

ROYAUME DE BELGIQUE

Avis 36.992/4

DE LA SECTION DE LÉGISLATION DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, quatrième chambre, saisi par le Vice-Premier Ministre et Ministre des Entreprises publiques, le 16 avril 2004, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté royal "portant réforme des structures de gestion de l'infrastructure ferroviaire", a donné le 10 mai 2004 l'avis suivant :

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1°, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, tel qu'il est remplacé par la loi du 2 avril 2003, la section de législation limite son examen au fondement juridique du projet, à la compétence de l'auteur de l'acte ainsi qu'à l'accomplissement des formalités préalables, conformément à l'article 84, § 3, des lois coordonnées précitées.

Sur ces trois points, le projet appelle les observations ci-après.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

Formalités préalables

En vertu de l'article 6, § 4, 3°, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, les Régions doivent être associées à plusieurs dispositions du projet.

Il est rappelé que la formalité de l'association doit consister en des échanges de vue sur un texte préalablement communiqué à ces gouvernements et sur lequel ceux-ci doivent, en tant que tels et en pleine connaissance de cause, avoir l'occasion de se prononcer.

Les éléments joints à la demande d'avis ne permettent pas de conclure que cette formalité peut être considérée comme ayant été menée à son terme.

En effet, dans la lettre de notification du 18 mars 2004, le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale s'est exprimé comme suit :

- "- merkt op dat, gelet op de gestelde korte termijn, zij geen gemotiveerd advies van haar administratie ontvangen heeft en enkel een eerste principieel advies kan geven mits overeengekomen dat ze zich het recht voorbehoudt een bijkomend advies uit te brengen;
- hecht haar goedkeuring aan het ontwerp van koninklijk besluit houdende wijziging van het koninklijk besluit van 12 maart 2003 betreffende het gebruik van de spoorweginfrastructuur en aan het koninklijk besluit tot hervorming van de beheersstructuren van de spoorweginfrastructuur, mits de volgende opmerking :

.../...

Art. 199, § 1, 1° van het ontwerp van koninklijk besluit tot hervorming van de beheersstructuren van de spoorweginfrastructuur zou moeten worden aangevuld met een uitgebreidere definitie over de opdrachten van Infrabel inzake de vernieuwing van en de nieuwe investeringen in de spoorweginfrastructuur, of op zijn minst uitdrukkelijk moeten verwijzen naar de bepalingen van art. 7, § 2."

Le Gouvernement de la Région wallonne, quant à lui, précise dans son courrier de la même date que :

" Le Gouvernement regrette que la procédure de consultation des Régions sur le projet d'arrêté royal remplaçant l'arrêté royal du 12 mars 2003 relatif aux conditions d'utilisation de l'infrastructure ferroviaire, ait été peu conforme aux dispositions de concertation en vigueur.

En conséquence, le Gouvernement donne un premier avis sur base d'une première lecture rapide du projet d'arrêté royal (...).

Le Gouvernement se réserve le droit de donner un avis complémentaire après approfondissement de l'examen d'une série de points."

Par ailleurs, en ce qui concerne l'association du Gouvernement flamand au projet, le dossier contient certes une lettre du 18 mars 2004 du Ministre flamand de la Mobilité au Ministre-Président du Gouvernement flamand relative à l'arrêté en projet ainsi qu'une lettre du Ministre fédéral de la Mobilité et de l'Économie sociale au Ministre-Président du Gouvernement flamand mais ne contient aucun document par lequel le Gouvernement flamand fait connaître son point de vue au Gouvernement fédéral.

Sur la base de ces seuls éléments, les Gouvernements précités ne peuvent être considérés comme ayant été pleinement associés au projet.

Fondement juridique

1. Le projet examiné se donne pour fondement légal les articles 450 à 460 et 465 de la loi-programme du 22 décembre 2003.

.../...

Il ne pourra dès lors être adopté définitivement avant l'entrée en vigueur des dispositions légales précitées, entrée en vigueur qu'il revient au Roi de fixer, conformément à l'article 460 de la loi-programme précitée.

2. La note au Conseil des ministres, datée du 26 mars 2003 et reprise dans le dossier joint à la demande d'avis, expose que le projet examiné s'inscrit dans une réforme globale des structures juridiques de la S.N.C.B. qui comprend les volets suivants :

- la création, par le projet examiné, de deux entités juridiques destinées à accueillir, d'une part, la propriété et, d'autre part, la gestion de cette infrastructure et dénommée respectivement Fonds de l'infrastructure ferroviaire et Infrabel;
- l'adaptation de l'arrêté royal du 12 mars 2003 relatif aux conditions d'utilisation de l'infrastructure ferroviaire, compte tenu de la création de la société gestionnaire de l'infrastructure ferroviaire Infrabel ⁽¹⁾;
- la filialisation future de l'activité de transport ferroviaire de la S.N.C.B.

D'autre part le rapport au Roi s'exprime en ces termes :

"À l'issue de cette réorganisation, la SNCB sera une société holding qui détiendra et gèrera ses participations dans sa filiale de transport et dans le gestionnaire de l'infrastructure. Elle exercera des activités de coordination et de support pour le groupe (gestion financière et de trésorerie, achats communs, service juridique, etc.) et assurera la mise à disposition du personnel à sa filiale de transport et au gestionnaire de l'infrastructure. Elle aura en outre certaines activités opérationnelles, notamment dans le domaine de la sécurité et du gardiennage. La structure holding permettra ainsi de maintenir certaines synergies sur le plan des coûts; elle constituera également une interface permettant de définir, au niveau de la SNCB, une vision plus globale des besoins en infrastructure et des investissements nécessaires. La SNCB restera le bénéficiaire des versements par l'État de la normalisation des comptes liés aux pensions et aux accidents de travail."

⁽¹⁾ Ce second volet de la réforme est mis en oeuvre par un projet d'arrêté royal modifiant l'arrêté royal du 12 mars 2003 précité, qui fait l'objet d'un avis 36.949/4, donné le 3 mai 2004.

Cette restructuration s'accompagne de la suppression de l'Office ferroviaire de répartition et de tarification, et du transfert de ses compétences à Infrabel.

L'Office ferroviaire de répartition et de tarification a été créé par l'arrêté royal du 12 mars 2003, dans le cadre d'une première opération de transposition de la directive 2001/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2001 concernant la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire, la tarification de l'infrastructure ferroviaire et la certification en matière de sécurité. Compte tenu de l'option prise par l'autorité fédérale, lors de ce premier essai de transposition, de maintenir l'unicité de la S.N.C.B., la création de cet Office ferroviaire s'imposait pour assurer le respect des articles 4, paragraphe 2, et 14, paragraphe 2, de la directive précitée, lesquels disposent :

"Art. 4.2. Si le gestionnaire de l'infrastructure n'est pas indépendant des entreprises ferroviaires sur le plan juridique, organisationnel ou décisionnel, les fonctions décrites dans le présent chapitre ⁽²⁾, autres que celles de recouvrement des redevances, sont assumées par un organisme de tarification qui est indépendant des entreprises ferroviaires sur le plan juridique, organisationnel et décisionnel."

"Art. 14.2. Si le gestionnaire de l'infrastructure n'est pas indépendant des entreprises ferroviaires sur le plan juridique, organisationnel ou décisionnel, les fonctions visées au paragraphe 1 et décrites au présent chapitre ⁽³⁾ sont assumées par un organisme de répartition qui est indépendant des entreprises ferroviaires sur le plan juridique, organisationnel et décisionnel."

Quant à l'indépendance du gestionnaire de l'infrastructure, il y a lieu d'avoir égard à l'article 6, paragraphes 1^{er} et 2 de la directive 91/440/CEE du Conseil du 29 juillet 1991 relative au développement de chemins de fer communautaires rédigé comme suit :

"1. Les États membres prennent les mesures nécessaires pour assurer la tenue et la publication de comptes de profits et pertes séparés et de bilans séparés, d'une part, pour les activités relatives à la fourniture de services de transport par des entreprises ferroviaires et, d'autre part, pour celles relatives à la gestion de l'infrastructure ferroviaire. Les aides publiques versées à l'une de ces deux activités ne peuvent pas être transférées à l'autre.

Les comptes relatifs aux deux activités sont tenus de façon à refléter cette interdiction.

⁽²⁾ L'article 4 fait partie du chapitre II de la directive, intitulé : Redevances d'infrastructure.

⁽³⁾ L'article 14 fait partie du chapitre III de la directive, intitulé : "Répartition des capacités d'infrastructure".

2. Les États membres peuvent, en outre, prévoir que cette séparation comporte des divisions organiques distinctes au sein d'une même entreprise ou que la gestion de l'infrastructure est assurée par une entité distincte".

Malgré les dispositions dont il résulte que l'influence de la S.N.C.B. sera limitée à moins de 20 % des voix ⁽⁴⁾ et malgré les règles d'incompatibilité prévues par l'article 212 en projet, l'indépendance d'Infrabel par rapport à la S.N.C.B. et à sa future filiale de transport ferroviaire n'est pas suffisamment garantie.

En effet :

- la S.N.C.B. continuerait à exercer "des activités de coordination et de support pour le groupe (gestion financière et de trésorerie, achats communs, service juridique, etc.)" dont on ne peut exclure qu'elles soient d'une nature telle qu'elles permettent à la S.N.C.B. en sa qualité de holding, d'exercer une influence prépondérante sur les décisions d'Infrabel;
- Infrabel ne disposerait pas d'un personnel propre, l'ensemble de ses ressources humaines étant constituées d'agents de la S.N.C.B. mis provisoirement à sa disposition ⁽⁵⁾;
- la S.N.C.B. constituera une interface permettant de définir, au niveau de la S.N.C.B., une vision plus globale des besoins en infrastructure et des investissements nécessaires; de telles attributions sont de nature à avoir également une incidence importante sur les décisions tant de la holding à l'égard d'Infrabel qu'au sein des organes de cette filiale.

⁽⁴⁾ Articles 205 et 207, § 2, alinéa 1^{er}, en projet de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques.

⁽⁵⁾ Voy. l'article 214 en projet.

Il est dès lors contraire aux articles 4.2. et 14.2. de la directive 2001/14/CE précitée de transférer à Infrabel les missions définies à l'article 5 du projet (article 199, § 1^{er}, 4^o et 5^o, en projet, de la loi du 21 mars 1991 précitée), et actuellement dévolues à l'Office ferroviaire de répartition et de tarification ⁽⁶⁾.

C'est sous la réserve de cette observation générale que les observations particulières suivantes sont formulées.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

Préambule

1. Il convient de viser, au préambule, avec la mention de leurs modifications encore en vigueur, les différents textes que le projet entend modifier.

2. Il n'est plus nécessaire de viser au préambule, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 2 avril 2003 modifiant certains aspects de la législation relative à l'organisation et au fonctionnement de la section de législation du Conseil d'État, la délibération du Gouvernement sur la demande d'avis à donner par le Conseil d'État dans un délai ne dépassant pas trente jours.

L'alinéa 8 du préambule sera donc omis.

⁽⁶⁾ Voy. en outre sur ce point l'observation sous l'article 40 dans l'avis 37.099/1/2/3/4, donné le 7 mai 2004, sur un avant-projet de loi-programme.

Dispositif

Article 2, § 1^{er}, du projet

L'article 451 de la loi-programme du 22 décembre 2003 dispose :

"Art. 451. Le Roi peut, par arrêté délibéré en Conseil des ministres, autoriser l'État belge et la Société nationale des chemins de fer belges (dénommée ci-après la "SNCB") à constituer une société anonyme de droit public qui sera le gestionnaire de l'infrastructure ferroviaire, telle que définie à l'article 3 de la directive 91/440/CEE précitée, pour l'ensemble du réseau belge (cette société étant dénommée ci-après le "gestionnaire de l'infrastructure")."

Compte tenu de ce qu'en vertu de l'article 3, § 2, du projet l'État devient également actionnaire d'Infrabel, le mot "seule" doit être omis.

Article 3 du projet

Le Conseil d'État s'interroge sur la portée de l'article 3, § 3, alinéa 2, du projet. Le commentaire des articles pourrait, à tout le moins, être complété sur ce point.

Article 5 du projet (article 200 en projet)

1. L'article 452, § 1^{er}, 1^o, de la loi-programme du 22 décembre 2003, dispose :

"Art. 452. § 1^{er}. Le gestionnaire de l'infrastructure a pour objet :

- 1^o l'entretien et la gestion de l'infrastructure ferroviaire et, dans l'opération visée à l'article 454, § 1^{er}, l'acquisition, la construction et le renouvellement de cette infrastructure;"

L'article 454, § 1^{er} et § 2, alinéa 1^{er}, de la loi-programme du 22 décembre 2003 dispose quant à lui :

"Art. 454. § 1^{er}. La SNCB transfère au gestionnaire de l'infrastructure, par voie d'apport de branche d'activité ou de scission partielle, l'ensemble des actifs et passifs (y compris les droits et engagements hors bilan) qui se rattachent à la

.../...

gestion et au financement de l'infrastructure ferroviaire, avec effet u 1^{er} janvier 2005, aux conditions et selon les modalités définies par le Roi, par arrêté délibéré en Conseil des ministres.

§ 2. Alternativement à l'opération visée au § 1^{er}, le Roi, par arrêté délibéré en Conseil des ministres, peut prévoir que la SNCB transfère les actifs définis à l'alinéa 2 et les emprunts y afférents à un organisme d'intérêt public qui a notamment pour objet l'acquisition, la construction et le renouvellement de cette infrastructure."

Il résulte de l'usage des mots "l'acquisition, la construction et le renouvellement" à l'article 454, § 2, précité, que l'organisme visé par cette disposition étant le fonds de l'infrastructure ferroviaire doit notamment avoir pour mission l'acquisition et l'aménagement de l'infrastructure ferroviaire.

Ces deux missions ne doivent, dès lors, pas être citées, à l'article 200, § 3, en projet, parmi les éléments contenus dans le plan pluriannuel d'investissement d'Infrabel.

Aux articles 452, § 1^{er}, 1^o et 454, § 2, de la loi-programme du 22 décembre 2003, correspond au terme français "acquisition" le terme "verwerven" dans la version néerlandaise, tandis qu'à l'article 5 du projet, article 200, § 3, en projet, ce même terme français est rendu par le terme "aanschaffing" dans la version néerlandaise.

Au même article, en projet, correspond au terme français "aménagement" dans la version néerlandaise le terme "inrichting", tandis qu'à l'article 452, § 1^{er}, 1^o, précité de la loi-programme correspond au terme français "construction" le terme "bouwen" dans la version néerlandaise et à l'article 454, § 2, de cette même loi-programme ce même terme "construction" est rendu par le terme "aanleggen" dans la version néerlandaise.

Toutefois, le terme "aanleggen" est souvent utilisé comme équivalent du terme français "aménagement". Il est donc question de confusion terminologique.

2. À l'article 200, § 4, en projet, le rôle privilégié donné à la S.N.C.B., par rapport aux autres entreprises ferroviaires, dans le cadre de l'adoption du plan d'entreprise d'Infrabel et de ses adaptations annuelles, n'est conforme ni au principe d'indépendance du gestionnaire de l'infrastructure, ni à celui d'égalité de traitement des différentes entreprises ferroviaires utilisatrices de l'infrastructure, principes tous deux affirmés par la directive 2001/14/CE précitée.

Il convient par conséquent d'omettre, dans cette disposition, les mots "après consultation de la S.N.C.B."

Article 5 du projet
(article 204 en projet)

Selon l'article 204, alinéa 2, en projet :

"Infrabel est exemptée de tous impôts, taxes et droits au profit des provinces, communes et agglomérations et fédérations de communes."

Selon le rapport au Roi, cette exemption fiscale ne concerne que des impôts fédéraux. Le projet doit être revu en ce sens.

La même observation vaut pour l'article 11 du projet.

Article 5 du projet
(article 212 en projet)

L'article 212, § 3, en projet, de la loi du 21 mars 1991 précitée, prévoit que lorsqu'un membre du conseil d'administration ou du comité de direction contrevient aux dispositions des paragraphes 1^{er} et 2 du même article, il est tenu de se démettre des mandats ou fonctions en question dans un délai de trois mois.

Le Conseil d'État n'aperçoit cependant pas comment cette disposition pourrait être appliquée en cas de manquement aux dispositions de l'article 212, § 2, alinéas 2 et 3, en projet.

Article 5 du projet
(article 213 en projet)

L'article 23, § 4, alinéa 3, de la loi du 21 mars 1991 précitée, prévoit que les décisions prises par le ministre dont relève l'entreprise publique, sur recours du

.../...

Commissaire du Gouvernement, sont soumises à l'accord du Ministre du Budget "en cas d'incidence sur le budget général des dépenses de l'État". L'alinéa 5 du même paragraphe prévoit en outre :

"Si le Ministre du Budget et le ministre dont relève l'entreprise publique ne trouvent pas d'accord dans le délai de huit jours visé à l'alinéa précédent, il est statué dans un délai de trente jours francs commençant le même jour que le délai visé à l'alinéa premier, selon la procédure fixée par le Roi."

Cet article 23 est rendu inapplicable à Infrabel par l'article 206 en projet. Il est remplacé par l'article 213 en projet. À l'alinéa 4 du paragraphe 4 de cette dernière disposition, il convient de prévoir, à l'instar de la solution retenue dans l'article 23, § 4, alinéa 5, précité, qu'il revient au Roi de fixer la procédure de décision en cas de désaccord entre le Ministre du Budget et le ministre dont relève Infrabel.

Article 5 du projet
(article 215 en projet)

1. L'article 215, § 2, en projet, vise à modifier la composition de la commission paritaire nationale de la S.N.C.B. Cette disposition ne peut dès lors, prendre place dans le nouveau titre VIII en projet de la loi du 21 mars 1991 précitée, consacré à Infrabel.

Il convient, au contraire, de modifier directement les dispositions fixant la composition de cette commission paritaire.

2. L'article 215, § 2, 3°, en projet, de la loi du 21 mars 1991, précitée dispose que trois membres de la commission paritaire sont nommés par le conseil d'administration de la filiale de la S.N.C.B. ayant pour objet le transport ferroviaire de voyageurs et de marchandises. Une telle disposition est actuellement prématurée. Une alternative devrait, à tout le moins, être prévue pour le cas où cette filiale ne serait pas créée avant le 1^{er} janvier 2005.

Article 7 du projet

1. L'article 7 du projet limite l'objet du Fonds à la seule détention de l'infrastructure ferroviaire. Cette limitation n'est pas conforme au prescrit de l'article 454, § 2, alinéa 1^{er}, de la loi-programme du 22 décembre 2003 précitée.

2. C'est de manière impropre que le paragraphe 1^{er} se réfère à la notion de détention alors qu'il s'agit de propriété comme le confirme le paragraphe 2 ⁽⁷⁾.

Article 8 du projet

L'article 8, § 3, du projet, dispose :

"§ 3. Le Roi fixe, par arrêté délibéré en Conseil des Ministres, le statut administratif et pécuniaire des membres du conseil d'administration."

Cette formulation n'est, d'ordinaire, utilisée que pour habiliter l'exécutif à fixer le statut du personnel d'un organisme. Son usage conduit à se demander si la volonté de l'auteur du projet est que le conseil d'administration du Fonds soit composé d'agents de cet organisme. Une telle interprétation ne serait cependant pas compatible avec l'article 8, § 2, alinéa 3, du projet, dans lequel une distinction est établie, pour ce qui concerne les délégations, entre les membres du conseil d'administration et les membres du personnel.

Il convient donc de modifier la rédaction du paragraphe 3 de l'article 8 du projet, afin de mieux faire apparaître l'intention de l'auteur du texte. Celle-ci pourrait être explicitée dans le rapport au Roi.

Article 13 du projet

Compte tenu du fait que selon le commentaire de l'article 202, en projet, Infrabel sera soumis à l'article 27, § 1^{er}, de la loi du 21 mars 1991 précitée, et qu'elle devra

⁽⁷⁾ Voy. aussi le rapport au Roi.

établir une comptabilité analytique distinguant ses activités qui ont trait aux tâches de service public et ses autres activités, la section de législation du Conseil d'État s'interroge sur la portée de l'habilitation donnée au Roi de définir les règles d'une comptabilité des recettes et dépenses.

Il y a lieu d'observer que le Fonds étant un organisme d'intérêt public classé dans la catégorie B de l'article 1^{er} de la loi du 16 mars 1954 relative au contrôle de certains organismes d'intérêt public, il sera en principe soumis aux règles budgétaires et comptables fixées par ou en vertu de cette loi ⁽⁸⁾, au moins jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi du 22 mai 2003 portant organisation du budget et de la comptabilité de l'État fédéral, en particulier son article 126 ⁽⁹⁾.

Il appartient à l'auteur du projet d'examiner s'il ne convient pas que tous les organismes du secteur ferroviaire utilisent la même législation comptable, à savoir celle des sociétés commerciales, quel que soit leur forme ou leur statut juridique, ou si le Fonds, dans un souci particulier d'homogénéité de la législation des personnes morales de droit public, ne devrait pas être soumis au régime ordinaire des organismes administratifs publics visés par l'article 2, 3°, de la loi du 22 mai 2003 précitée.

⁽⁸⁾ Voy. l'article 7 de la loi du 16 mars 1954 précitée, et l'arrêté royal du 7 avril 1954 portant règlement général sur le budget et la comptabilité des organismes d'intérêt public visés par la loi du 16 mars 1954.

⁽⁹⁾ "§ 1^{er}. - Les articles 2 à 7 de la loi du 16 mars 1954 relative au contrôle de certains organismes d'intérêt public cessent d'être applicables aux organismes administratifs publics soumis à la présente loi.
§ 2. - Les dispositions de la loi organique ou du statut des organismes administratifs publics soumis à la présente loi cessent d'avoir effet dans la mesure où elles s'avèrent contraires ou non conformes aux dispositions de la présente loi."

La chambre était composée de

Madame	M.-L. WILLOT-THOMAS,	président de chambre,
Messieurs	P. LIÉNARDY, P. VANDERNOOT,	conseillers d'État,
Madame	C. GIGOT,	greffier.

Le rapport a été présenté par M. Y. CHAUFFOUREAUX, auditeur adjoint.

LE GREFFIER,

LE PRÉSIDENT,

C. GIGOT

M.-L. WILLOT-THOMAS

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 36.992/4

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, vierde kamer, op 16 april 2004 door de Vice-Eerste Minister en Minister van Overheidsbedrijven verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een ontwerp van koninklijk besluit "tot hervorming van de beheersstructuren van de spoorweginfrastructuur", heeft op 10 mei 2004 het volgende advies gegeven :

Aangezien de adviesaanvraag ingediend is op basis van artikel 84, § 1, eerste lid, 1°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, zoals het is vervangen bij de wet van 2 april 2003, beperkt de afdeling wetgeving overeenkomstig artikel 84, § 3, van de voornoemde gecoördineerde wetten haar onderzoek tot de rechtsgrond van het ontwerp, de bevoegdheid van de steller van de handeling en de te vervullen voorafgaande vormvereisten.

Wat deze drie punten betreft, geeft het ontwerp aanleiding tot de volgende opmerkingen.

ALGEMENE OPMERKINGEN

Voorafgaande vormvereisten

Krachtens artikel 6, § 4, 3°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, moeten de gewesten betrokken worden bij het ontwerpen van verschillende bepalingen van het ontwerp.

Er wordt aan herinnerd dat de formaliteit dat de gewestregeringen moeten worden betrokken bij het ontwerpen van regelingen inhoudt dat die regeringen van gedachten moeten kunnen wisselen over een tekst die ze vooraf hebben gekregen en waarover ze zich als zodanig en met volledige kennis van zaken moeten kunnen uitspreken.

Uit de gegevens die bij de adviesaanvraag gevoegd zijn kan niet worden afgeleid dat deze formaliteit als vervuld kan worden beschouwd.

In de kennisgevingsbrief van 18 maart 2004 heeft de Brusselse Hoofdstedelijke Regering namelijk het volgende gesteld :

- "- merkt op dat, gelet op de gestelde korte termijn, zij geen gemotiveerd advies van haar administratie ontvangen heeft en enkel een eerste principieel advies kan geven mits overeengekomen dat ze zich het recht voorbehoudt een bijkomend advies uit te brengen;

.../...

- hecht haar goedkeuring aan het ontwerp van koninklijk besluit houdende wijziging van het koninklijk besluit van 12 maart 2003 betreffende het gebruik van de spoorweginfrastructuur en aan het koninklijk besluit tot hervorming van de beheersstructuren van de spoorweginfrastructuur, mits de volgende opmerking :

Art. 199, § 1, 1°, van het ontwerp van koninklijk besluit tot hervorming van de beheersstructuren van de spoorweginfrastructuur zou moeten worden aangevuld met een uitgebreidere definitie over de opdrachten van Infrabel inzake de vernieuwing van en de nieuwe investeringen in de spoorweginfrastructuur, of op zijn minst uitdrukkelijk moeten verwijzen naar bepalingen van art. 7, § 2."

De Waalse Gewestregering van haar kant wijst op het volgende in haar brief van dezelfde datum :

"Le Gouvernement regrette que la procédure de consultation des Régions sur le projet d'arrêté royal remplaçant l'arrêté royal du 12 mars 2003 relatif aux conditions d'utilisation de l'infrastructure ferroviaire, ait été peu conforme aux dispositions de concertation en vigueur.

En conséquence, le Gouvernement donne un premier avis sur base d'une première lecture rapide du projet d'arrêté royal (...).

Le Gouvernement se réserve le droit de donner un avis complémentaire après approfondissement de l'examen d'une série de points."

Wat betreft het betrekken van de Vlaamse Regering bij het ontwerp, bevat het dossier weliswaar een brief van 18 maart 2004 van de Vlaamse Minister van Mobiliteit aan de Minister-President van de Vlaamse Regering betreffende het ontworpen besluit, alsmede een brief van de federale Minister van Mobiliteit en Sociale Economie aan de Minister-President van de Vlaamse Regering, maar bevat het geen enkel document waarbij de Vlaamse Regering haar standpunt aan de federale Regering kenbaar maakt.

Op basis van deze enkele gegevens kan er niet van uit worden gegaan dat de voormelde regeringen ten volle bij het ontwerp betrokken zijn geweest.

Rechtsgrond

1. In het onderzochte ontwerp worden de artikelen 450 tot 460 en 465 van de programmawet van 22 december 2003 als rechtsgrond opgegeven.

.../...

Het kan derhalve niet worden uitgevaardigd vóór de inwerkingtreding van de voornoemde wetsbepalingen, welke inwerkingstreding de Koning dient vast te stellen overeenkomstig artikel 460 van de genoemde programmawet.

2. In de nota aan de Ministerraad d.d. 26 maart 2003, die opgenomen is in het bij de adviesaanvraag gevoegde dossier, wordt gesteld dat het onderzochte ontwerp "kadert in een globale hervorming van de juridische structuren van de NMBS", die de volgende fasen omvat :

- de oprichting, bij het onderzochte ontwerp, van twee juridische entiteiten bestemd voor de verwerving van de eigendom enerzijds en voor het beheer van deze infrastructuur anderzijds, respectievelijk het Fonds voor spoorweginfrastructuur en Infrabel genoemd;
- de aanpassing van het koninklijk besluit van 12 maart 2003 betreffende de voorwaarden voor het gebruik van de spoorweginfrastructuur, rekening houdend met de oprichting van Infrabel, de vennootschap voor het beheer van spoorweginfrastructuur ⁽¹⁾;
- de toekomstige filialisering van het spoorwegvervoer van de NMBS.

Voorts staat in het Verslag aan de Koning het volgende :

"Na deze reorganisatie zal de NMBS een holdingvennootschap zijn die haar deelnemingen in haar dochtervennootschap transport en in de infrastructuurbeheerder zal aanhouden en beheren. Zij zal coördinatie- en ondersteuningsactiviteiten verrichten ten behoeve van de groep (financieel en thesauriebeheer, gemeenschappelijke aankopen, juridische dienst, enz.) en instaan voor de terbeschikkingstelling van het personeel aan haar dochtervennootschap transport en aan de infrastructuurbeheerder. Zij zal bovendien instaan voor bepaalde operationele activiteiten, inzonderheid op het gebied van veiligheid en bewaking. Aldus maakt de holdingstructuur het behoud van bepaalde synergieën op het gebied van kosten mogelijk; zij creëert eveneens een interface die toelaat om op het niveau van de NMBS een meer globale visie van de infrastructuurbehoeften en de vereiste investeringen te definiëren. De NMBS blijft de begunstigde van de

⁽¹⁾ Deze tweede fase van de hervorming wordt uitgevoerd bij een ontwerp van koninklijk besluit tot wijziging van het voormelde koninklijk besluit van 12 maart 2003, waarover op 3 mei 2004 advies 36.949/4 gegeven is.

Staatstoelagen van de normalisering van de rekeningen betreffende pensioenen en arbeidsongevallen."

Deze herstructurering zal gepaard gaan met de opheffing van de Spoordienst voor toewijzing en heffing van rechten, en met de overdracht van zijn bevoegdheden aan Infrabel.

De Spoordienst voor de toewijzing en heffing van rechten is opgericht bij het koninklijk besluit van 12 maart 2003, in het kader van een eerste fase in de omzetting van richtlijn 2001/14/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2001 inzake de toewijzing van spoorweginfrastructuurcapaciteit en de heffing van rechten voor het gebruik van spoorweginfrastructuur alsmede inzake veiligheidscertificering. Gelet op de optie van de federale overheid bij deze eerste poging tot omzetting, namelijk het behoud van de eenheid van de NMBS, was het noodzakelijk deze Spoordienst op te richten met het oog op de naleving van de artikelen 4, lid 2, en 14, lid 2, van de genoemde richtlijn, die het volgende bepalen :

"Art. 4.2. Is de infrastructuurbeheerder in juridisch of organisatorisch opzicht of wat de besluitvorming betreft, niet onafhankelijk van spoorwegondernemingen, dan vallen de in dit hoofdstuk beschreven taken ⁽²⁾, met uitzondering van de inning van de gebruiksrechten, onder de bevoegdheid van een tarifieringsinstantie die wel in juridisch of organisatorisch opzicht of wat de besluitvorming betreft onafhankelijk is van spoorwegondernemingen."

"Art. 14.2. Indien de infrastructuurbeheerder in juridisch of organisatorisch opzicht, of wat de besluitvorming betreft, niet onafhankelijk is van een spoorwegonderneming, worden de in lid 1 bedoelde en in dit hoofdstuk omschreven taken ⁽³⁾ uitgeoefend door een toewijzende instantie die in juridisch of organisatorisch opzicht en wat de besluitvorming betreft, onafhankelijk is van een spoorwegonderneming."

⁽²⁾ Artikel 4 behoort tot hoofdstuk II van de richtlijn, met als opschrift : "Rechten voor het gebruik van infrastructuur".

⁽³⁾ Artikel 14 behoort tot hoofdstuk III van de richtlijn, met als opschrift : "Toewijzing van infrastructuurcapaciteit".

Wat betreft de onafhankelijkheid van de infrastructuurbeheerder, dient acht te worden geslagen op artikel 6, lid 1 en 2, van richtlijn 91/440/EEG van de Raad van 29 juli 1991 betreffende de ontwikkeling van de spoorwegen in de Gemeenschap, dat als volgt geredigeerd is :

"1. De Lid-Staten nemen de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat de boekhouding van de activiteiten met betrekking tot de exploitatie van de vervoerdiensten gescheiden is van die van de activiteiten betreffende het beheer van de spoorweginfrastructuur. De voor een van deze twee activiteiten verstrekte steun mag niet worden overgedragen naar de andere activiteit.

Dit verbod moet terug te vinden zijn in de wijze waarop de boekhoudingen van deze twee activiteiten gevoerd worden.

2. De Lid-Staten kunnen voorts bepalen dat deze scheiding tot uitdrukking komt in het bestaan van afzonderlijke afdelingen binnen een zelfde onderneming of dat de infrastructuur door een afzonderlijke eenheid wordt beheerd."

Ondanks de bepalingen waaruit blijkt dat de invloed van de NMBS zal worden beperkt tot minder dan 20% van de stemmen ⁽⁴⁾ en ondanks de regels inzake onverenigbaarheid waarin het ontworpen artikel 212 voorziet, is de onafhankelijkheid van Infrabel ten opzichte van de NMBS en haar toekomstige dochtervennootschap voor vervoer per spoor onvoldoende gewaarborgd.

Immers :

- de NMBS zou "coördinatie- en ondersteuningsactiviteiten (blijven) verrichten ten behoeve van de groep (financieel en thesauriebeheer, gemeenschappelijke aankopen, juridische dienst, enz.)", welke bewoordingen het niet mogelijk maken uit te sluiten dat die activiteiten van die aard kunnen zijn dat de NMBS daardoor, in haar hoedanigheid van holding, een doorslaggevende invloed kan uitoefenen op de beslissingen van Infrabel;

⁽⁴⁾ Ontworpen artikelen 205 en 207, § 2, eerste lid, van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven.

- Infrabel zou niet beschikken over eigen personeel, aangezien al haar menselijke middelen personeelsleden van de NMBS zouden zijn, die haar voorlopig ter beschikking worden gesteld ⁽⁵⁾;
- de NMBS zal een interface creëren die het mogelijk maakt om op het niveau van de NMBS een meer algemene visie van de infrastructuurbehoeften en de vereiste investeringen te definiëren; zulke bevoegdheden kunnen eveneens een grote invloed hebben op de beslissingen, zowel van de holding ten aanzien van Infrabel, als van de organen van die dochtervennootschap.

Bijgevolg is het strijdig met de artikelen 4.2. en 14.2. van de voormelde richtlijn 2001/14/EG om Infrabel te belasten met de taken bepaald in artikel 5 van het ontwerp (ontworpen artikel 199, § 1, 4° en 5°, van de voormelde wet van 21 maart 1991), welke taken thans nog zijn toevertrouwd aan de Spoordienst voor toewijzing en heffing van rechten ⁽⁶⁾.

Het is onder het voorbehoud van deze algemene opmerking dat de volgende bijzondere opmerkingen worden gemaakt.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

Aanhef

1. Naar de onderscheiden regelingen die men bij het ontwerp wil wijzigen, behoort in de aanhef te worden verwezen met vermelding van alle nog geldende wijzigingen ervan.

⁽⁵⁾ Zie het ontworpen artikel 214.

⁽⁶⁾ Zie voorts, wat dit punt betreft, de opmerking over artikel 40 in advies 37.099/1/2/3/4, gegeven op 7 mei 2004 over een voorontwerp van programmawet.

2. Sedert de inwerkingtreding van de wet van 2 april 2003 tot wijziging van sommige aspecten van de wetgeving met betrekking tot de inrichting en de werkwijze van de afdeling wetgeving van de Raad van State behoeft in de aanhef niet meer te worden verwezen naar het besluit van de regering over het verzoek aan de Raad van State om binnen ten hoogste dertig dagen advies uit te brengen.

Het achtste lid van de aanhef dient dan ook te vervallen.

Dispositief

Artikel 2, § 1 van het ontwerp

Artikel 451 van de programmawet van 22 december 2003 luidt als volgt :

"Art. 451. De Koning kan, bij een besluit vastgesteld na overleg in Ministerraad, de Belgische Staat en de Nationale Maatschappij der Belgische Spoorwegen (hierna genoemd de "NMBS") toelaten een naamloze vennootschap van publiek recht op te richten die de beheerder zal zijn van de spoorweginfrastructuur, zoals gedefinieerd in artikel 3 van voornoemde richtlijn 91/440/EEG, van het gehele Belgisch spoorwegnet (deze vennootschap zal hierna de "infrastructuurbeheerder" worden genoemd)."

Gelet op het feit dat de Staat krachtens artikel 3, § 2, van het ontwerp eveneens aandeelhouder wordt van Infrabel, behoort het woord "alleen" te vervallen.

Artikel 3 van het ontwerp

De reikwijdte van artikel 3, § 3, tweede lid, van het ontwerp is niet duidelijk voor de Raad van State. De artikelsgewijze commentaar zou op zijn minst op dit punt kunnen worden aangevuld.

Artikel 5 van het ontwerp
(ontworpen artikel 200)

1. Artikel 452, § 1, 1°, van de programmawet van 22 december 2003 luidt als volgt :

"Art. 452. § 1. De infrastructuurbeheerder heeft tot doel :

- 1° het onderhouden en het beheren van de spoorweginfrastructuur en, in de verrichting bedoeld in artikel 454, § 1, het verwerven, het bouwen en het vernieuwen van deze infrastructuur;"

Artikel 454, § 1 en § 2, eerste lid, van de programmawet van 22 december 2003 luidt als volgt :

"Art. 454. § 1. De NMBS draagt aan de infrastructuurbeheerder, door inbreng van een bedrijfsafdeling of een gedeeltelijke splitsing, al haar activa en passiva (met inbegrip van de rechten en verplichtingen buiten balans) over die betrekking hebben op het beheer en de financiering van de spoorweginfrastructuur, met uitwerking op 1 januari 2005, tegen de voorwaarden en nadere modaliteiten vastgesteld door de Koning, bij een besluit vastgesteld na overleg in Ministerraad.

§ 2. Als alternatief voor de verrichting bedoeld in § 1, kan de Koning, bij een besluit vastgesteld na overleg in Ministerraad, bepalen dat de NMBS de in het tweede lid bepaalde activa en de leningen die daarop betrekking hebben, overdraagt aan een instelling van openbaar nut die als doel heeft onder meer het verwerven, het aanleggen en het vernieuwen van deze infrastructuur."

Uit de omstandigheid dat in het voormelde artikel 454, § 2, de woorden "het verwerven, het aanleggen en het vernieuwen" worden gebruikt, blijkt dat de instelling die in deze bepaling wordt bedoeld, namelijk het Fonds voor spoorweginfrastructuur, onder meer tot taak moet hebben de spoorweginfrastructuur te "verwerven en aan te leggen".

Die beide taken mogen bijgevolg niet in het ontworpen artikel 200, § 3, worden vermeld onder de gegevens vervat in het meerjarig investeringsplan van Infrabel.

In de programmawet van 22 december 2003 wordt in artikel 452, § 1, 1°, en in artikel 454, § 2, de Franse term "acquisition" in de Nederlandse versie weergegeven door "verwerven", terwijl in artikel 5 van het ontwerp, het ontworpen artikel 200, § 3, diezelfde Franse term in de Nederlandse lezing wordt weergegeven door "aanschaffing".

.../...

In hetzelfde ontworpen artikel beantwoordt aan de Franse term "aménagement" in de Nederlandse lezing "inrichting", terwijl in het eerdergenoemde artikel 452, § 1, 1°, van de programmawet aan het Franse "construction" in het Nederlands "bouwen" beantwoordt, en in het eerdergenoemde artikel 454, § 2, van diezelfde programmawet aan datzelfde "construction" in het Nederlands "aanleggen" beantwoordt.

De term "aanleggen" wordt evenwel dikwijls gebezigd als equivalent van het Franse "aménagement". Er is dus sprake van terminomogische verwarring.

2. In het ontworpen artikel 200, § 4, is de bevoorrechte rol ten opzichte van de andere spoorwegmaatschappijen die aan de NMBS wordt toebedeeld in het raam van de goedkeuring van het ondernemingsplan van Infrabel en van de jaarlijkse aanpassingen ervan, niet in overeenstemming met het beginsel van de onafhankelijkheid van de infrastructuurbeheerder, noch met het beginsel van de gelijke behandeling van de onderscheiden spoorwegondernemingen die de infrastructuur (zullen) gebruiken, welke beginselen beide verankerd zijn in de voormelde richtlijn 2001/14/EG.

Bijgevolg dienen de woorden "na raadpleging van de NMBS" in deze bepaling te vervallen.

Artikel 5 van het ontwerp
(ontworpen artikel 204)

Het ontworpen artikel 204, tweede lid, luidt als volgt :

"Infrabel is vrijgesteld van alle belastingen, heffingen en rechten ten voordele van de provincies, de gemeenten en de agglomeraties van gemeenten."

Volgens het verslag aan de Koning geldt die fiscale vrijstelling alleen voor federale belastingen. Het ontwerp behoort in die zin te worden herzien.

Deze opmerking geldt eveneens voor artikel 11 van het ontwerp.

.../...

Artikel 5 van het ontwerp
(ontworpen artikel 212)

Het ontworpen artikel 212, § 3, van de genoemde wet van 21 maart 1991, bepaalt dat wanneer een lid van de raad van bestuur of van het directiecomité handelt in strijd met de bepalingen van de paragrafen 1 en 2 van hetzelfde artikel, het binnen een termijn van drie maanden de betrokken mandaten of functies moet neerleggen.

Het is de Raad van State evenwel niet duidelijk hoe die bepaling kan worden toegepast in geval van overtreding van de bepalingen van het ontworpen artikel 212, § 2, tweede en derde lid.

Artikel 5 van het ontwerp
(ontworpen artikel 213)

Artikel 23, § 4, derde lid, van de genoemde wet van 21 maart 1991, bepaalt dat beslissingen die op beroep van de regeringscommissaris genomen zijn door de minister onder wie het overheidsbedrijf ressorteert, de goedkeuring behoeven van de Minister van Begroting "in geval van weerslag op de algemene uitgavenbegroting van het Rijk". Het vijfde lid van dezelfde paragraaf bepaalt bovendien het volgende :

"Indien de Minister van Begroting en de minister onder wie het overheidsbedrijf ressorteert binnen de in het voorgaand lid bedoelde termijn van acht vrije dagen niet tot een akkoord komen, wordt over de aangelegenheid beslist binnen een termijn van dertig vrije dagen, ingaand dezelfde dag als de in het eerste lid bedoelde termijn, overeenkomstig de door de Koning vastgestelde procedure."

Bij het ontworpen artikel 206 wordt dat artikel 23 niet van toepassing verklaard op Infrabel. Het wordt vervangen door het ontworpen artikel 213. In het vierde lid van paragraaf 4 van laatstgenoemde bepaling dient, naar het voorbeeld van de oplossing waarvoor is gekozen in het genoemde artikel 23, § 4, vijfde lid, bepaald te worden dat het een aangelegenheid van de Koning is een procedure vast te stellen om tot een beslissing te komen ingeval de Minister van Begroting en de minister waaronder Infrabel ressorteert, het niet eens raken.

Artikel 5 van het ontwerp
(ontworpen artikel 215)

1. Het ontworpen artikel 215, § 2, strekt tot wijziging van de samenstelling van de nationale paritaire commissie van de NMBS. Deze bepaling hoort bijgevolg niet thuis in de ontworpen nieuwe titel VIII van de wet van 21 maart 1991, die gewijd is aan Infrabel.

Integendeel de bepalingen tot vaststelling van de samenstelling van die paritaire commissie moeten rechtstreeks gewijzigd worden.

2. Het ontworpen artikel 215, § 2, 3°, van de wet van 21 maart 1991 bepaalt dat drie leden van de paritaire commissie benoemd worden door de raad van bestuur van de dochtervennootschap van de NMBS die tot doel heeft het vervoer per spoor van reizigers en goederen. Zulk een bepaling is thans voorbarig. Er moet op zijn minst in een alternatief worden voorzien voor het geval dat die dochtervennootschap niet vóór 1 januari 2005 opgericht zou zijn.

Artikel 7 van het ontwerp

1. Artikel 7 van het ontwerp beperkt het doel van het Fonds tot het loutere onder zich houden van de spoorweginfrastructuur. Die beperking stemt niet overeen met het bepaalde van artikel 454, § 2, eerste lid, van de genoemde programmawet van 22 december 2003.

2. In paragraaf 1 wordt verkeerdelijk gebruik gemaakt van het begrip "onder zich houden"; het gaat echter om eigendom, zoals bevestigd wordt in paragraaf 2 ⁽⁷⁾.

⁽⁷⁾ Zie ook het verslag aan de Koning.

Artikel 8 van het ontwerp

Artikel 8, § 3, van het ontwerp bepaalt het volgende :

"§ 3. Bij een besluit vastgesteld na overleg in Ministerraad bepaalt de Koning het administratief en geldelijk statuut van de leden van de raad van bestuur."

Die formulering wordt gewoonlijk slechts gebruikt om de uitvoerende macht te machtigen om het personeelsstatuut van een instelling te bepalen. Dat ze hier gebruikt wordt doet de vraag rijzen of het de bedoeling is van de steller van het ontwerp dat de raad van bestuur van het Fonds bestaat uit ambtenaren van die instelling. Zulk een interpretatie zou evenwel niet te rijmen vallen met artikel 8, § 2, derde lid, van het ontwerp, waarin, wat delegaties betreft, een onderscheid wordt gemaakt tussen leden van de raad van bestuur en leden van het personeel.

De redactie van paragraaf 3 van artikel 8 van het ontwerp dient bijgevolg zo gewijzigd te worden dat de bedoeling van de steller van de tekst duidelijker blijkt. Deze zou nader uiteengezet kunnen worden in het verslag aan de Koning.

Artikel 13 van het ontwerp

Aangezien luidens de commentaar bij het ontworpen artikel 202, artikel 27, § 1, van de genoemde wet van 21 maart 1991 van toepassing zal zijn op Infrabel, en Infrabel een analytische boekhouding zal moeten voeren waarin de activiteiten die verband houden met de taken van openbare dienst, worden onderscheiden van haar andere activiteiten, plaatst de afdeling Wetgeving van de Raad van State vraagtekens bij de strekking van de machtiging verleend aan de Koning om de regels voor een boekhouding van ontvangsten en uitgaven vast te stellen.

Er dient op gewezen te worden dat het Fonds, aangezien het een instelling van openbaar nut is, ingedeeld bij categorie B van artikel 1 van de wet van 16 maart 1954 betreffende de controle op sommige instellingen van openbaar nut, in principe valt onder

.../...

de budgettaire en boekhoudkundige regels bepaald bij of krachtens die wet ⁽⁸⁾, op zijn minst totdat de wet van 22 mei 2003 houdende organisatie van de begroting en van de comptabiliteit van de federale Staat in werking treedt, inzonderheid artikel 126 ervan ⁽⁹⁾.

Het staat aan de steller van het ontwerp na te gaan of het niet geraten is dat alle instellingen van de spoorwegsector, ongeacht hun vorm of rechtstoestand, dezelfde wetgeving inzake boekhouding gebruiken, namelijk die van de handelsvennootschappen, dan wel of het Fonds, uit een specifiek streven naar een homogene wetgeving voor publiekrechtelijke rechtspersonen, niet onderworpen zou moeten worden aan de gewone regeling voor administratieve openbare instellingen bedoeld in artikel 2, 3°, van de genoemde wet van 22 mei 2003.

⁽⁸⁾ Zie artikel 7 van de genoemde wet van 16 maart 1954, en het koninklijk besluit van 7 april 1954 houdende algemeen reglement op de begroting en de comptabiliteit van de bij de wet van 16 maart 1954 bedoelde instellingen van openbaar nut.

⁽⁹⁾ "§ 1.- De artikelen 2 tot 7 van de wet van 16 maart 1954 betreffende de controle op sommige instellingen van openbaar nut zijn niet meer van toepassing op de administratieve openbare instellingen onderworpen aan de onderhavige wet.
§ 2.- De bepalingen van de organieke wet of van het statuut van de administratieve openbare instellingen die zijn onderworpen aan de onderhavige wet hebben niet langer uitwerking in de mate dat zij tegenstrijdig of niet-conform zijn met de bepalingen van de onderhavige wet."

De kamer was samengesteld uit

Mevrouw	M.-L. WILLOT-THOMAS,	kamervoorzitter,
de Heren	P. LIÉNARDY, P. VANDERNOOT,	staatsraden,
Mevrouw	C. GIGOT,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de H. Y. CHAUFFOUREAUX adjunct-auditeur.

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

DE GRIFFIER,

DE VOORZITTER,

C. GIGOT

M.-L. WILLOT-THOMAS