

RF

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 41.139/2/V

DE LA SECTION DE LÉGISLATION DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, deuxième chambre des vacations, saisi par le Ministre des Affaires intérieures et de la Fonction publique de la Région wallonne, le 31 juillet 2006, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de décret "modifiant le Livre II, Administration de la commune, Titre III, Administration de certains services communaux, Chapitre II, Funérailles et sépultures du Code de la Démocratie Locale et de la Décentralisation", a donné le 30 août 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 au fondement juridique de l'avant-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.

1. En vertu des décrets du 27 mai 2004 (Région wallonne) et du 1^{er} juin 2004 (Communauté germanophone) relatif à l'exercice, par la Communauté germanophone, de certaines compétences de la Région wallonne en matière de pouvoirs subordonnés, la Communauté germanophone exerce, sur le territoire de la région de langue allemande, les compétences de la Région wallonne "dans la matière des pouvoirs subordonnés visées à l'article 6, § 1^{er}, VIII, alinéa 1^{er}, 7°, de la loi spéciale", c'est-à-dire en matière de funérailles et sépultures (article 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, des deux décrets).

Par conséquent, le champ d'application du présent avant-projet de décret doit être limité au territoire de la région de langue française.

2. Actuellement, seules les communes et les associations de communes peuvent créer et exploiter un établissement crématoire. En vertu de l'article L1232-1, alinéa 2, en projet, les communes, les régies communales autonomes et les associations de communes pourront dorénavant également créer, exploiter et gérer un établissement crématoire dans le cadre d'un "partenariat public-privé".

Le commentaire de l'article précise à ce sujet que "le concept de partenariat public-privé vise tant la concession de service public que toute autre participation du secteur privé dans le cadre d'entités mixtes par association institutionnelle ou non ou par les techniques contractuelles de partenariat public-privé".

La notion de partenariat public-privé n'est nulle part définie par le législateur, elle ne correspond à aucune catégorie juridique précise. Ainsi, D. Déom distingue-t-elle trois catégories d'instruments juridiques du partenariat public-privé : les techniques unilatérales, les techniques contractuelles et les techniques institutionnelles ¹.

Compte tenu de la grande diversité de ces instruments juridiques, il convient d'établir un cadre légal précis définissant, dans le cadre de l'avant-projet, les contours de la notion de partenariat public-privé auquel peuvent recourir les communes, les régies communales autonomes et les associations de communes ².

3. Il ne ressort pas avec certitude de l'alinéa 2 de l'article L1232-1, en projet, que les intérêts publics soient prédominants et le commentaire de l'article pourrait donner à penser qu'il n'en va pas nécessairement ainsi. S'il se conçoit que le régime originel qui assure aux communes un monopole public ³ puisse être assoupli par le recours à un partenariat avec le privé, ceci ne peut cependant avoir pour effet, sous peine de mettre en danger la cohérence ⁴ du système de rendre les intérêts privés prédominants : les pouvoirs publics, en l'occurrence les communes, les régies communales autonomes et les associations de communes, doivent garder le contrôle en matière de création, d'exploitation et de gestion des établissements crématatoires.

(1) D. Déom, Les instruments du droit administratif à l'épreuve des "partenariats public-privé" (P.P.P.) in B. Lombaert, Les partenariats public-privé (P.P.P.) : un défi pour le droit des services publics, Bibliothèque de droit administratif, La Charte, Bruxelles, 2005, pp. 189 à 230.

(2) Le Conseil supérieur des villes, communes et provinces de la Région wallonne estime que l'auteur de l'avant-projet "doit mieux préciser ce que recouvre la notion "partenariat public-privé". Le texte qui lui avait été soumis pour avis était rédigé de la manière suivante : "Le concept de partenariat public-privé vise tant la concession de service public que toute autre participation du secteur privé dans le cadre d'entités mixtes et mêmes les techniques contractuelles de partenariat public-privé".

(3) Sur l'admissibilité du monopole public, voir l'arrêt de la Cour d'arbitrage 132/2005 du 19 juillet 2005.

(4) Autre chose serait d'ouvrir complètement le système à la concurrence. Mais telle n'est pas, manifestement, l'intention de l'auteur de l'avant-projet.

4. L'article L1232-2, alinéa 2, en projet, prévoit que les communes, les régies communales autonomes et les associations de communes ne pourront créer un établissement crématoire qu'après avoir obtenu une autorisation du Gouvernement wallon. Le commentaire de l'article précise que l'autorisation est nécessaire "tant pour maîtriser la création de nouvelles intercommunales, que pour réguler un marché qui, si la demande est largement supérieure à l'offre actuellement, pourrait rapidement s'inverser" et "cela aurait comme conséquence de fragiliser la viabilité économique de ces infrastructures".

L'avant-projet de décret institue donc un régime de tutelle spécifique sur les décisions des communes, des régies communales autonomes et des associations de communes mais sans organiser totalement celui-ci. Il appartient à l'auteur de l'avant-projet de régler lui-même la procédure d'autorisation, notamment quant au délai dans lequel l'autorité doit intervenir et les effets du dépassement éventuel de ce délais.

5. L'avant-projet doit être fondamentalement revu à la lumière de ces observations.

La chambre était composée de

Messieurs	R. ANDERSEN,	premier président du Conseil d'État,
	P. LEWALLE,	conseillers d'État,
	P. VANDERNOOT,	
Madame	A.-C. VAN GEERSDAELE,	greffier.

Le rapport a été présenté par M. R. WIMMER, auditeur.

LE GREFFIER,

LE PREMIER PRÉSIDENT,

A.-C. VAN GEERSDAELE

R. ANDERSEN