

RF

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 40.409/4

DE LA SECTION DE LÉGISLATION DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, quatrième chambre, saisi par le Ministre des Affaires intérieures et de la Fonction publique de la Région wallonne, le 5 mai 2006, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de décret "modifiant le Livre V de la première Partie du Code de la démocratie locale et de la décentralisation et le livre I de la troisième partie de ce même Code", a donné le 31 mai 2006 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, pour l'essentiel, 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, l'avant-projet appelle les observations ci-après.

Observation préalable

1. La déléguée du ministre a transmis un tableau de concordance mettant en regard les dispositions en projet du livre V de la première partie et du livre I de la troisième partie du Code de la démocratie locale et de la décentralisation avec les dispositions actuellement en vigueur de ce même code. Ce tableau aurait mérité de figurer en annexe à l'avant-projet.

Il eût été souhaitable de disposer en outre d'un tableau permettant de retrouver les dispositions telles qu'elles figuraient dans la législation avant la codification. En effet, compte tenu de la nature du texte, il est du plus haut intérêt que celui-ci soit accompagné de tables qui permettent de retracer l'origine des dispositions faisant l'objet de l'avant-projet, en se référant d'une part à l'actuel Code de la démocratie locale et de la décentralisation et d'autre part à la législation antérieure codifiée par ce texte, non seulement pour permettre le contrôle juridictionnel à la lumière des textes initiaux, mais également afin de retrouver les travaux préparatoires de chacune de ces dispositions ⁽¹⁾.

Les dispositions de l'avant-projet qui ne font que reproduire des dispositions existantes ou qui n'y apportent que des modifications de pure forme ne seront pas examinées.

⁽¹⁾ Voir en ce sens l'avis 36.690/4 du 29 mars 2004 sur un projet devenu l'arrêté du 22 avril 2004 portant codification de la législation relative aux pouvoirs locaux (Moniteur belge du 12 août 2004); l'avis 39.980/4 du 27 mars 2006 sur un avant-projet de décret modifiant le Livre I de la Quatrième Partie du Code de la démocratie locale et de la décentralisation (*Doc., Parl. wall., 2005-2006, n° 357/1*).

Ceci étant, le simple fait que le législateur adopte des dispositions, même si elles reproduisent de manière inchangée la législation antérieure, exprime en principe une volonté normative et ouvre dès lors la possibilité d'un recours juridictionnel ⁽²⁾.

Formalités préalables

2. Selon la déléguée du ministre, l'avis de l'inspecteur des finances n'a pas été sollicité étant donné que le décret n'aura pas d'impact sur le budget de la Région wallonne. Certaines dispositions sont néanmoins susceptibles de générer des dépenses, telles que, par exemple, la désignation de deux commissaires du Gouvernement dans les intercommunales où la Région est majoritaire (article L1523-20, § 2, en projet), les nouvelles règles relatives à la tutelle (articles L1523-27 et suivants, en projet) ou la mise en place d'un service de médiation de la Région wallonne (article L1533-1, en projet).

L'avant-projet est donc, à tout le moins indirectement, de nature à entraîner des dépenses nouvelles. Conformément aux articles 5, alinéa 1^{er}, 2° et 14, 1°, a), et 2°, de l'arrêté du 17 juillet 1997 relatif au contrôle administratif et budgétaire, il doit être soumis à l'avis préalable de l'inspecteur des finances et à l'accord du Ministre du Budget.

Observations générales

3. Selon le développement annexé à la note au Gouvernement, le premier objectif poursuivi par l'avant-projet est de prendre en compte "l'évolution du droit européen relatif aux modes de gestion des services publics locaux et à l'application de la réglementation des marchés publics découlant notamment de la jurisprudence de la Cour de Justice".

⁽²⁾ Sur la méthode à suivre sur le plan légistique, voir l'observation finale, d, 1°.

La "notification provisoire" de la séance du Gouvernement du 4 mai 2006 mentionne la décision suivante :

"Le Gouvernement charge le Ministre-Président et le Ministre des Affaires intérieures de déposer une note sur le contexte particulier de la mise en demeure de la Commission européenne, pour la séance du 18 mai 2006."

4. Il résulte des documents transmis par la déléguée du ministre que la Commission européenne a adressé à la Belgique une première mise en demeure concernant la compatibilité des modes de gestion des services locaux avec la législation communautaire des marchés publics, le 16 octobre 2002.

Une nouvelle mise en demeure portant sur le même objet a été envoyée le 16 décembre 2003, la Commission européenne estimant les réponses reçues de la Belgique insuffisamment précises.

Après avoir pris connaissance de l'argumentation des autorités belges envoyée le 24 février 2004 en réponse à la mise en demeure du 16 décembre 2006, la Commission a ensuite souhaité rencontrer les autorités belges afin de discuter des conséquences de l'arrêt de la Cour de Justice du 11 janvier 2005 rendu dans l'affaire C-26/03, Stadt Halle, sur le respect, par la Belgique des règles de concurrence au sein des entités regroupant des partenaires publics et privés, telles que les intercommunales mixtes. Cet arrêt précise l'arrêt du 18 novembre 1999 rendu dans l'affaire C-107/98, Teckal, sur lequel la Commission se fondait dans ses mises en demeure. Cette rencontre a eu lieu, s'agissant de la Région wallonne, le 7 avril 2006.

5. L'arrêt Teckal précité enseigne que les règles de concurrence et particulièrement le droit des marchés publics s'appliquent aux relations contractuelles se nouant avec une intercommunale. En effet, pour que le droit des marchés publics s'applique, "il suffit, en principe, que le marché ait été conclu entre, d'une part, une collectivité territoriale et, d'autre part, une personne juridiquement distincte de cette dernière. Il ne peut en aller autrement que dans l'hypothèse où, à la fois, la collectivité territoriale exerce sur la personne en cause un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et où cette personne réalise l'essentiel de son activité avec la ou les

.../...

collectivités qui la détiennent" ⁽³⁾. Ce n'est que si deux conditions sont cumulativement rencontrées que la relation juridique peut être qualifiée de "in house" et qu'elle échappe à la législation sur les marchés publics. L'interprétation de cette jurisprudence prêtait à discussion, notamment quant à la portée de l'exigence d'un contrôle analogue ⁽⁴⁾.

L'arrêt Stadt Halle permet d'affiner la notion de contrôle analogue ⁽⁵⁾ :

"49. [...] La participation, fût-elle minoritaire, d'une entreprise privée dans le capital d'une société à laquelle participe également le pouvoir adjudicateur en cause exclut en tout état de cause que ce pouvoir adjudicateur puisse exercer sur cette société un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services.

50. Il faut, à cet égard, relever tout d'abord que le rapport entre une autorité publique, qui est un pouvoir adjudicateur, et ses propres services est régi par des considérations et des exigences propres à la poursuite d'objectifs d'intérêt public. En revanche, tout placement de capital privé dans une entreprise obéit à des considérations propres aux intérêts privés et poursuit des objectifs de nature différente.

51. En second lieu, l'attribution d'un marché public à une entreprise d'économie mixte sans appel à la concurrence porterait atteinte à l'objectif de concurrence libre et non faussée et au principe d'égalité de traitement des intéressés visé à la directive 92/50, dans la mesure où, notamment, une telle procédure offrirait à une entreprise privée présente dans le capital de cette entreprise un avantage par rapport à ses concurrents."

⁽³⁾ Considérant 50 de l'arrêt.

⁽⁴⁾ Sur cette jurisprudence, voir notamment D. Déom, "Quel avenir pour le service public local à l'heure européenne ? Le point sur la jurisprudence de la Cour européenne de justice", *Mouvement communal*, 2004, pp. 462-470, sp. pp. 464-465; A.-L. Durviaux et N. Thirion, "Les modes de gestion des services publics locaux, la réglementation relative aux marchés publics et le droit communautaire", *J.T.*, 2004, pp. 17-27, sp. pp. 23-25; Ph. Flamme, M.-A. Flamme et Cl. Dardenne, *Les marchés publics européens et belges, l'irrésistible européanisation du droit de la commande publique*, Bruxelles, Larcier, 2005, sp. pp. 29-32.

⁽⁵⁾ L'arrêt du 11 mai 2006 rendu dans l'affaire C-340/04, *Carbotermo*, précise encore les deux conditions permettant de considérer qu'une relation juridique est "in house". Voir l'observation générale n° 7, plus bas.

Selon Diane Déom, "concrètement, l'arrêt annoté implique qu'une commune ou un autre pouvoir adjudicateur ne peut pas recourir aux services d'une intercommunale mixte (ou de toute autre structure mixte ⁽⁶⁾) sans la mettre en concurrence conformément aux règles des marchés publics [...]. La participation de sociétés commerciales ⁽⁷⁾ dans des intercommunales, filiales d'intercommunales, filiales de régies, ou toutes autres sociétés publiques, entraîne désormais une conséquence juridique bien précise : l'application du régime des marchés publics à tous les contrats par lesquels il sera fait appel à la structure ainsi constituée" ⁽⁸⁾.

6. Invitée à préciser comment l'avant-projet examiné permet de satisfaire à cette jurisprudence, la déléguée du ministre a répondu :

"La Belgique souhaite à l'instar d'autres pays européens, la préservation des modes de gestion publics locaux des services d'intérêt général. Le libre choix des modes de gestion de l'intérêt communal fait partie de l'autonomie communale, reconnue par notre Constitution en son article 41.

Le raisonnement de la Commission dans la mise en demeure conduirait s'il devait être suivi dans son entièreté à mettre à mal l'ensemble des services publics locaux. Par ailleurs, il n'a pas été confirmé par la Cour de justice sous tous ses aspects et chaque mois, un nouvel arrêt est pris dans cette matière par la Cour.

À l'heure où les partenariats publics privés sont en plein développement, il ne paraissait pas opportun de supprimer pour les communes la possibilité de s'associer avec un ou plusieurs partenaires privés.

La Commission n'interdit d'ailleurs pas cette possibilité puisqu'elle travaille actuellement sur une communication interprétative sur les partenariats publics-publics et publics-privés.

⁽⁶⁾ Les régies communales autonomes dont les organes de gestion comporteraient une participation privée minoritaire feraient vraisemblablement l'objet de la même appréciation de la Cour, bien qu'il ne s'agisse pas d'une société ni, partant, d'une véritable participation au capital.

⁽⁷⁾ Voire de tout organisme de droit privé, du moins s'il exerce une activité pouvant être qualifiée d'économique.

⁽⁸⁾ D. Déom, "Intercommunales, régies et tutti quanti : quelques échos de Luxembourg en matière de marchés publics", *Droit communal*, 2005/4, p. 31. Voir également, sur les conséquences de cette jurisprudence, E. Fatôme et A. Ménéménis, "Intérêt général, concurrence et service public", *A.J.D.A.*, 2006, pp. 67-73.

Les modalités d'application des règles de marchés publics à la création de tels partenariats ne sont pas clairement définies par la Cour de justice.

La Commission n'a pas non plus de vision claire sur les méthodes utilisées par les différents pays pour conclure de tels partenariats. La Commission a déclaré lors d'une audition sur le sujet au Parlement européen le 20 avril 2006 qu'elle allait tout prochainement lancer une enquête à ce sujet.

Les règles à appliquer varient en fonction des situations de faits et de droit à évaluer au cas par cas.

L'arrêt du 12 mai 2006 [lire : 11 mai 2006] ⁽⁹⁾ de la Cour de Justice reconnaît que sous certaines conditions, une commune peut attribuer directement un marché public à une entreprise qu'elle détient si l'activité de cette dernière est consacrée principalement à ladite collectivité.

La Cour rappelle en effet dans l'arrêt précité les critères permettant de passer un marché sans appel d'offre. La société adjudicataire :

- Doit être soumise à un contrôle du pouvoir adjudicateur lui permettant d'influencer les décisions de ladite société. Il doit s'agir d'une influence déterminante tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes de cette société mais le contour de ce contrôle n'est pas autrement défini;
- Réaliser l'essentiel de son activité avec la collectivité qui la détient (l'activité de l'entreprise est consacrée principalement à la collectivité ou aux collectivités qui la détiennent, toute autre activité ne revêtant qu'un caractère marginal).

Certaines modifications qui répondent à l'évolution du droit européen ont été apportées au décret :

Il est précisé dans les commentaires du décret art. 1512-4 que :

«L'intercommunale peut comprendre des partenaires publics et des personnes de droit privé pour autant que les règles de mise en concurrence, dans le respect des dispositions constitutionnelles, conformément au droit communautaire général et au droit des marchés publics, aient été respectées. Ainsi, la législation fédérale relative aux marchés publics s'applique lorsqu'un contrat écrit, à titre onéreux, a pour objet des prestations économiques visées par les nomenclatures pertinentes. En dehors de cette hypothèse, une procédure de mise en concurrence adaptée doit être organisée conformément aux principes généraux belges (principe d'égalité de traitement et de bonne administration), du Traité CE et à la jurisprudence communautaire en vue de choisir les partenaires associés d'une intercommunale».

⁽⁹⁾ Affaire C-340 /04.

Il n'a pas paru opportun au Gouvernement wallon d'apporter cette modification dans le corps du texte. En effet la législation sur les marchés publics est une matière de compétence fédérale et il appartient donc au législateur fédéral de définir le champ d'application de cette législation dans le respect des directives européennes.

Certains articles du décret ont été modifiés pour renforcer le contrôle des associés notamment communaux, l'objectif était de rapprocher les communes de leurs intercommunales :

L'article L1523-12 § 1 accorde plus d'importance au vote des conseillers communaux et renforce donc le contrôle de la commune :

- Les délégués rapportent à l'assemblée générale, pour toutes les décisions et plus seulement pour les décisions relatives aux comptes, la proportion des votes intervenus au sein de leur conseil.
- en ce qui concerne l'approbation des comptes, le vote de la décharge aux administrateurs et les questions relatives au plan stratégique, l'absence de délibération communale ou provinciale est considérée comme une abstention de la part de l'associé en cause.

L'article L1523-10 vise également à renforcer le contrôle des communes associées.

L'établissement d'un plan stratégique à 6 ans par les organes constitués après les élections permet aussi de renforcer le contrôle et les synergies entre communes et intercommunales.

Ce plan est également soumis à évaluation annuelle par l'ensemble des associés.

L'article L1551-2 du décret de 1996 prévoyant que « Les intercommunales peuvent conclure entre elles et avec les communes des conventions pour une durée déterminée, relatives à des fournitures et à des services qui concourent à la réalisation de leur objet social. Les communes peuvent conclure entre elles des conventions, pour une durée déterminée, relatives à des fournitures et à des services d'intérêt communal bien déterminés » a été supprimé du décret."

7. Au regard de la jurisprudence rappelée ci-dessus, l'existence d'intercommunales sur lesquelles ne s'exerce pas un "contrôle analogue" au sens du droit européen, a pour conséquence de soumettre celles-ci à la législation sur les marchés publics ou aux principes généraux du droit européen.

L'arrêt de la Cour de justice du 11 mai 2006 a défini la notion de "contrôle analogue" comme suit :

"Pour apprécier si le pouvoir adjudicateur exerce un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services, il convient de tenir compte de l'ensemble des dispositions législatives et des circonstances pertinentes. Il doit résulter de ce examen que la société adjudicataire est soumise à un contrôle permettant au pouvoir adjudicateur d'influencer les décisions de ladite société. Il doit s'agir d'une possibilité d'influence déterminante tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes de cette société" ⁽¹⁰⁾.

Compte tenu de la structure même de la coopération intercommunale, par laquelle chacune des entités publiques associées se voit privée d'un contrôle exclusif sur l'organisme créé, et compte tenu de ce qu'en toute hypothèse l'avant-projet ne prévoit aucun dispositif permettant aux entités publiques associées d'exercer une influence déterminante sur les décisions importantes des intercommunales, l'exigence d'un "contrôle analogue" ne semble pas rencontrée.

Au surplus, on peut douter que le "plan stratégique", tel que défini à l'article 1523-13, § 4, alinéa 2, permette de satisfaire à la même exigence.

Observations particulières

Articles L1512-1 et L1521-1 à L1521-3

Les articles L1512-1 et L1521-1 à L1521-3, relatives aux conventions entre communes, s'inspirent directement des articles 6 à 9 du décret de la Région flamande du 6 juillet 2001 "houdende de intergemeentelijke samenwerking", à propos desquels la section de législation du Conseil d'État n'a pas fait d'observations qui doivent être reproduites à l'égard des dispositions examinées ⁽¹¹⁾.

⁽¹⁰⁾ Considérant 36.

⁽¹¹⁾ Avis 30.516/3 du 10 octobre 2000, *Doc. Vl. R.*, n° 565/1.

La Cour d'arbitrage a ultérieurement été saisie d'un recours en annulation du décret du 6 juillet 2001 précité. Elle a notamment dit pour droit :

"Il appartient au législateur décrétal de fixer les règles organiques relatives aux structures de coopération que deux ou plusieurs communes peuvent créer en vue de réaliser en commun des objectifs d'intérêt communal. Le législateur décrétal peut offrir aux communes un éventail de structures de coopération qui peuvent être utilisées en fonction des besoins, compte tenu en particulier de l'ampleur des projets pour lesquels une coopération est jugée souhaitable en vue de leur réalisation, et du caractère plus ou moins strict de la structure de coopération. Pour chacune de ces associations, il peut fixer des règles relatives, notamment, à la durée et au retrait. Ce faisant, le législateur décrétal doit toutefois veiller à ce que le principe d'égalité et de non-discrimination soit respecté" ⁽¹²⁾.

Articles L1512-2 et L1522-1 à L1522-8

1. Les articles L1512-2 et L1522-1 à L1522-8, relatives aux associations de projet, s'inspirent directement des articles 13 à 24 du décret précité de la Région flamande, à propos desquels la section de législation du Conseil d'État n'a pas fait d'observations qui doivent être reproduites à l'égard des dispositions examinées.

2. L'avant-projet examiné est toutefois plus restrictif s'agissant des possibilités de prolonger la durée de l'association, comme le montre la comparaison de l'article 13 du décret précité avec l'article L1522-1, § 1^{er}, en projet. La question de l'affectation des biens lors de la dissolution de l'association se pose dès lors de manière plus cruciale, d'autant plus que l'article L1512-6, § 2, en projet autorise ces associations à exproprier. Il convient dès lors que le décret garantisse que les biens expropriés continueront à être affectés à l'utilité publique.

⁽¹²⁾ C.A., arrêt n° 65/2003 du 14 mai 2003, B.5.5.

3. Par ailleurs, l'exclusion des groupes politiques liberticides de la représentation au sein du comité de gestion, telle qu'elle est prévue par l'article L1522-4, § 1^{er}, alinéa 2, en projet, semble porter une atteinte disproportionnée au droit fondamental à l'éligibilité ⁽¹³⁾ et ce d'autant plus que sont visés des groupes de personnes et non des personnes qui ont fait l'objet de condamnation pénale ⁽¹⁴⁾. La disposition n'assure aucune garantie de respect des droits de la défense et ne précise notamment pas qui et selon quelle procédure décidera que tel groupe est liberticide.

La même observation vaut pour l'article L1523-15, § 3, en projet.

4. En outre, de l'accord de la déléguée du ministre, afin de se conformer à l'article 11*bis* de la Constitution, il convient de prévoir, à l'instar de ce que fait l'article L1523-15, § 2, en projet s'agissant des intercommunales, que les membres du comité de gestion des associations de projet sont de sexe différent.

⁽¹³⁾ Voir à ce propos, l'avis 36.584/4 du 10 mars 2004 sur un avant-projet devenu le décret du 27 mai 2004 modifiant le décret du 5 décembre 1996 relatif aux intercommunales wallonnes en vue d'organiser le droit de consultation et de visite des conseillers communaux des communes associées, (*Doc. C.R.W.*, 2003-2004, n° 697/1) et les références qui y sont citées.

⁽¹⁴⁾ Comp. sur ce point avec les articles L4125-1, 4° 4155-1, 4°, du même code, insérés par les articles 42 et 49 du décret du 8 décembre 2005 modifiant certaines dispositions du Code de la démocratie locale et de la décentralisation, où sont déclarées inéligibles des personnes condamnées. Ces dispositions ont fait l'objet de l'avis 38.567/4 et 38.568/4, du 11 juillet 2005, sur l'avant-projet de décret "modifiant certaines dispositions du Code de la démocratie locale et de la décentralisation" (38.567/4), devenu le décret précité du 8 décembre 2005, et sur un avant-projet de décret "modifiant la loi du 8 juillet 1976 organique des Centres Publics d'Aide Sociale" (38.568/4).

Article L1522-4

Il résulte du paragraphe 1^{er}, alinéa 4, que les centres publics d'action sociale sont autorisés à désigner leurs représentants au sein du comité de gestion des associations de projet. Il s'en déduit que, conformément à l'article 1512-2, alinéa 2, de l'avant-projet, les centres publics d'action sociale peuvent participer à la constitution de ces personnes morales de droit public.

Ce faisant, le législateur régional règle une matière communautaire qui lui a été transférée par la Communauté française par l'article 3, 7°, des décrets des 19 et 22 juillet 1993 de la Communauté française et de la Région wallonne, attribuant l'exercice de certaines compétences de la Communauté française à la Région wallonne et à la Commission communautaire française. En raison de la différence du champ d'application territorial des décrets de la Région wallonne adoptés respectivement dans les matières régionales et dans les matières transférées, compte tenu également de ce que les membres du Parlement wallon qui ont exclusivement ou en premier lieu prêté serment en allemand ne peuvent participer aux votes sur les matières communautaires ⁽¹⁵⁾, la disposition à l'examen doit faire l'objet d'un décret séparé pris sur la base de l'article 4, 2°, des décrets des 19 et 22 juillet 1993 précités.

Cette observation vaut pour les autres dispositions de l'avant-projet qui visent également la participation des centres publics d'action sociale aux structures de coopération intercommunale prévues par l'avant-projet.

Article L1523-5, §§ 3 et 4

1. L'article L1523-5, § 3, en projet, impose à une commune qui a confié un même objet d'intérêt communal à plusieurs intercommunales, régies ou organismes d'intérêt public de ne plus le confier qu'à une seule de ces institutions et, partant, de se retirer des autres.

⁽¹⁵⁾ Article 50, alinéa 2, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles.

La question se pose si l'article 162, alinéa 4, de la Constitution et le principe de l'autonomie communale qu'il consacre permettent au législateur d'imposer, dans ces matières d'intérêt communal, un "retrait obligatoire", pour reprendre l'expression du commentaire des articles. Cette disposition permet à la loi spéciale d'habiliter le législateur décentralisé à régler "les conditions et le mode suivant lesquels plusieurs provinces ou plusieurs communes peuvent s'entendre ou s'associer". La compétence d'énoncer les conditions d'association comprend-elle celle d'imposer un retrait ?

Les chambres réunies de la section de législation ont considéré que "le principe de la liberté des communes de s'associer ou de ne pas s'associer" est inclus dans l'article 162 de la Constitution. Le législateur n'a dès lors pas "le pouvoir de contraindre une commune à faire partie d'une association ou de le lui interdire ou encore de contraindre une association de communes à accepter l'adhésion d'une ou de plusieurs communes" ⁽¹⁶⁾. Dans le même sens, la Cour d'arbitrage a précisé qu'"en attribuant aux régions la compétence de fixer, sur leur territoire, le ressort des intercommunales, le législateur spécial ne les a pas habilitées à contraindre les communes à s'associer" ⁽¹⁷⁾.

Depuis lors, l'article 162, alinéa 4, de la Constitution et l'article 6 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles ont été modifiés. Ces modifications ne portent toutefois que sur la répartition des compétences entre l'autorité fédérale et les régions en matière, notamment, de réglementation des intercommunales. Ces modifications n'ont pas eu d'incidence sur la portée de la notion de l'autonomie communale et provinciale ni, partant, sur la possibilité, pour le législateur, d'obliger les communes à s'associer ou de les en empêcher, lorsque celles-ci règlent par là des matières d'intérêt communal.

⁽¹⁶⁾ Avis 14.849/VR du 9 mars 1983 sur un avant-projet devenu le décret du 1^{er} février 1985 relatif à la rationalisation du secteur de la distribution de l'électricité et du gaz, *Doc. C.R.W.*, 1981-1982, n° 21/17, pp. 80-81; avis 14.985/VR du 16 mars 1983 sur un avant-projet devenu la loi du 22 décembre 1986 relative aux intercommunales, *Doc. parl.*, Sénat, 1982-1983, n° 529/1, p. 26.

⁽¹⁷⁾ C.A., arrêt n° 5/91 du 26 mars 1991, B.5.; arrêt n° 56/92 du 9 juillet 1992, B.5.; arrêt n° 40/93 du 27 mai 1993, B.3.1.

L'article L1523-5, § 3, en projet, méconnaît donc le principe de l'autonomie communale, consacré par les articles 41 et 162 de la Constitution et plus particulièrement, s'agissant de la liberté de s'associer, l'article 162, alinéa 4, de la Constitution. Le principe de l'autonomie communale a encore été rappelé par la loi spéciale du 13 juillet 2001, qui a inséré au sein de l'article 6, § 1^{er}, VIII, 1^o, alinéa 2, de la loi spéciale du 8 août 1980 la disposition suivante : "les conseils communaux ou provinciaux règlent tout ce qui est d'intérêt communal ou provincial". Le législateur spécial [que] rappelle donc "expressément la compétence régionale doit s'exercer dans le respect des garanties constitutionnelles d'autonomie locale" ⁽¹⁸⁾. De même, l'article 10, paragraphe 1, de la Charte européenne de l'autonomie locale, faite à Strasbourg le 15 octobre 1985, à laquelle la Région wallonne a donné son assentiment par le décret du 14 décembre 2000, dispose : "les collectivités locales ont le droit, dans l'exercice de leurs compétences, de coopérer et, dans le cadre de la loi, de s'associer avec d'autres collectivités locales pour la réalisation de tâches d'intérêt commun".

Le législateur régional pourrait cependant adopter un régime incitatif, facilitant le retrait des communes qui souhaitent rationaliser leurs participation à différentes intercommunales pour une même matière d'intérêt communal.

2. À titre subsidiaire, en cas de retrait pour cause de rationalisation, la disposition envisagée ne permet plus que l'intercommunale soit dédommée. L'attention des auteurs de l'avant-projet est attirée sur l'arrêt n° 147/2004 du 15 septembre 2004 de la Cour d'arbitrage qui a annulé "les articles 10, § 3, et 52 du décret de la Région wallonne du 19 décembre 2002 relatif à l'organisation du marché régional du gaz, en ce qu'ils ne prévoient pas, dans le cas du retrait d'un associé de l'intercommunale qu'ils envisagent, que l'intercommunale puisse être indemnisée du préjudice qu'elle subit à la suite de ce retrait".

⁽¹⁸⁾ Voir not. D. Déom et B. Lombaert, "L'autonomie et le financement des provinces et des communes", *A.P.T.*, 2002, p. 176. Ces auteurs suggèrent que la Cour d'arbitrage pourrait interpréter cette disposition comme érigeant le principe de l'autonomie locale en règle répartitrice de compétences (p. 179).

Article L1523-15, § 4

La section de législation ne voit pas comment il peut y avoir un pacte de majorité qui lie les groupes politiques lors de la désignation d'un administrateur représentant les communes associées puisqu'en vertu du paragraphe 3 du même article, cette désignation intervient "à la proportionnelle de l'ensemble des conseils communaux des communes associées conformément aux articles 167 et 168 du code électoral".

La disposition sera revue à la lumière de cette observation.

Article L1523-17

Il y a lieu de mieux distinguer ce qui caractérise les "membres des organes de gestion" et ceux qui exercent "des fonctions de directeur", spécialement quant à la compétence du comité de rémunération portant sur la détermination de leurs avantages pécuniaires liés directement ou indirectement à leur fonction.

Article L1523-24, § 1^{er}

L'article L1523-24, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, en projet est rédigé dans les termes suivants :

"La comptabilité de l'intercommunale est tenue selon la législation relative à la comptabilité des entreprises sauf si les statuts y dérogent."

Selon le commentaire de cette disposition,

"Par rapport à la législation antérieure, les comptes des sociétés auxquelles l'intercommunale est associée ont été retirés de la liste au motif que cela était impraticable.

Les statuts de l'intercommunales y dérogeront en cas d'application de comptabilité spécifique à certains secteurs d'activité."

La disposition actuelle correspondante, à savoir l'article 1551-1, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, ne comprend pas les mots "sauf si les statuts y dérogent".

.../...

Par les termes "la législation relative à la comptabilité des entreprises", il est implicitement renvoyé à la loi du 17 juillet 1975 relative à la comptabilité des entreprises et à ses arrêtés d'exécution, notamment l'arrêté royal du 8 octobre 1976 relatif aux comptes annuels des entreprises, l'arrêté royal du 12 septembre 1983 portant exécution de la loi du 17 juillet 1975 relative à la comptabilité des entreprises et l'arrêté royal du 12 septembre 1983 déterminant la teneur et la présentation d'un plan comptable minimum normalisé.

Rien ne s'oppose à ce que la Région wallonne se réfère à cette législation pour la rendre applicable aux organismes qu'elle crée et qui n'y seraient pas soumis pour d'autres motifs.

En toute hypothèse, les statuts ne pourraient déroger à la législation sur la comptabilité des entreprises pour ce qui concerne les intercommunales qui, à raison de leur objet social ou de leurs activités, tomberaient dans le champ d'application de cette législation et des directives européennes dont elle assure la transposition.

En tant qu'ils permettraient à chaque intercommunale de se doter d'un droit comptable particulier au gré des dérogations qu'y apporteraient ses statuts, les mots "sauf si les statuts y dérogent" dénaturent l'objectif de cette législation qui est précisément de régir par les mêmes normes les organismes qui y sont soumis.

Les mots "sauf si les statuts y dérogent" seront omis.

Article L1523-25

Comme la section de législation l'a encore rappelé récemment, "seule l'autorité fédérale a le pouvoir de prendre des règles régissant la Cour des comptes⁽¹⁹⁾"⁽²⁰⁾.

⁽¹⁹⁾ Ceci en vertu de l'article 180 de la Constitution et de l'article 50, § 2, de la loi spéciale du 16 janvier 1989 relative au financement des communautés et des régions.

⁽²⁰⁾ Avis 39.575/4 du 10 janvier 2006 sur un avant-projet devenu le décret du 30 mars 2006 modifiant le Code wallon du logement, *Doc.*, Parl. wall., 2005-2006, n° 322/1.

Il ne peut donc être admis que la Région wallonne prévoie que le Collège des contrôleurs aux comptes comprend un représentant de la Cour des comptes.

Article L1532-1, § 1^{er}

Interrogée sur les sanctions prévues au cas où les engagements par écrits visés à l'article L1532-1, § 1^{er}, ne seraient pas pris, la déléguée du ministre a précisé que l'avant-projet examiné ne prévoyait aucune sanction et suggérerait dès lors d'étendre la sanction prévue à l'article L1532-1, § 4, à l'hypothèse de la méconnaissance de l'article L1332-1, § 1^{er}.

Article L1533-1, § 1^{er}

Invitée à préciser à quel service de médiation chaque intercommunale doit adhérer, la déléguée du ministre a répondu que ce "serait «une branche» du service de médiation actuellement mis en place pour les administrations régionales".

L'attention des auteurs de l'avant-projet est toutefois attirée sur le fait qu'il faudrait alors modifier le décret du 22 décembre 1994 portant création de l'institution de médiateur de la Région wallonne. En effet, l'article 1^{er} de ce décret limite la compétence du médiateur aux "réclamations concernant, dans leurs relations avec les administrés, le fonctionnement des autorités administratives régionales wallonnes". Un arrêté du Gouvernement ne pourrait dès lors pas étendre les compétences du médiateur.

Article L1541-2, § 1^{er}

Il résulte de la disposition à l'examen que le décret entrera immédiatement en vigueur, le jour de sa publication au Moniteur belge.

L'article 56 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles prévoit que

"[l]es décrets sont obligatoires le dixième jour après celui de leur publication au *Moniteur belge*, à moins qu'ils n'aient fixé un autre délai."

Cette disposition a pour objectif d'accorder à chacun un délai raisonnable pour prendre connaissance des règles nouvelles.

Sauf raison particulière, il n'y a pas lieu d'y déroger.

Observations finales de légistique

L'avant-projet de décret est défectueux d'un point de vue légistique ⁽²¹⁾.

Sans prétendre à l'exhaustivité, l'attention est particulièrement attirée sur les points suivants :

a) Le texte est dépourvu d'arrêté de présentation.

b) Aucun exposé des motifs n'est joint à l'avant-projet.

c) Le commentaire des articles se présente de manière singulière, sous la forme d'un texte figurant en regard du dispositif. Si pareil procédé présente une incontestable utilité pour un document de travail, il ne peut être utilisé pour le commentaire des articles, lequel doit précéder le dispositif de manière intégrale, à la suite de l'exposé des motifs.

d) Le dispositif se présente comme remplaçant (et non "modifiant" comme dans l'intitulé de l'avant-projet) de manière complète le livre V ("Les intercommunales") de la première partie ("Les communes") du Code wallon de la démocratie locale et de la

⁽²¹⁾ L'auteur de l'avant-projet gagnerait à consulter et à appliquer les recommandations et les formules de légistique formelle préparées par le bureau de consultation du Conseil d'État, novembre 2001, <http://www.raadvst-consetat.be>.

décentralisation. Il contient aussi un article L1541-1 qui abroge et modifie deux dispositions du titre III ("Tutelle spéciale d'approbation sur les communes, les provinces et les intercommunales") du livre I ("Tutelle") de la troisième partie ("Dispositions communes aux communes et à la supracommunalité"). Les articles L1523-27 à 1523-29 contiennent des dispositions relatives à la tutelle sur les intercommunales.

Ces procédés appellent les observations suivantes :

1°) Le projet doit être rédigé de manière à mieux faire apparaître son caractère essentiellement modificatif de certaines dispositions du livre V de la première partie du Code wallon de la démocratie locale et de la décentralisation.

Chaque article modifié ou ajouté fera l'objet d'un article modificatif; si plusieurs modifications doivent être apportées à un même article, elles figureront dans un seul article modificatif, lequel sera divisé non pas en alinéas mais en subdivisions numérotées 1°, 2°, 3°, etc.

Un article réunira l'ensemble des abrogations envisagées ⁽²²⁾.

2°) Les articles modificatifs et abrogatoires seront présentés de manière autonome par rapport au Code modifié et ne pourront demeurer comme insérés dans le texte modifié, comme à l'article L1541-1 de l'avant-projet. Sur cette dernière disposition, il est renvoyé toutefois au 4°, ci-après.

3°) Il en ira de même en ce qui concerne les dispositions transitoires et finales figurant actuellement aux articles L1541-2 à L1541-4 de l'avant-projet.

4°) Dès lors que l'adoption du Code wallon de la démocratie locale et de la décentralisation a procédé du souhait de codifier la matière envisagée, il est hautement recommandé, dans les textes modificatifs, de se situer dans le prolongement de la méthode alors choisie.

⁽²²⁾ Si les observations ici formulées sous le 1° ne sont pas suivies et que le texte soumis au débat parlementaire se présente toujours comme remplaçant de manière intégrale le livre V de la première partie du Code, il y aura lieu de joindre au projet de décret les tableaux dont il est question dans l'observation préalable n° 1, plus haut.

Le Code précité a réuni en une subdivision particulière, soit le livre I de sa troisième partie, l'ensemble des dispositions relatives à la tutelle, celles-ci comprenant, le cas échéant, des dispositions spécifiques pour les autorités décentralisées concernées.

Il est peu heureux et contraire aux principes de bonne législation que les dispositions relatives à la tutelle sur les intercommunales soient, par l'effet des articles L1523-27 à L1523-29 et L1541-1 en projet, partiellement distraites de cette subdivision particulière pour figurer dans la subdivision du Code qui traite des intercommunales. Non seulement ce procédé rompt la méthodologie adoptée par la codification, alors spécialement que l'article L3111-1, § 1^{er}, 3°, continue à disposer que le livre I de la troisième partie du Code, à l'exception du titre V qui concerne la tutelle sur les agglomérations et les fédérations de communes, "organise la tutelle administrative ordinaire [...] sur les intercommunales dont le ressort ne dépasse pas les limites de la Région wallonne" et que ce même livre I continue à grouper en principe toutes les dispositions relatives à la tutelle des entités organisées par le Code, mais en outre elle oblige les destinataires du Code à combiner la lecture, d'une part, de la subdivision nouvelle créée au sein du livre V de la première partie du Code et, d'autre part, du livre I de la troisième partie du même Code, auquel d'ailleurs l'article L1523-27, §§ 1^{er} et 2, déclare renvoyer ou déroger.

Les dispositions relatives à la tutelle devraient être insérées dans le livre I de la troisième partie du Code.

La chambre était composée de

Messieurs	P. LIÉNARDY,	conseiller d'État, président,
	Ph. QUERTAINMONT,	conseillers d'État,
	P. VANDERNOOT,	
	J.-Cl. SCHOLSEM,	assesseur,
Madame	C. GIGOT,	greffier.

Le rapport a été présenté par M. X. DELGRANGE, auditeur.

LE GREFFIER,

LE PRÉSIDENT,

C. GIGOT

P. LIÉNARDY