour la même raison, il se différencie aussi de l'approbation qui ne peut être partielle. Le pouvoir de l'autorité de tutelle sur les budgets et les comptes peut donc s'analyser tantôt en une tutelle d'approbation pure et simple ou en une tutelle coercitive, tantôt en un véritable pouvoir de réformation, tantôt en une compétence hybride. Sur cette question, voyez Commune de Schaerbeek, n° 32.055 du 22 février 1989 et l'avis de la section de législation L. 19.143/9 du 16 juin 1989, Doc. C.R.W., s.o. 1988-1989, n° 104/1. En Région wallonne, l'article 18, alinéa 1er, 1°, du décret du 20 juillet 1989 soumet toujours les budgets et les comptes à la tutelle d'approbation et l'article 40, § 1er, 25°, ayant abrogé l'article 141, alinéas 1er et 2, de la loi communale, l'ambiguïté liée à ce dernier est ainsi levée. Mais l'autorité de tutelle y dispose toujours de pouvoirs aussi étendus que précédemment en vertu de l'article 3 de l'arrêté royal n° 110 (cfr. article 2, 41°, de la loi du 26 mai 1989), des articles 22 et suivants du décret du 20 juillet 1989 (comp. avec l'article 133 de la loi communale) et de l'article 245 de la "Nouvelle loi communale" (à combiner, comme l'ancien article 141,

.../...

alinéa 3, de la loi communale, avec l'article 18 du décret)".

19. In haar genoemde arrest Gemeente Schaarbeek (1), heeft de afdeling administratie van de Raad van State in herinnering gebracht dat de artikelen 77 en 141 van de gemeentewet van 30 maart 1836 (artikelen 244 en 245 van de nieuwe gemeentewet) - die onder meer bepalen dat de toezichthoudende overheid de begrotingen en de rekeningen "definitief vaststelt" - aan deze overheid de bevoegdheid verlenen om de handeling goed te keuren die haar wordt voorgelegd, maar haar slechts machtigen deze te wijzigen in de gevallen bepaald in de artikelen 133 en 141.

De stellers van het ontwerp geven in de memorie van toelichting duidelijk hun bedoeling weer om afstand te nemen van de oplossing die in dit arrest gegeven wordt, en, om "een einde te maken aan een dubbelzinnigheid" en zodat "(...) de letter van de teksten in overeenstemming (wordt) gebracht met de gebruikelijke handelwijze", uitdrukkelijk aan te geven dat de Regering de begrotingen kan herzien.

Aangezien het ontwerp er echter toe liedt dat aan de toezichthoudende overheid een veralgemeende herzieningsbevoegdheid wordt verleend die zich er niet toe beperkt de strikte naleving van de wettelijkheid te waarborgen en die de perken gesteld bij de artikelen 244 en 245 van de nieuwe gemeentewet te buiten gaat, kan het ontwerp niet worden aangenomen zonder een voorafgaande wijziging van de Grondwet

(1) Arrest nr. 32.055, van 22 februari 1989.

aangezien een op die manier opgevatte herzieningsbevoegdheid het goedkeuringstoezicht uitholt.

*

*

*

Uit de voorgaande opmerkingen blijkt dat het ontwerp ongrondwettelijk is.

La chambre était composée de

De kamer was samengesteld uit

Messieurs : J.-J. STRYCKMANS,
de Heren :

président de chambre,
kamervoorzitter,

Y. BOUCQUEY,
Y. KREINS,

conseillers d'Etat,
staatsraden,

J. DE GAVRE,

assesseurs de la
section de législation,
assessoren van de
afdeling wetgeving,

P. GOTHOT,

Madame : J. GIELISSEN,
Mevrouw :

greffier,
griffier.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise a été vérifiée sous le contrôle de M. J.-J. STRYCKMANS.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst werd nagezien onder toezicht van de H. J.-J. STRYCKMANS.

Le rapport a été présenté par M. M. QUINTIN, auditeur, et par Mme G. BEECKMAN de CRAYLOO, auditeur adjoint. La note du Bureau de coordination a été rédigée et exposée par M. R. HENSENNE, référendaire adjoint.

Het verslag werd uitgebracht door de H. M. QUINTIN, auditeur, en door Mevr. G. BEECKMAN de CRAYLOO, adjunct-auditeur. De nota van het Coördinatiebureau werd opgesteld en toegelicht door de H. R. HENSENNE, adjunct-referendaris.

LE GREFFIER - DE GRIFFIER,

LE PRESIDENT - DE VOORZITTER,

J. GIELISSEN.

J.-J. STRYCKMANS.