

ROYAUME DE BELGIQUE.

— — — — —

AVIS DU CONSEIL D'ETAT.

— — — — —

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, neuvième chambre, saisi par le Ministre des Travaux publics et par le Ministre de l'Aménagement du territoire, du Logement et du Budget de la Région wallonne, le 5 octobre 1993, d'une demande d'avis sur un avant-projet de décret "relatif à la création de la Société wallonne de financement complémentaire des infrastructures", a donné le 1er décembre 1993 l'avis suivant :

Observation préalable.

Le décret en projet tend à créer une personne morale de droit public dont, suivant son article 2, alinéa 1er, la mission essentielle serait de financer et réaliser des infrastructures autoroutières (A8 et E25 - E40) et d'assumer leur gestion et leur exploitation.

Selon les délégués des ministres, la directive 80/723/CEE de la Commission des Communautés européennes du 25 juin 1980 relative à la transparence des relations financières entre les Etats membres et les entreprises publiques, modifiée par la directive 85/413/CEE du 24 juillet 1985, ne trouverait pas à s'appliquer en l'espèce au motif qu'aux termes de son article 4, a, elle ne vise pas les relations financières entre les pouvoirs publics et les entreprises publiques, en ce qui concerne les prestations de services qui ne sont pas susceptibles d'affecter sensiblement les échanges entre les Etats membres.

Toutefois, conformément à l'article 93, § 3, du Traité instituant la Communauté européenne, la Commission doit être informée, en temps utile pour présenter ses observations, des projets tendant à instaurer ou à modifier des aides. Les aides accordées par les Etats ou au moyen de ressources d'Etat, sous quelque forme que ce soit, sont, en effet, en vertu de l'article 92, paragraphe 1er, du Traité, incompatibles avec le Marché commun, dans la mesure où elles affectent les échanges entre Etats membres et faussent, ou menacent de fausser, la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions.

.../...

L'article 90, § 1er, du Traité impose aux Etats membres de n'édicter ni maintenir, en ce qui concerne les entreprises publiques, aucune mesure contraire, notamment, aux règles, rappelées ci-dessus, de ses articles 92 et 93.

Le critère décisif du caractère "public" d'une entreprise réside dans le pouvoir de contrôle effectif : est publique, en ce sens, quelle que soit sa forme juridique, toute entreprise soumise directement ou indirectement à l'influence prépondérante de l'Etat, d'une de ses subdivisions ou d'une autre entité de droit public; tel est notamment le cas des sociétés d'économie mixte dans le capital desquelles les pouvoirs publics détiennent une participation majoritaire ou, à défaut, sur la création et la dissolution desquelles ils sont en mesure d'exercer une influence prépondérante ou pour la gestion desquelles ils détiennent des prérogatives particulières (1).

Constituent des aides au sens de l'article 92 du Traité, entre autres, la garantie de prêts, les cessions de bâtiments ou de terrains, de même que la fourniture de ser-

(1) J. MEGRET, J.-V. LOUIS, D. VIGNES, M. WAELBROECK, "Le droit de la Communauté économique européenne", volume 4, "Concurrence", Editions de l'Université de Bruxelles, 1972, pp. 84-85, n° 3.
Même si l'entreprise est chargée de la gestion de services d'intérêt économique général et peut, à ce titre, se prévaloir de l'exception établie par l'article 90, § 2, du Traité, cette disposition ne dispense pas d'observer les formalités et procédures auxquelles le Traité subordonnerait l'autorisation de mesures dérogatoires : s'agissant d'aides, l'information préalable de la Commission s'impose donc; ce n'est que si la Commission refuse son autorisation qu'un recours au régime exceptionnel de l'article 90, § 2, peut être envisagé (op. cit., p. 88, n° 6).

vices, à titre gratuit ou à des conditions particulièrement favorables, la couverture de pertes d'exploitation ou toute autre mesure d'effet équivalent. Sont visées les aides, quelle qu'en soit la forme, accordées par l'Etat comme par ses subdivisions politiques territoriales, tels les provinces, communes, départements, régions, Länder, etc., ou au moyen de leurs ressources (1).

Les aides font l'objet des procédures prévues par l'article 93, §§ 1er et 2, même lorsque, de l'avis des pouvoirs publics intéressés, elles ne faussent pas la concurrence ou n'affectent pas les échanges entre Etats membres : c'est, en effet, à la Commission qu'il revient de déterminer si l'aide réunit les conditions prévues à l'article 92, § 1er, voire s'il convient d'y faire exception en application de ses paragraphes 2 et 3 (2).

En tant qu'il comporterait, après remaniement à l'effet d'être complété ainsi qu'il va être dit, des mesures constituant des aides, au sens fort étendu que prête à ce terme le Traité instituant la Communauté européenne, le décret en projet devrait, par conséquent, être porté à la connaissance de la Commission en temps utile pour qu'elle puisse présenter ses observations (3).

(1) Op. cit., p. 380, n° 1.

(2) Op. cit., p. 385, n° 7, et p. 391, n° 1.

(3) Sur le moment auquel doit se faire la notification, voyez op. cit., p. 396, n° 6.

EXAMEN DE L'AVANT-PROJET.

Le Conseil d'Etat croit devoir, à propos du décret en projet, faire les observations suivantes qui justifient qu'il soit, à beaucoup d'égards, fondamentalement remanié.

I. L'article 9 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles habilite les Communautés et Régions, dans les matières relevant de leurs compétences, à créer des services décentralisés, des établissements et des entreprises, et à prendre des participations en capital; le décret peut accorder la personnalité juridique aux organismes précités.

Si cette disposition de la loi spéciale reconnaît aux Communautés et Régions une grande latitude quant à l'organisation juridique des personnes morales de droit public qu'elles créent, il n'en reste pas moins que, suivant son second alinéa, le législateur décréteil se voit réserver la compétence d'en régler, outre la création, la composition, la compétence, le fonctionnement et le contrôle.

Or, le décret en projet délègue largement cette compétence au Gouvernement wallon, auquel il reviendrait, notamment, de déterminer les "statuts" de la "société" (1);

(1) Voir l'article 1er, alinéa 1er.

Il ressort des articles 4, 5, 11 et 12 du projet que lesdits "statuts" devraient, entre autres, déterminer le montant du capital social, les catégories d'actions, le mode de désignation des administrateurs, les pouvoirs du conseil d'administration, la nature et l'étendue des obligations de service public imposées à la Société,

outre que cette terminologie n'est pas appropriée, s'agissant de la création d'une personne morale de droit public par l'autorité, et non de la mise en oeuvre d'un procédé conventionnel d'association, la délégation formulée en ces termes aurait pour effet d'habiliter de manière indéfinie le Gouvernement wallon à arrêter les règles, fort nombreuses, que le texte en projet se dispense de prévoir.

D'autres dispositions du décret en projet confient spécialement au Gouvernement des pouvoirs qui excèdent la seule exécution : ainsi serait-il habilité à désigner les personnes autorisées à prendre part au capital ou auxquelles les titres représentatifs des participations pourraient être cédés (1), à arrêter le programme pluriannuel d'investissements (2), à étendre l'objet de la personne morale (3), à déterminer les conditions de la garantie octroyée par le décret en projet à la charge du budget régional(4), à organiser le contrôle interne des engagements (5), à déterminer les modalités de la mise à disposition de membres du personnel du Gouvernement wallon (6), de même que les rémunérations ou émoluments des membres du conseil d'admi-

ainsi que l'affectation des bénéfices.

(1) Article 1er, alinéas 3 et 5.

(2) Article 2, alinéa 2.

(3) Article 2, alinéa 3.

(4) Article 3, alinéa 2.

(5) Article 12, alinéa 2.

(6) Article 6, alinéa 1er.

.../...

nistration, des commissaires du Gouvernement et des commissaires aux comptes (1).

Semblables délégations de compétences, pour la plupart réservées au législateur décréteil par l'article 9, alinéa 2, précité, ne peuvent être admises; le projet doit, par conséquent, être fondamentalement revu.

Ainsi, entre autres, les relations financières entre la personne morale de droit public et, d'une part, la Région wallonne, d'autre part, les personnes de droit public ou privé qui seraient admises à participer à son capital, doivent être organisées avec davantage de précision.

Il conviendrait, en particulier, de régler la constitution du capital, ses éventuelles modalités d'accroissement, les catégories de titres représentatifs des participations et les droits qui s'y attachent, les modes de rémunération des apports.

Les formes des diverses interventions financières à charge du budget régional doivent également être plus amplement explicitées, tant en ce qui concerne la participation initiale de la Région à la constitution du capital, que pour les affectations ultérieures de ressources publiques aux activités de la personne morale, notamment celles prévues à l'article 3, alinéas 2 et 3.

(1) Article 5, 1, alinéa 4, 9, dernier alinéa, et 10, dernier alinéa.

A cet égard, le décret devrait déterminer les conditions auxquelles est subordonné l'octroi de la garantie de la Région, ainsi que celles dans lesquelles il peut y être fait appel, à l'inverse du projet en vertu duquel la garantie résulterait inconditionnellement du décret, tandis que le Gouvernement en établirait discrétionnairement les conditions.

II. L'article 9, alinéa 2, de la loi spéciale de réformes institutionnelles n'attribue au législateur décrétal le pouvoir de déterminer les éléments du statut des membres du personnel des organismes créés en application de l'alinéa 1er, que dans le respect des principes généraux du statut administratif et pécuniaire du personnel de l'Etat désignés par arrêté royal conformément à l'article 87, § 4, de cette loi spéciale, qui déclare ces principes applicables, de plein droit, au personnel des personnes morales de droit public dépendant des communautés et régions.

Si l'arrêté royal du 22 novembre 1991 fixant les principes généraux du statut administratif et pécuniaire des agents de l'Etat applicables au personnel des Exécutifs et des personnes morales de droit public qui en dépendent (1) devait être applicable aux membres du personnel de l'organisme que le décret en projet tend à créer parce que cet organisme serait repris dans la liste prévue à l'article 62,

(1) Le Conseil d'Etat croit devoir rappeler que plusieurs recours, dirigés contre cet arrêté royal, sont actuellement pendants devant sa section d'administration et qu'il n'appartient pas à sa section de législation de préjuger du sort qui sera réservé à ces recours.

§ 1er, dudit arrêté royal, l'article 6 du projet, qui a trait au personnel, devrait être revu; pour ce qui concerne plus particulièrement l'engagement par contrat de travail, il conviendrait de se référer à l'article 2, alinéa 2, de l'arrêté précité, dont la rédaction diffère notablement de celle de l'article 6, alinéa 2, de l'avant-projet, entre autres dans la mesure où l'énumération est, dans celui-ci, simplement exemplative ("afin notamment"), alors qu'elle est, dans celui-là, expressément limitative ("aux fins exclusives").

III. Au titre de l'organisation de la tutelle et du contrôle de l'organisme, l'article 9, alinéa 1er, de l'avant-projet prévoit que l'un des trois commissaires que le Gouvernement wallon nomme et révoque est choisi parmi les inspecteurs des finances accrédités, tandis que l'article 10, alinéa 5, charge la Cour des comptes de la vérification des comptes d'exercice.

Ces dispositions excèdent les compétences de la Région pour les raisons suivantes.

Les comptes des organismes énumérés à l'article 1er de la loi du 16 mars 1954 relative au contrôle de certains organismes d'intérêt public sont, certes, soumis au contrôle de la Cour des comptes exercé conformément à son article 6, § 3 ou 4, et ces modalités du contrôle de la Cour sont applicables aux organismes d'intérêt public qui dépendent des Communautés et des Régions en vertu de l'article 71, § 3, de la loi spéciale du 16 janvier 1989 relative au financement des Communautés et des Régions, comme le sont du

.../...

reste, plus généralement, l'ensemble des dispositions de la loi du 16 mars 1954, aussi longtemps qu'elles ne sont pas modifiées par la Communauté ou la Région concernée, ainsi que le prévoit l'article 96 de la loi spéciale de réformes institutionnelles.

Toutefois, les dispositions qui viennent d'être rappelées des lois spéciales des 8 août 1980 et 16 janvier 1989 ne permettent pas au décret d'étendre l'application de certaines des dispositions de la loi du 16 mars 1954 à la seule fin d'imposer des missions additionnelles à la Cour des comptes à l'égard de personnes morales qui, comme celle que l'avant-projet a pour objet de créer, sont "sui generis" et auxquelles les auteurs de l'avant-projet n'entendent pas appliquer la loi du 16 mars 1954 relative au contrôle de certains organismes d'intérêt public. En effet, en vertu de l'article 116 de la Constitution, seule la loi fédérale pourrait imposer de telles missions à la Cour des comptes.

L'article 10, alinéa 5, de l'avant-projet doit, dès lors, être omis.

Le corps de l'Inspection des Finances est, quant à lui, composé d'agents de l'Etat et est, dès lors, organisé par arrêté royal; il en est de même des modalités du contrôle administratif et budgétaire que lui confie l'arti-

.../...

cle 46 des lois sur la comptabilité de l'Etat, coordonnées le 17 juillet 1991 (1).

Il en résulte que, quand bien même l'inspecteur des finances, que l'article 9 de l'avant-projet impose de désigner en qualité de commissaire du Gouvernement wallon, serait accrédité auprès de lui, les missions imparties à ces agents de l'Etat ne pourraient, même à titre individuel, être élargies par une disposition décrétable au contrôle de tutelle d'un organisme créé en vertu de l'article 9 de la loi spéciale de réformes institutionnelles.

IV. Ainsi que le prévoit l'article 7 du projet, l'organisme bénéficierait de l'assistance technique des services du Gouvernement wallon.

Cette disposition n'aurait de portée normative propre que dans la mesure où elle permettrait de requérir le concours des services du Gouvernement wallon en dehors de l'intervention de celui-ci ou de celui de ses membres pourvu d'une délégation à l'égard de la gestion de ces services; le décret ne pourrait prévoir de telles obligations à charge de l'administration régionale sans méconnaître l'article 87, § 1er, de la loi spéciale de réformes institutionnelles, aux

(1) Les missions des inspecteurs des finances sont pour l'essentiel réglées par l'arrêté royal du 5 octobre 1961 portant organisation du contrôle administratif et budgétaire.
Voir, pour le surplus, les articles 51 et 71, § 2, de la loi spéciale du 16 janvier 1989 relative au financement des Communautés et des Régions.

termes duquel chaque Gouvernement "dispose en propre" de ses services.

Il s'ensuit que seul le Gouvernement wallon pourrait mettre l'assistance technique de ses services à la disposition de l'organisme.

L'article 7 de l'avant-projet doit donc être omis.

La chambre était composée de

Messieurs : C.-L. CLOSSET,	président de chambre,
R. ANDERSEN,	conseillers d'Etat,
J. MESSINNE,	
J. DE GAVRE,	assesseurs de la
F. DELPEREE,	section de législation,
Madame : M. PROOST,	greffier assumé.

Le rapport a été présenté par M. J.-L. PAQUET, auditeur adjoint.
La note du Bureau de coordination a été rédigée et exposée par M. R. QUINTIN, référendaire adjoint.

LE GREFFIER,

LE PRESIDENT,

M. PROOST.

C.-L. CLOSSET.