

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 30.997/2

DE LA SECTION DE LEGISLATION
DU CONSEIL D'ETAT

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par le Ministre de l'Environnement et de la Politique de l'eau, de la Conservation de la nature, de la Propreté publique et du Commerce extérieur de la Région de Bruxelles-Capitale et par le Ministre des Finances, du Budget, de la Fonction publique et des Relations extérieures de la Région de Bruxelles-Capitale, le 6 décembre 2000, d'une demande d'avis, dans un délai ne dépassant pas trois jours, sur un avant-projet d'ordonnance "relative au Fonds pour le financement de la politique de l'eau", a donné le 11 décembre 2000 l'avis suivant :

KONINKRIJK BELGIE

ADVIES 30.997/2

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, tweede kamer, op 6 december 2000 door de Minister van Leefmilieu en Waterbeleid, Natuurbehoud, Openbare Netheid en Buitenlandse Handel van het Brusselsse Hoofdstedelijk Gewest en door de Minister van Financiën, Begroting, Openbaar Ambt en Externe Betrekkingen van het Brusselsse Hoofdstedelijk Gewest verzocht hem, binnen een termijn van ten hoogste drie dagen, van advies te dienen over een voorontwerp van ordonnantie "betreffende het Fonds voor de financiering van het waterbeleid", heeft op 11 december 2000 het volgende advies gegeven :

Suivant l'article 84, alinéa 1er, 2°, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, inséré par la loi du 4 août 1996, la demande d'avis doit spécialement indiquer les motifs qui en justifient le caractère urgent.

La lettre s'exprime en ces termes :

"(l'urgence est motivée) ... par la nécessité de liquider quelques centaines de millions de francs figurant cette année encore au budget régional au profit du Fonds pour le financement de la politique de l'eau et de la nécessité, par conséquent, que celui-ci existe avant la fin de cette année.".

*

*

*

Observation préalable

Le fonctionnaire délégué a relevé que le dernier alinéa du commentaire de l'article 8 du projet doit être considéré comme inexistant car il a trait à une disposition qui ne figure plus dans le texte en projet. Cette disposition concernait la suppression du Fonds budgétaire pour la gestion des eaux usées et pluviales.

Il y a lieu de vérifier si cette modification de la version originelle du projet n'entrave pas la cohérence du projet dans son ensemble. A cet égard, vu le bref délai imparti, il n'a pu être vérifié si l'avis donné par l'inspecteur des finances porte sur le projet qui comprenait la disposition supprimée ou sur le projet dans sa version transmise au Conseil d'Etat.

.../...

Sous cette réserve, le présent avis se limite aux observations qui suivent.

Observations particulières

Dispositif

Article 3

Au point 3, il y a lieu d'indiquer de quelles statistiques il s'agit.

Article 4

1. Pour la réalisation des missions énumérées à l'article 3 de l'avant-projet, l'article 4, 1°, de l'avant-projet habilite le Fonds à "conclure toute convention". L'exposé des motifs n'apporte aucune précision sur cette habilitation. Or, la capacité contractuelle procède de la personnalité juridique de l'organisme d'intérêt public de la catégorie A que l'avant-projet entend instituer, cette personnalité étant distincte de celle de la Région de Bruxelles-Capitale. Par sa généralité, le 1° pourrait faire croire, mais à tort, que le Fonds pourrait conclure n'importe quel contrat même dans les limites qu'impose le respect de la spécialité de son objet.

Il y a lieu de rappeler que de nombreuses législations limitent la capacité juridique des organismes d'intérêt public. C'est le cas, par exemple, de la législation

.../...

sur les marchés publics de travaux, de services ou de fournitures qui ne permet pas le recours au contrat d'entreprise ou à la vente mais impose le respect de modes de passation déterminés, des règles de publicité et de concurrence ainsi que des procédures rigoureuses. Le recours à la technique contractuelle en matière de contrat de travail ne permettrait pas au Fonds d'échapper au respect des principes généraux de la fonction publique en vue de recruter du personnel.

De même, l'article 1676.2 du Code judiciaire dispose que les personnes morales de droit public ne peuvent conclure des conventions d'arbitrage.

Il y a lieu d'omettre le 1° de l'article 4 du projet qui manque totalement de précision.

2. L'article 4, 2°, de l'avant-projet autorise le Fonds à "octroyer, en lieu et place de et pour le compte de la Région de Bruxelles-Capitale, des subventions". L'exposé des motifs reste en défaut de justifier le recours à un tel procédé exorbitant par rapport au régime normal des subventions.

L'octroi d'une subvention est, en effet, un acte qui engage les finances de la Région de Bruxelles-Capitale - ce qu'énonce l'expression "en lieu et place de et pour compte de" - mais aussi tend à réaliser les politiques et les choix que poursuivent les organes de la Région, à savoir son Gouvernement et son Conseil qui est une assemblée démocratiquement élue.

.../...

De telles exigences sont inscrites à l'article 12, alinéa 3, des lois sur la comptabilité de l'Etat, coordonnées le 17 juillet 1991, et applicables aux communautés et aux régions en vertu de l'article 50, § 2, de la loi spéciale du 16 janvier 1989. Cet article 12, aliné 3, dispose que :

"... en l'absence d'une loi organique, tout subside doit faire l'objet, dans le budget général des dépenses, d'une disposition spéciale qui en précise la nature."

C'est donc au législateur seul qu'il appartient de déterminer les conditions générales ou spécifiques d'octroi d'une subvention, certainement dans les éléments essentiels, en habilitant éventuellement le Gouvernement à en préciser les modalités.

Le 2° doit être omis.

3. L'article 4, 3°, autorise le Fonds à "octroyer des garanties pour les créances relatives au financement des opérations visées à l'article 3 qui seraient accomplies par des tiers".

L'exposé des motifs ne précise pas ce qu'il faut entendre par "des opérations ... qui seraient accomplies par des tiers" ni dans quel cadre légal ces tiers seraient choisis par le Fonds.

.../...

L'octroi de la garantie par le Fonds constitue un engagement financier dont le plafond n'est pas déterminé. Il appartient au Conseil de la Région de Bruxelles-Capitale soit de fixer un montant maximal dans la disposition examinée (1) soit de mettre en place une procédure qui lui permette de le déterminer (2) eu égard aux conséquences budgétaires que peut entraîner l'appel à cette garantie.

4. L'article 4, 4°, de l'avant-projet charge le Fonds d'"accomplir tout mandat confié par le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale en vue de l'exécution d'une opération visée à l'article 3".

Selon l'exposé des motifs, le Fonds :

"(...) peut exécuter tout mandat confié par le Gouvernement, c'est-à-dire toute mission déléguée par le Gouvernement au Fonds en vue d'exécuter ou de participer à l'exécution d'une des opérations dont il est censé assumer le financement.".

-
- (1) Le montant fixé par l'ordonnance elle-même pourrait être libéré par le Gouvernement par tranches successives en fonction des besoins réels.
- (2) L'article 5, § 2, alinéa 1er, de l'ordonnance du 8 avril 1993 portant création du Fonds régional bruxellois de refinancement des trésoreries communales autorise cet organisme d'intérêt public de la catégorie A à "accorder des garanties à concurrence d'un montant fixé annuellement par le Conseil de la Région de Bruxelles-Capitale".

.../...

La disposition examinée n'est pas admissible. En effet, le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale ne peut, par un "mandat" ou par "toute mission déléguée" transférer à un organisme d'intérêt public (1) l'exercice d'attributions que le législateur spécial a confié à la Région de Bruxelles-Capitale, matières dans lesquelles le Conseil doit pouvoir exercer pleinement ses prérogatives. L'indétermination de l'expression "une opération visée à l'article 3" ne permet pas de justifier le mécanisme que le projet entend mettre en place.

En conclusion, l'article 4 de l'avant-projet sera fondamentalement repensé.

Article 5

Le point 1. est à omettre car il est contraire aux principes budgétaires d'universalité et de la non-affectation des recettes aux dépenses (2). Le cas échéant, si l'intention des auteurs du texte en projet est d'attribuer au Fonds en projet tout ou partie des recettes énumérées à l'article 2, 11°, de l'ordonnance du 12 décembre

(1) Il y a lieu de souligner que s'agissant d'un organisme de la catégorie A, le Fonds sera placé sous son autorité hiérarchique immédiate et qu'en vertu de l'article 7, alinéa 1er, de l'avant-projet, le Gouvernement assurera directement la gestion du Fonds.

(2) Voyez l'article 50, § 1er, de la loi spéciale du 16 janvier 1989 relative au financement des Communautés et des Régions et voyez également M. Daerden et W. Dumazy, "Les finances de la nouvelle Belgique fédérale", pp. 169 et suiv.

1991, ces recettes doivent être énumérées dans la disposition du projet en stipulant qu'elles constituent tout ou partie des ressources du Fonds.

Le point 2. du projet serait mieux rédigé comme suit :

"2. des crédits à charge du budget de la Région."

Article 6

L'alinéa 1er est à omettre car il est contraire au principe de l'annualité budgétaire (1).

Article 8

1. La phrase liminaire de l'alinéa 1er et le début de la modification proposée seraient mieux rédigés comme suit :

"Art. 8. L'article 2, 11°, dernier alinéa, de l'ordonnance du 12 décembre 1991 créant des fonds budgétaires, modifié par les ordonnances du 29 mars 1996 et du 20 mai 1998, est remplacé par la disposition suivante :

"11° Les moyens ...".

(1) Voyez l'article 50, § 1er, de la loi spéciale du 16 janvier 1989 relative au financement des Communautés et des Régions et voyez également M. Daerden et W. Dumazy, op. cit., pp. 123 et suiv.

2. L'alinéa 2 doit former un article à part entière qui prend sa place entre les articles 7 et 8 du projet.

Overeenkomstig artikel 84, eerste lid, 2°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, ingevoegd bij de wet van 4 augustus 1996, moeten in de adviesaanvraag in het bijzonder de redenen worden aangegeven tot staving van het spoedeisende karakter ervan.

In het onderhavige geval luidt die motivering in de brief aldus :

"(l'urgence est motivée) ... par la nécessité de liquider quelques centaines de millions de francs figurant cette année encore au budget régional au profit du Fonds pour le financement de la politique de l'eau et de la nécessité, par conséquent, que celui-ci existe avant la fin de cette année.".

*

* *

Voorafgaande opmerking

De gemachtigde ambtenaar heeft erop gewezen dat de laatste alinea van de commentaar bij artikel 8 van het ontwerp als onbestaande moet worden beschouwd, omdat deze betrekking heeft op een bepaling die niet meer in de ontworpen regeling staat. Die bepaling betrof de opheffing van het begrotingsfonds voor het beheer van afval- en regenwater.

Er behoort te worden nagegaan of die wijziging van de oorspronkelijke versie van het ontwerp de samenhang van het hele ontwerp niet in het gedrang brengt. Wat dat betreft heeft de Raad van State, gezien de beperkte tijd die hem is

.../...

toegemeten, niet kunnen verifiëren of het advies dat de inspecteur van financiën heeft uitgebracht, betrekking heeft op het ontwerp waarin de opgeheven bepaling nog stond, dan wel over het ontwerp zoals dat is overgezonden aan de Raad van State.

Onder dat voorbehoud beperkt de Raad zich in het onderhavige advies tot de volgende opmerkingen.

Bijzondere opmerkingen

Dispositief

Artikel 3

In punt 3 behoort te worden aangegeven om welke statistieken het gaat.

Artikel 4

1. Voor de uitvoering van de opdrachten die zijn opgesomd in artikel 3 van het voorontwerp, machtigt artikel 4, 1°, van het voorontwerp het Fonds om "overeenkomsten te sluiten". In de memorie van toelichting worden er geen preciseringen gegeven in verband met die machtiging. De bevoegdheid om overeenkomsten te sluiten is echter het gevolg van de rechtspersoonlijkheid van de instelling van openbaar nut van categorie A die bij het voorontwerp wordt opgericht, welke rechtspersoonlijkheid onderscheiden is van

.../...

die van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest. Doordat onderdeel 1° zo algemeen is, zou het, ten onrechte, de indruk kunnen wekken dat het Fonds ongeacht welke overeenkomst zou kunnen sluiten, zelfs al is dat binnen de grenzen waaraan het zich dient te houden wil het zijn specifieke doel in acht nemen.

Er behoort op gewezen te worden dat talrijke regelingen de handelingsbevoegdheid van instellingen van openbaar nut beperken. Dat geldt bijvoorbeeld voor de wetgeving op de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, die niet toestaat dat een aannemingsovereenkomst wordt gesloten of dat een koop wordt aangegaan, maar welbepaalde wijzen van plaatsing van opdrachten oplegt, alsook regels inzake publiciteit en mededinging, en strenge procedurevoorschriften. Ook wanneer het Fonds werkt met arbeidsovereenkomsten mag het zich bij de aanwerving van personeel niet onttrekken aan de naleving van de algemene beginselen die gelden voor overheidsdiensten.

Zo ook bepaalt artikel 1676.2 van het Gerechtelijk Wetboek dat de publiekrechtelijke rechtspersonen geen overeenkomsten tot arbitrage kunnen afsluiten.

Artikel 4, 1°, van het ontwerp, dat erg onnauwkeurig is, behoort te vervallen.

.../...

2. Artikel 4, 2°, van het voorontwerp machtigt het Fonds "namens en voor rekening van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest toelagen (toe te kennen)". In de memorie van toelichting wordt geen verantwoording gegeven voor zulk een verregaande afwijking van de normale subsidiëringsregeling.

De toekenning van een toelage is immers een handeling die gevolgen heeft voor de financiën van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest - wat blijkt uit de uitdrukking "namens en voor rekening van" - maar die tevens strekt tot het verwezenlijken van het beleid dat wordt voorgestaan door de organen van het Gewest, dat wil zeggen de gewestregering en de gewestraad - die een democratisch verkozen vergadering is - en van de keuzes die deze organen maken.

Zodanige vereisten staan in artikel 12, derde lid, van de wetten op de Rijkscomptabiliteit, gecoördineerd op 17 juli 1991, en van toepassing op de gemeenschappen en de gewesten krachtens artikel 50, § 2, van de bijzondere wet van 16 januari 1989. Dat artikel 12, derde lid, bepaalt het volgende :

"... Bij ontstentenis van een organieke wet, moet er voor elke toelage in de algemene uitgavenbegroting een speciale bepaling zijn die de aard van de toelage preciseert."

Het staat dus alleen aan de wetgever de algemene of specifieke voorwaarden voor de toekenning van een toelage vast te stellen, en zeker de basisregels ervan, waarbij hij eventueel de regering kan machtigen de nadere regels ervan uit te werken.

.../...

Onderdeel 2° moet vervallen.

3. Artikel 4, 3°, machtigt het Fonds om "waarborgen toe te kennen voor schuldvorderingen betreffende de financiering van de in artikel 3 bedoelde opdrachten die door derden zouden worden uitgevoerd".

In de memorie van toelichting staat niet wat begrepen moet worden onder "opdrachten die door derden zouden worden uitgevoerd", noch volgens welk wettelijk kader die derden door het Fonds zouden worden aangewezen.

Het toekennen van waarborgen door het Fonds vormt een financiële verbintenis waarvan het maximumbedrag niet bepaald is. Het staat aan de Brusselse Hoofdstedelijke Raad om ofwel een maximumbedrag vast te leggen in de onderzochte bepaling (1) ofwel een procedure in te voeren op grond waarvan hij dat bedrag zou mogen bepalen rekening houdend met wat de budgettaire gevolgen zijn indien de waarborg wordt aangesproken (2).

-
- (1) Het bedrag dat door de ordonnantie zelf wordt vastgesteld zou vrijgemaakt kunnen worden door de regering in opeenvolgende schijven volgens de reële noden.
- (2) Volgens artikel 5, § 2, eerste lid, van de ordonnantie van 8 april 1993 houdende oprichting van het Brussels Gewestelijk Herfinancieringsfonds van de gemeentelijke thesaurieën kan deze instelling van openbaar nut van categorie A "waarborgen geven voor een jaarlijks, door de Brusselse Hoofdstedelijke Raad te bepalen, bedrag."

.../...

4. Artikel 4, 4°, van het voorontwerp belast het Fonds ermee "alle taken (uit te voeren) die hem door de Brusselse Hoofdstedelijke Regering zijn toevertrouwd ter uitvoering van een in artikel 3 bedoelde opdracht".

Volgens de memorie van toelichting kan het Fonds :

"... elke taak uitvoeren die hem door de Regering is toevertrouwd, d.w.z. elke opdracht die door de Regering aan het Fonds wordt gedelegeerd om één van de opdrachten die het geacht wordt te financieren, uit te voeren of aan de uitvoering ervan deel te nemen."

De onderzochte bepaling is ongeoorloofd. De Brusselse Hoofdstedelijke Regering kan immers niet via "het toevertrouwen van een taak" of via "elke opdracht die wordt gedelegeerd", de uitoefening van bevoegdheden die door de bijzondere wetgever aan het Brussels Hoofdstedelijk Gewest zijn toevertrouwd - aangelegenheden waarin de Raad zijn prerogatieven ten volle moet kunnen uitoefenen - overdragen aan een instelling van openbaar nut (1). Op grond van de vage uitdrukking "een in artikel 3 bedoelde opdracht" kan het mechanisme dat het ontwerp wil invoeren, niet worden gewettigd.

Het besluit is dan ook dat artikel 4 van het voorontwerp grondig moet worden herzien.

(1) Er behoort op gewezen te worden dat, aangezien het gaat om een instelling van categorie A, het Fonds onder het onmiddellijke hiërarchische gezag van die instelling zal staan, en dat de Regering, krachtens artikel 7, eerste lid, van het voorontwerp, het Fonds rechtstreeks zal beheren.

Artikel 5

Punt 1 behoort te vervallen omdat het strijdig is met het beginsel van de universaliteit van de begroting en het beginsel dat een bepaalde ontvangst niet mag dienen tot het verrichten van een bepaalde uitgave (1). Indien het de bedoeling is van de stellers van de ontworpen regeling om alle of een gedeelte van de ontvangsten die opgesomd zijn in artikel 2, 11°, van de ordonnantie van 12 december 1991 toe te kennen aan het op te richten Fonds, moeten die ontvangsten in voorkomend geval opgesomd worden in de bepaling van het ontwerp en moet bepaald worden dat deze alle inkomsten of een gedeelte van de inkomsten van het Fonds vormen.

Het zou beter zijn punt 2 van het ontwerp als volgt te stellen :

"2. kredieten ten laste van de begroting van het Gewest."

(1) Zie artikel 50, § 1, van de bijzondere wet van 16 januari 1989 betreffende de financiering van de Gemeenschappen en de Gewesten, en zie tevens M. Daerden en W. Dumazy, "Les finances de la nouvelle Belgique fédérale", blz. 169 e.v.

Artikel 6

Het eerste lid moet vervallen aangezien het strijdig is met het beginsel van de eenjarigheid van de begroting (1).

Artikel 8

1. Het zou beter zijn de inleidende zin van het eerste lid en het begin van de voorgestelde wijziging als volgt te stellen :

"Art. 8. Artikel 2, 11°, laatste lid, van de ordonnantie van 12 december 1991 houdende oprichting van begrotingsfondsen, gewijzigd bij de ordonnanties van 29 maart 1996 en 20 mei 1998, wordt vervangen door de volgende bepaling :

"11° De middelen ...".

2. Het tweede lid moet een volwaardig artikel vormen, dat ingevoegd wordt tussen artikel 7 en artikel 8 van het ontwerp.

(1) Zie artikel 50, § 1, van de bijzondere wet van 16 januari 1989 betreffende de financiering van de Gemeenschappen en de Gewesten, en zie tevens M. Daerden en W. Dumazy, op. cit., blz. 123 e.v.

La chambre était composée de

Messieurs Y. KREINS,
de Heren

P. LIENARDY,
P. QUERTAINMONT,

F. DELPEREE,

Madame B. VIGNERON,
Mevrouw

De kamer was samengesteld uit

conseiller d'Etat, président,
staatsraad, voorzitter,

conseillers d'Etat,
staatsraden,

assesseur,
assessor,

greffier,
griffier.

Le rapport a été présenté par
M. J. REGNIER, premier auditeur
chef de section. La note du
Bureau de coordination a été
rédigée et exposée par
M. L. JANS, référendaire adjoint.

La concordance entre la version
française et la version néer-
landaise a été vérifiée sous le
contrôle de M. P. LIENARDY.

Het verslag werd uitgebracht
door de H. J. REGNIER, eerste
auditeur-afdelingshoofd. De nota
van het Coördinatiebureau werd
opgesteld en toegelicht door de
H. L. JANS, adjunct-referendaris.

De overeenstemming tussen de
Franse en de Nederlandse tekst werd
nagezien onder toezicht van de
H. P. LIENARDY.

LE GREFFIER - DE GRIFFIER,

LE PRESIDENT - DE VOORZITTER,

B. VIGNERON

Y. KREINS