

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 43.488/2/V
DU 24 AOÛT 2007

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 27 juillet 2007, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de décret "modifiant certaines dispositions du Code de la Démocratie locale et de la Décentralisation", a donné 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.

Observations générales

1. L'article 162, alinéa 2, 6/, de la Constitution charge le législateur de consacrer le principe de l'intervention de l'autorité de tutelle "pour empêcher que la loi ne soit violée ou l'intérêt général blessé".

2.1. Cette disposition constitutionnelle exige que l'ensemble des actes des autorités provinciales et communales, et non pas seulement certains de ceux-ci, soient soumis à une tutelle de conformité à l'intérêt général.

L'article L3131-1, § 5, alinéas 1^{er} et 3, en projet, du Code de la démocratie locale et de la décentralisation, ne peut donc, sans méconnaître la Constitution, prévoir que seuls certains actes seront soumis tant à la tutelle de légalité qu'à la tutelle de conformité à l'intérêt général et qu'un certain nombre d'entre-eux ne seront soumis qu'à une tutelle de légalité ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ En ce sens : avis 26.119/8, donné le 11 mars 1997, "over een voorontwerp van decreet tot wijziging van het decreet van 28 april 1993 houdende regeling, voor het Vlaamse gewest, van het administratief toezicht op de gemeenten" (Parl. st., Vlaams Parlement, nr 833/1-1997-1998); avis 27.546/4, donné le 4 mai 1998, sur un avant-projet devenu le décret du 1^{er} avril 1999 organisant la tutelle sur les communes, les provinces et les intercommunales de la Région wallonne (Doc. C.R.W., 1997-1998, n/ 401/1); avis 37.607/2/V, donné le 30 août 2004, sur un avant-projet devenu le décret de la Communauté germanophone du 20 décembre 2004 organisant la tutelle administrative ordinaire sur les communes de la Région de langue allemande, (Doc. P.D.G., 2004-2005, n/ 18/1); avis 38.574/4, donné le 4 juillet 2005, sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement wallon du 13 octobre 2005 portant organisation des comités chargés de la gestion du temporel des communautés islamiques reconnues. Voir également M. Uyttendaele, "La tutelle de conformité à l'intérêt général et son éventuelle suppression", Mouvement communal, 3-1997, p. 148.

2.2. Les articles L3122-1, en projet, et L3131-1, § 5, en projet, du Code de la démocratie locale et de la décentralisation, insérés par les articles 8 et 15 de l'avant-projet examiné, permettent au Gouvernement d'annuler l'acte qui "viole la loi ou blesse l'intérêt général et régional. Est considéré comme tel l'acte violant les principes d'une bonne administration ou qui est contraire à l'intérêt de toute autorité supérieure" ⁽²⁾.

Il n'appartient pas au législateur de définir des notions constitutionnelles. Il s'indique d'autant moins de déroger à cette règle que les précisions que les auteurs de l'avant-projet entendent apporter sont davantage source de confusions nuisibles à la sécurité juridique.

D'une part, ce n'est pas en adjoignant la notion d'intérêt régional à celle bien connue d'intérêt général visée à l'article 162 de la Constitution que l'on visera adéquatement l'intérêt de toute autorité supérieure. Comme l'a déjà relevé la section de législation du Conseil d'État, "l'intérêt général en effet, au sens de cette disposition constitutionnelle, est non seulement l'intérêt de l'État ou de la Région, mais «tout intérêt auquel l'autorité de tutelle accorde une plus grande valeur qu'à celui poursuivi par la décision annulée» ⁽³⁾" ⁽⁴⁾.

D'autre part, lorsque la Constitution charge l'autorité de tutelle d'empêcher que la loi ne soit violée, elle entend le terme "loi" dans le sens très général de toute norme supérieure à l'acte considéré : "le terme «légalité» est pris dans son sens le plus large : celui que lui donne le Conseil d'État. Il englobe donc toutes les règles de droit qui présentent un caractère obligatoire à l'égard de l'agent décentralisé : Constitution, lois «sensu stricto», règlements des autorités supérieures, règlements de l'autorité dont émane

⁽²⁾ Cette disposition figurait déjà aux articles 13, § 2, et 16, § 4, du décret du 1^{er} avril 1999, précité. La section de législation du Conseil d'État n'avait pas expressément critiqué ces définitions, pour la raison que l'avant-projet devenu le décret du 1^{er} avril 1999 appelait d'autres critiques fondamentales de constitutionnalité, si bien que l'avant-projet n'avait pas été examiné plus avant (avis 27.546/4, précité).

⁽³⁾ F. De Visschere, "Het begrip algemeen belang in het Belgische recht", Haarlem, 1950, cité par J. Sohier, "la tutelle sur les communes", A.P.T., 1986, p. 23 et par M. Uyttendaele, "La tutelle de conformité à l'intérêt général et son éventuelle suppression", Mouvement communal, p. 143.

⁽⁴⁾ Avis 27.546/4, précité.

la décision contrôlée, principes généraux du droit, chose jugée, etc..." ⁽⁵⁾. Il n'y a dès lors pas lieu de mettre en exergue le principe général de bonne administration, à peine de laisser entendre qu'une valeur particulière lui serait ainsi attribuée.

2.3. Il se déduit des observations formulées sous 2.1. et 2.2. que :

1/ l'article L3122-1, alinéa 2, en projet doit être omis et l'alinéa 1^{er}, s'écrire comme suit :

"Le Gouvernement peut annuler tout ou partie de l'article par lequel une personne morale de droit public visée à l'article L3111-1, § 1^{er} viole la loi ou blesse l'intérêt général";

2/ dans l'article L3131-1, § 5, en projet, les alinéas 2 et 3 seront omis et l'alinéa 1^{er} sera rédigé comme suit :

"Pour les actes visés au paragraphe 4, l'approbation est refusée pour la violation de la loi ou lésion de l'intérêt général".

3. Dans sa version actuelle, l'article L3122-1, § 1^{er}, du Code de la démocratie locale et de la décentralisation, charge le Gouvernement de dresser la liste des actes que l'autorité de tutelle peut réclamer. Cette liste n'a jamais été établie. Comblant cette lacune, l'avant-projet énumère les actes qui doivent être transmis à l'autorité de tutelle avant de pouvoir être mis en exécution (articles L3122-2 à 3122-4, en projet, du Code de la démocratie locale et de la décentralisation, insérés par les articles 9 à 11 de l'avant-projet).

⁽⁵⁾ J. Dembour, Les actes de la tutelle administrative en droit belge, Bruxelles, Larcier, 1955, p. 282.

Même si, en son principe, cette disposition contribue dans une certaine mesure à la sécurité juridique, il y a lieu de s'interroger, au sujet du caractère exécutoire conféré aux actes concernés, sur la manière de concilier les articles L3122-2 à L3122-4 avec les articles L1133-1 et suivants du même code, qui règlent la publication et l'entrée en vigueur des actes des autorités communales.

Sur ce point, le délégué du ministre a exposé ce qui suit :

"Les nouvelles dispositions relatives au caractère exécutoire des actes obligatoirement transmissibles sont complémentaires à celles relatives à la publication des actes.

Les actes obligatoirement transmissibles ne pourront donc faire l'objet d'un affichage que lorsque ceux-ci auront été transmis à l'autorité de tutelle (on pourrait admettre que la notification intervienne dans le délai de cinq jours).

Un commentaire pourrait être ajouté en ce sens au regard des articles L 3122- 2, 3 et 4 voir dans le corps de ces textes ou de l'article L 1133-1."

L'attention des auteurs de l'avant-projet est attirée sur la distinction qu'il convient de faire entre la force exécutoire et la force obligatoire d'un acte administratif, celle-ci étant subordonnée à la publication régulière de l'acte.

Ceci étant, la sécurité juridique serait mieux assurée si l'article L1133-2 était complété afin de préciser que les actes visés aux articles L3122-2, L3122-3 et L3122-4 n'entrent en vigueur qu'après avoir été transmis.

Par ailleurs, les articles L3122-2, L3122-3 et L3122-4, en projet, ne déterminent pas ce qu'il y a lieu d'entendre par transmission, si bien qu'il n'est pas possible de déterminer avec certitude la date à partir de laquelle les actes visés peuvent être mis à exécution.

Selon le délégué du ministre :

"Le décret du 1^{er} avril 1999 intégré dans le CDLD n'a pas imposé le pli recommandé dans les relations entre l'autorité de tutelle et les pouvoirs locaux. La transmission d'un acte est pourtant à l'origine de l'écoulement du délai de tutelle.

.../...

Le choix du mode de transmission est donc laissé au pouvoir local, le pli recommandé apportant une sécurité juridique évidente.

La transmission électronique des actes apportera inévitablement une solution appropriée à la sécurité juridique."

La sécurité juridique serait mieux assurée si le décret définissait quand la transmission est réputée effectuée. À tout le moins, les explications fournies par le délégué devraient figurer dans le commentaire des articles.

Observations particulières

Dispositif

Articles 9 et 10

Les articles L3122-2 et L3122-3, en projet, appellent les observations qui suivent.

a) Ces dispositions énumèrent les actes des autorités communales, provinciales ainsi que les délibérations des intercommunales soumis à la tutelle générale d'annulation qui devront être transmis au Gouvernement, accompagnés de leurs pièces justificatives, dans les quinze jours de leur adoption.

Elles précisent que ces actes et délibérations ne peuvent être mis à exécution avant d'avoir été transmis.

Y figurent, notamment, le choix du mode de passation et l'attribution des marchés publics de travaux, de fournitures et de services dont les montants excèdent ceux qui sont mentionnés dans les tableaux qui y sont intégrés.

Les articles L3122-2 et L3122-3, en projet, organisent ainsi un contrôle de l'autorité de tutelle sur le choix de la procédure de passation ainsi que sur l'attribution de trois catégories de marchés publics. Ils doivent être lus en relation avec les dispositions législatives et réglementaires qui s'y appliquent.

.../...

L'attention des auteurs de l'avant-projet est attirée sur ce que les règles générales en matière de marchés publics relèvent de la compétence de l'autorité fédérale, en application de l'article 6, § 1^{er}, VI, de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980.

L'autorité régionale ne peut s'écarter de ces règles générales, en particulier, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux de fournitures et de services.

Ainsi, l'autorité régionale doit-elle tenir compte, entre autres, de l'article 21bis, § 2, alinéa 2, de la loi du 24 décembre 1993 ⁽⁶⁾.

Il en ressort, notamment, que, lorsque le montant estimé du marché atteint celui qui est fixé par le Roi pour la publicité européenne lors du lancement de la procédure, le pouvoir adjudicateur est obligé de respecter un délai d'au moins 10 jours à compter du lendemain de l'envoi des motifs pour permettre au soumissionnaire non sélectionné, dont l'offre a été jugée irrégulière ou dont l'offre n'a pas été choisie, d'introduire éventuellement un recours auprès d'une juridiction, et ce exclusivement selon le cas dans le cadre d'une procédure en référé devant le juge judiciaire ou, devant le Conseil d'État, par une procédure d'extrême urgence.

C'est seulement en l'absence d'une information écrite au pouvoir adjudicateur en ce sens, parvenue dans le délai accordé à l'adresse qu'il a indiquée, que la procédure peut être poursuivie.

C'est en considération de cette disposition de la loi fédérale que doivent être lus les articles L3122-2, alinéa 1^{er}, L3122-3, alinéa 1^{er}, en projet.

⁽⁶⁾ Une obligation de "standstill " analogue est imposée au pouvoir adjudicateur par l'article 2, § 3, de la loi du 16 juin 2006 relative à l'attribution, à l'information aux candidats et soumissionnaires et au délai d'attente concernant les marchés publics et certains marchés de travaux, de fournitures et de services, publiée au Moniteur belge le 15 février 2007, mais non encore en vigueur à la date du présent avis.

On se gardera dès lors de conclure, comme pourrait y inciter une lecture trop rapide des textes en projets, que la transmission de la décision d'attribution d'un marché public à l'autorité de tutelle, accompagnée de ses pièces justificatives, permet, en toute hypothèse, à l'autorité communale, provinciale ou à l'intercommunale de passer sans plus attendre à l'exécution des actes et délibérations visés, et, notamment, d'attribuer immédiatement le marché. Une réserve à cet égard devrait figurer à tout le moins dans l'exposé des motifs.

b) Les articles L3122-2 et L3122-3, combinés à l'article L3122-6, en projet, permettent à l'autorité de tutelle d'annuler pour contrariété à la loi ou à l'intérêt général les actes et délibérations qui ont pour objet, notamment, l'attribution des marchés publics qu'ils visent, et ce dans un délai de trente jours à compter de la réception de l'acte et de ses pièces justificatives.

Cette transmission rend ces actes et délibérations exécutoires.

La tutelle d'annulation pourra donc s'exercer, a posteriori, sur des actes détachables du contrat lui-même, ce qui est conforme aux principes.

L'attention des auteurs de l'avant-projet est attirée cependant sur ce que l'annulation éventuelle de la décision d'attribution du marché n'a pas pour effet direct d'anéantir le contrat lui-même ni de faire obstacle à son exécution.

Seul le juge judiciaire est compétent pour décider d'une telle annulation du contrat, sur le vu, le cas échéant, de la décision de l'autorité de tutelle. La question de savoir s'il peut être saisi à cette fin par un tiers intéressé, tel le soumissionnaire évincé, ou uniquement par les parties au contrat, est vivement controversée.

Dans ces conditions, l'annulation de l'acte détachable prononcée par l'autorité de tutelle risque fort de demeurer sans effet pratique, ou de s'enliser dans des controverses, ce qui n'est certainement pas le but recherché par les auteurs de l'avant-projet.

Dans cette perspective, la section de législation préconise le retour à la formule que consacrait l'article 14, alinéa 1^{er}, du décret du 20 juillet 1989 organisant la tutelle sur les communes, les provinces et les intercommunales de la Région wallonne, qui est l'antécédent de la législation actuellement en vigueur portant sur cet objet ⁽⁷⁾.

Cette disposition prévoyait :

"Les décisions par lesquelles le collège des bourgmestres et échevins attribue des marchés de travaux, de fournitures et des services ne sont exécutoires qu'à partir du jour où elles ne sont plus susceptibles d'être annulées."

L'alinéa 2 de ce même article prévoyait des exceptions à la règle et l'alinéa 3 fixait un délai d'annulation de quarante jours.

Cette formule particulière présentait l'avantage de garantir l'efficacité de la tutelle d'annulation, puisqu'elle s'exerçait sur un acte détachable non encore exécutoire, soit, nécessairement, avant que le marché public eût pu être régulièrement conclu.

Article 14

L'article 14 modifie le libellé du titre III du livre 1^{er} de la 3^e partie du Code de la démocratie locale et de la décentralisation. Il y est question de la tutelle spéciale d'approbation sur les communes, les provinces, les intercommunales, les associations de projet, les régies communales et provinciales autonomes et les zones de police unicomunales et pluricomunales.

⁽⁷⁾ Ce décret a été formellement abrogé par l'article 24 du décret du 1^{er} avril 1999 de même objet. Les dispositions du décret du 1^{er} avril 1999 se retrouvent dans les articles L3111-1 et suivants du Code de la démocratie locale et de la décentralisation.

En ce qui concerne les associations de projet, les régies communales et provinciales autonomes, le Conseil d'État n'aperçoit pas pour quelles raisons ces organismes ne sont pas soumis à une tutelle spéciale d'approbation dans les conditions analogues à celles auxquelles sont soumises les communes, les provinces et les intercommunales, alors que les unes et les autres sont visées dans l'intitulé du titre III.

Article 15

Le paragraphe 1^{er}, 5/, et le paragraphe 3, seconde phrase, procèdent à une renumérotation de subdivisions de l'article L3131-1, §§ 1^{er} et 3, du Code de la démocratie locale et de la décentralisation.

Pareil procédé légistique n'est pas recommandé. Il faut éviter en principe de modifier la numérotation d'un texte, compte tenu non seulement de ce que des références pourraient être faites aux dispositions ainsi renumérotées dans d'autres textes non modifiés, mais aussi en raison de la connaissance acquise des textes en vigueur par leurs destinataires et l'administration elle-même, voire de l'existence de jurisprudence et de doctrine pouvant avoir fait état de ces dispositions.

Il y a lieu, en conséquence, de maintenir la numérotation actuelle, même si, à la suite des modifications de l'article L3131-1, cette numérotation ne sera plus continue, cet inconvénient étant bien moindre que ceux exposés ci-dessus, lesquels touchent à la sécurité juridique. La suite de l'avant-projet, notamment à l'article L3131, § 5, en projet et à l'article L3132-1, § 4, alinéa 1^{er}, en projet (article 17 de l'avant-projet), sera adaptée en conséquence.

Article 17

1. Le commentaire de l'article 17 évoque la fixation du délai d'approbation des comptes à soixante jours prorogeables de moitié, alors que le dispositif le fixe à quarante jours prorogeables de moitié.

Cette discordance doit être levée.

.../...

2. En conséquence de l'insertion à la suite de l'alinéa 1^{er}, de la disposition en projet, la raison d'être de l'actuel alinéa 2, du paragraphe 4, en projet n'apparaît plus, si ce n'est, le cas échéant, pour les actes autres que ceux visés à l'article L3131-1, § 1^{er}, 5/, § 2, 5/ et § 3, 1/.

Le paragraphe 4 sera revu à la lumière de ces deux observations.

Article 18

Invité à expliciter la dernière phrase de l'article 3132-2, en projet, le délégué du ministre a répondu :

"L'objectif du législateur est de permettre à l'autorité de tutelle chargée d'analyser le budget de refuser une dépense si les justificatifs exigés aux articles L3331-1 et suivants n'ont pas été joints au budget. Comme le texte le précise, il ne s'agit de réformer que les dépenses en relation avec les pièces manquantes et donc un bénéficiaire déterminé."

Afin de mieux exprimer la volonté des auteurs du projet, il conviendrait de préciser dans le dispositif que la réformation ne peut porter que sur les montants des subventions pour lesquelles des pièces font défaut.

Article 20

L'article L1123-31, en projet, vise à permettre au conseil communal de créer et d'organiser un secrétariat des membres du collège communal. Or les articles L1212-1 et suivants du Code de la démocratie locale et de la décentralisation chargent déjà le conseil communal de fixer le cadre et le statut des agents de la communes.

Selon le délégué du ministre,

"Cet article entend consacré dans le Code ce que le législateur provincial a déjà prévu à l'article L 2212-45 § 5 (anciennement article 105, § 6, de la loi provinciale).

.../...

Le texte en projet est une transposition de cette disposition au niveau communal.

Le législateur n'entend pas porter atteinte à l'autonomie locale mais uniquement s'assurer que l'exercice de cette autonomie pour mettre en place des secrétariats s'accompagne de certaines modalités.

Le législateur entend aussi mettre un terme à une certaine insécurité juridique liée à une précédente circulaire relative aux cabinets des bourgmestres et échevins du 18 octobre 2001 dont le caractère réglementaire posait question autant que sa durée de validité a priori limitée à la législature qui vient de s'écouler."

Le Conseil d'État observe toutefois que la loi provinciale ne contient pas de dispositions similaires aux articles L1212-1 et suivants du Code de la démocratie locale et de la décentralisation⁽⁸⁾.

Sauf à considérer que les collaborateurs du secrétariat des membres du collège communal, envisagés par l'article L1123-31 en projet, ne sont pas des agents communaux au sens des articles L1212-1 à L1213-1 du Code de la démocratie locale et de la décentralisation, l'on n'aperçoit pas la portée juridique de la disposition projetée. Et si ce ne sont effectivement pas des agents communaux, leur statut devrait être précisé dans le dispositif.

⁽⁸⁾ L'article 71 de cette loi charge le conseil provincial de fixer le taux des traitements et des pensions des employés salariés par la province.

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. X. DELGRANGE, premier auditeur.

LE GREFFIER,

LE PREMIER PRÉSIDENT,

A.-C. VAN GEERSDAELE

R. ANDERSEN