FP

ROYAUME DE BELGIQUE

– – – – – – – – – –

AVIS 43.741/4
43.742/4

DU 19 NOVEMBRE 2007

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 23 octobre 2007, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur :

- un projet d'arrêté "pris en exécution de l'article 55 du décret du 8 décembre 2005" (43.741/4);

- un projet d'arrêté "pris en exécution de l'article 21 du décret du 8 décembre 2005 modifiant la loi organique du 8 juillet 1976 des Centres publics d'action sociale" (43.742/4),

a donné l'avis suivant :

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1er, alinéa 1er, 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, les projets appellent les observations ci-après.

I. Examen du projet d'arrêté pris en exécution de l'article 55 du décret du 8 décembre 2005 (43.741/4)

Observations préalables

A. La mise en oeuvre de l'habilitation décrétale

1. Le projet d'arrêté examiné règle le cumul des rémunérations des mandataires locaux et les obligations de ces mandataires en matière de déclaration de mandats et de rémunérations, en ce compris les sanctions, dont éventuellement la déchéance.

Il intervient donc dans différentes matières que la Constitution réserve au législateur, à savoir l'exercice des droits politiques (article 8, alinéa 2), les restrictions à la vie privée (article 22, alinéa 1er), l'élection des mandataires locaux (article 162, alinéa 2, 1/).

2. En matière fiscale, la Cour constitutionnelle admet qu'une loi habilite le Roi à exercer une compétence réservée à la loi :

> "Puisque la matière fiscale est une compétence que la Constitution réserve à la loi, toute délégation qui porte sur la détermination d'un des éléments essentiels de l'impôt est, en principe, inconstitutionnelle.
>
> Toutefois, lorsque le législateur se trouve dans l'impossibilité d'établir lui-même tous les éléments essentiels d'un impôt parce que le respect de la procédure parlementaire ne lui permettrait pas de réaliser un objectif d'intérêt général, il peut être admis qu'il habilite le Roi à le faire, pourvu qu'il détermine

explicitement et sans équivoque l'objet de cette habilitation et que les mesures prises par le Roi soient examinées par le pouvoir législatif dans un délai relativement court, fixé dans la loi d'habilitation, et qu'en l'absence de confirmation, les arrêtés adoptés soient privés d'effets" (1).

Il peut être admis que cette jurisprudence soit transposée à l'espèce examinée, encore que la spécificité de la réglementation du droit politique de l'éligibilité incite à tout le moins à une application très stricte des conditions énoncées par la Cour. En effet, celle-ci attache une importance particulière au droit d'élire et à celui d'être élu, qu'elle qualifie de "droits politiques fondamentaux" (2).

3. L'habilitation réside dans l'article 55 du décret du 8 décembre 2005 modifiant certaines dispositions du Code de la démocratie locale et de la décentralisation (ci-après dénommé "décret du 8 décembre 2005"), disposition résultant d'un amendement non soumis à la section de législation du Conseil d'État (3).

La justification de l'amendement contenait les considérations suivantes :

"Il est apparu que des mandataires dans les communes, les provinces et les intercommunales ou des personnes non élues sont appelés à participer, à un titre ou à un autre, à la gestion de personnes morales, voire d'associations de fait. À ce titre, il leur arrive de bénéficier d'une rémunération (jetons de présence, émoluments, etc.) et/ou d'avantages. Il est donc essentiel de réglementer cette situation afin d'éviter la multiplication indue de cumuls et de ne pas permettre aux intéressés de percevoir des avantages financiers disproportionnés par rapport aux fonctions qui sont les leurs. Il s'agit là d'une mesure essentielle à la moralisation de la vie politique locale.

Le Parlement est conscient, cependant, de la difficulté de la tâche qui consiste à identifier les mandats en cause, à fixer les seuils de rémunération et d'avantages qui peuvent être tolérés et à mettre en œuvre un système de contrôle

---

(1) Arrêt n/ 195/2004 du 1er décembre 2004, B.16.3. Dans le même sens, notamment, l'arrêt n/ 186/2005 du 14 décembre 2005, B.7.2.

(2) Arrêt n/ 130/2006 du 28 juillet 2006, B.6. et B.7.3.

(3) De même, les modifications aux articles L1122-7, L1123-17, L2212-7 et L2212-45 du Code de la démocratie locale et de la décentralisation, apportées par le décret du 8 décembre 2005, résultent d'amendements non soumis à la section de législation du Conseil d'État (voir Doc. Parl. wall., 2004-2005, n/ 204/3).

et de sanction performant. Il est hors de doute que la mise en œuvre d'un tel système impliquera une réforme de nature législative.

Toutefois, il n'est pas souhaitable que la mise en œuvre de celle-ci constitue un facteur de retardement d'une réforme dont l'urgence est reconnue par tous. Telle est la raison pour laquelle, dans le présent amendement, après avoir défini la notion de mandat dérivé, il est proposé de confier au Gouvernement le pouvoir d'abroger, compléter, modifier et remplacer la législation existante afin d'établir les conditions d'établissement d'un cadastre des mandats dérivés, les obligations, en terme de publicité et de transparence, qui pèsent sur les titulaires de ceux-ci, les plafonds de rémunération qui ne peuvent être dépassés, les conditions dans lesquelles les mandataires et les personnes non élues concernés peuvent bénéficier d'avantages et le mode de comptabilisation de ceux-ci, la manière dont est créée, est composée et dont fonctionnent l'organe de contrôle et les sanctions prises à l'égard des mandataires et des personnes non élues qui auront méconnu leurs obligations imposées par le nouveau système" (4).

La seule raison invoquée pour justifier le recours à une telle habilitation au Gouvernement est donc l'urgence d'adopter la réglementation.

La Cour constitutionnelle a toutefois estimé, à propos d'une mesure fiscale dont elle admettait qu'il pouvait être nécessaire qu'elle soit adoptée avec une certaine promptitude, que, outre le respect des autres règles procédurales, "les seules différences existant entre les procédures d'adoption des normes législatives et des normes réglementaires ne suffisent pas à justifier une délégation au pouvoir exécutif d'une matière que la Constitution réserve à la loi" (5).

De plus, la pertinence de l'invocation de l'urgence paraît démentie par les événements ultérieurs à la promulgation de la disposition d'habilitation. En effet, l'article 55, § 2, accordait un délai d'un an au Gouvernement pour mettre en oeuvre son habilitation, à savoir jusqu'au 31 décembre 2006. À l'expiration de ce délai, l'habilitation n'avait cependant pas été mise à profit. Aussi, un cavalier budgétaire (6), par définition non

---

(4) Amendement n/ 5 (Doc. Parl. wall., 2004-2005, n/ 204/5, p. 3).

(5) Arrêt n/ 195/2004 du 1er décembre 2004, B.16.4.

(6) Article 125 du décret du 21 décembre 2006 contenant le budget général des dépenses de la Région wallonne pour l'année budgétaire 2007.

soumis à la section de législation du Conseil d'État, prolongea-t-il ce délai jusqu'au 31 décembre 2007. Le Ministre justifia ainsi le retard pris : "la situation est juridiquement complexe. Une étude a été commandée pour disposer d'une base objective pour agir" (7).

4. Par ailleurs, il est apparu au cours de l'élaboration du projet examiné que le décret du 8 décembre 2005 ne pourrait pas être exécuté de manière cohérente.

Une proposition visant à étendre l'habilitation visée à l'article 55, § 1er, alinéa 1er, du décret du 8 décembre 2005 a donc été déposée. Selon ses développements :

> "À la suite de l'adoption du décret du 8 décembre 2005 modifiant certaines dispositions du Code de la démocratie locale et de la décentralisation, le Gouvernement wallon a été investi d'une double mission. Il s'agissait, d'une part, dans le cadre d'un pouvoir réglementaire d'exécution, de prendre les mesures permettant de mettre en œuvre les règles contenues dans les articles L1122-7, L1123-17, L2212-7, L2212-45 du Code de la démocratie locale et de la décentralisation. Il s'agissait, d'autre part, dans le cadre d'un pouvoir réglementaire d'habilitation, en vertu de l'article 55 du décret du 8 décembre 2005, d'établir un cadastre des mandats, de fixer des règles relatives à la déclaration des mandats dérivés et des avantages qui en sont retirés, de fixer des plafonds de rémunération des mandats dérivés et d'établir les règles de composition et de fonctionnement de l'organe de contrôle. Autrement dit, la logique qui a été retenue conduit le Gouvernement à prendre en la matière, et parfois sur des questions fort proches, sinon identiques, tout à la fois de simples arrêtés d'exécution et des arrêtés, fondés sur le pouvoir réglementaire d'habilitation, lesquels peuvent avoir pour effet d'abroger, compléter, modifier ou remplacer des dispositions décrétales existantes.
>
> Cette double démarche risque d'aboutir à l'adoption d'une réglementation dont la lisibilité ne serait pas parfaite. Compte tenu de l'importance des règles en cause et de la volonté du législateur de mettre en œuvre un système performant de transparence en matière de déclaration et de cumuls de mandats, il s'indique de tout mettre en œuvre pour que les règles nouvelles qui s'appliquent aux mandataires soient claires, efficaces et purgées de toute ambiguïté" (8).

---

(7) Rapport de la Commission des affaires intérieures et de la fonction publique sur le projet devenu le décret du 21 décembre 2006 (Doc. Parl. wall., 2006-2007, n/ 4-III b c d/n/ 3, p. 8).

(8) Doc. Parl. wall., 2006-2007, n/ 572/1, p. 2.

Cette proposition, non soumise à la section de législation du Conseil d'État, a été adoptée [9]. À la suite de cette modification, l'article 55, § 1er, alinéa 1er, du décret du 8 décembre 2005 est rédigé comme suit :

> "Le Gouvernement est habilité à abroger, compléter, modifier ou remplacer la législation existante afin, d'une part, d'organiser la manière dont sont exercés et dont sont éventuellement rétribués les mandats visés à l'article 54 et, d'autre part, de simplifier, regrouper, améliorer et coordonner les mécanismes et procédures visés aux articles L1122-7, L1123-17, L2212-7, L2212-45 du Code de la démocratie locale et de la décentralisation".

5. Au vu de ces différents éléments et, notamment, de la durée de l'élaboration du projet d'arrêté, il est douteux que le temps supplémentaire nécessaire au débat parlementaire, seule raison invoquée pour justifier l'habilitation du Gouvernement, puisse justifier, à ce jour, la dérogation au principe constitutionnel selon lequel la réglementation de l'exercice des droits politiques et les restrictions apportées à la vie privée doivent être accomplies selon la procédure parlementaire, laquelle procédure garantit que ces mesures seront adoptées par une assemblée délibérante élue au terme d'un débat démocratique [10].

C'est donc sous réserve d'un éventuel contrôle de la Cour constitutionnelle sur ce point que le présent avis est donné.

B. Sur la nécessité d'un rapport au Gouvernement

Compte tenu de la matière du projet d'arrêté, qui est le fonctionnement de la démocratie locale, de son objet, qui est la transparence et le contrôle des "mandats" exercés par des mandataires locaux et de personnes non élues, et surtout de la méthode, qui est la mise en oeuvre d'une habilitation conférée par le législateur au Gouvernement de régler lui-même des aspects importants de la fonction de mandataire public dans les

---

(9) Décret du 27 juin 2007 modifiant le décret du 8 décembre 2005 modifiant certaines dispositions du Code de la démocratie locale et de la décentralisation.

(10) Par contre, l'annexe établissant les plafonds applicables en matière de rétribution et d'avantages en nature prise, en application de l'article L5111-4, § 5, en projet, pourrait faire l'objet d'un arrêté d'exécution, pour autant que les critères de calculs soient énoncés dans le décret et justifiés dans le commentaire de l'article.

pouvoirs locaux, y compris la mise en place d'un organe de contrôle doté de larges prérogatives, il est indispensable de faire précéder un tel arrêté d'un rapport au Gouvernement [11] [12].

Ce rapport devra comprendre une partie générale et un commentaire des articles qui, l'une et l'autre, apporteront, avec clarté et précision, la justification des mesures prises. Pareil texte est en effet indispensable non seulement pour comprendre la portée du texte mais aussi afin, d'une part, de permettre l'intervention du Parlement wallon lorsque, conformément à l'article 55, § 3 du décret du 8 décembre 2005, avant sa publication au Moniteur belge, le texte arrêté par le Gouvernement lui aura été transmis, d'assurer une information complète du président du Parlement et, d'autre part, d'éclairer le Parlement lorsque le texte lui sera soumis pour ratification, conformément à l'article 55, § 4, du même décret.

---

(11) La nécessité d'un rapport au Gouvernement peut résulter aussi de l'ampleur des modifications apportées dans une matière ou de la nouveauté ou de la complexité de celle-ci. Voir notamment les avis 32.612/4, donné le 9 janvier 2002 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement wallon du 21 mars 2002 relatif aux clients devenant éligibles et au contrôle de leur éligibilité; 35.184/4, donné le 23 juin 2003 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement wallon du 18 décembre 2003 portant le Code de la fonction publique wallonne et 42.005/2, donné le 19 janvier 2007 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement wallon du 15 février 2007 modifiant diverses dispositions relatives à la fonction publique wallonne et instaurant un cycle spécial d'évaluation. Voir également Conseil d'État, Circulaire de légistique formelle - recommandations et formules, novembre 2001, §§ 1.1 et 7.2.8 à 7.2.10, pp. 7 et 32-33 (http://www.raadvst-consetat.be).

(12) Lorsqu'un projet d'arrêté a pour objet de modifier des dispositions législatives, le rapport au Roi tient lieu en quelque sorte d'exposé des motifs. Voir l'avis 33.182/2, donné le 29 avril 2002 sur un avant-projet devenu la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers (Doc. parl., Chambre, 2000-2001, n/ 1842/1, p. 244 et sv).

Examen du projet d'arrêté

A. Le respect de la vie privée

1. L'obligation faite aux mandataires de remplir une déclaration dressant la liste des mandats originaires et dérivés, des occupations politiques et autres, ainsi que de la rétribution de ces différentes activités (article L5111-2, en projet) constitue manifestement une atteinte à la vie privée au sens de l'article 22, alinéa 1er, de la Constitution (13).

En principe, cette disposition, insérée par la révision constitutionnelle du 31 janvier 1994, réserve au seul législateur fédéral la compétence d'apporter des restrictions au droit à la vie privée. La Cour constitutionnelle admet cependant une intervention des législateurs communautaires et régionaux, pour autant que ceux-ci respectent la réglementation fédérale en la matière :

> "[...] le législateur décrétal doit avoir égard à l'article 22, alinéa 1er, de la Constitution, en vertu duquel seul le législateur fédéral peut déterminer dans quels cas et à quelles conditions le droit au respect de la vie privée et familiale peut être limité.
>
> Une ingérence dans la vie privée qui s'inscrit dans la réglementation d'une matière déterminée relève certes du législateur compétent pour régler cette matière, mais le législateur décrétal est tenu de respecter la réglementation fédérale générale, qui a valeur de réglementation minimale pour toute matière. En tant que la disposition entreprise vise la publication de données personnelles, elle implique que le législateur décrétal est tenu par la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel" (14).

Il n'apparaît nullement du dossier que les auteurs du projet ont pris en compte cette contrainte.

---

(13) En ce sens déjà l'avis 24.328/2 donné le 29 mars 1995 sur un projet devenu les lois spéciales et ordinaires du 2 mai 1995 relative à l'obligation de déposer une liste de mandats, fonctions et professions et une déclaration de patrimoine (Doc. parl., Sénat, 1994-1995, n/ 1334/2).

(14) Arrêt 16/2005 du 19 janvier 2005, B.5.2.

2. En effet, en imposant notamment la déclaration et la publication des mandats privés et de toutes les occupations, qu'elles soient à caractère politique ou non, le projet d'arrêté de pouvoirs spéciaux impose le traitement de données qui peuvent avoir un caractère sensible au sens de l'article 6 de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, notamment en ce qu'elles révèlent les opinions politiques ou l'appartenance syndicale des mandataires [(15)]. Conformément à l'article 6, § 4, de cette loi, le traitement doit donc satisfaire aux conditions particulières énoncées à l'article 25 de l'arrêté royal du 13 février 2001 portant exécution de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel [(16)]. Cette disposition requiert que les catégories de personnes ayant accès aux données sensibles soient désignées (1/) et que celles-ci respectent le caractère confidentiel des données (3/).

Ces conditions paraissent toutefois difficilement compatibles avec la diffusion en ligne du cadastre des mandats, prévue à l'article L5111-11, § 1er, de l'arrêté en projet.

S'agissant d'une publication sur internet, l'on prendra également en compte ces considérants de l'arrêt 16/2005, précité, de la Cour constitutionnelle :

> "B.5.1. Publier des données personnelles d'une manière aussi générale constitue une ingérence dans le droit au respect de la vie privée garanti par l'article 22 de la Constitution et par les dispositions conventionnelles susmentionnées. Pour qu'une telle ingérence soit admissible, il est requis qu'elle soit nécessaire en vue d'atteindre un but légitime déterminé, ce qui implique notamment qu'un lien raisonnable de proportionnalité doive exister entre les conséquences de la mesure pour la personne concernée et les intérêts de la collectivité.
>
> [...]
>
> B.6.1. Une forme restreinte de publication électronique pour les besoins des fonctionnaires chargés de la surveillance et des responsables des associations sportives peut être jugée nécessaire pour assurer le respect effectif des sanctions

---

(15) À propos de cette disposition, voir notamment Th. Léonard et Y. Poullet, "La protection des données à caractère personnel en pleine (r)évolution. La loi du 11 décembre 1998 transposant la directive 95/46/CE du 24 octobre 1995", *J.T.*, 1999, pp. 377-396, sp. pp. 386-387.

(16) Sur cette disposition, voir C. de Terwangne et S. Louveaux, "Protection de la vie privée face au traitement de données à caractère personnel : le nouvel arrêté royal", *J.T.*, 2001, pp. 457-469, sp. pp. 458-460.

imposées aux sportifs et sert un but légitime. La diffusion de données personnelles, prévue par le décret, sur un site web non sécurisé et, partant, accessible à chacun va cependant au-delà de ce que cet objectif requiert. Une telle publication n'a pas seulement pour effet que chacun peut prendre connaissance de ces données, même si cela n'est d'aucune utilité, mais elle permet également que les données publiées soient utilisées à d'autres fins et soient traitées plus avant, ce qui a pour conséquence qu'elles peuvent encore être diffusées après l'expiration des sanctions et la disparition de la publication dudit site web.

B.6.2. En ce qu'il s'avère, d'une part, que la publication entreprise n'est pas nécessaire pour atteindre l'objectif légitime poursuivi par le législateur décrétal, puisque cet objectif peut également être réalisé d'une manière moins dommageable pour les intéressés et, d'autre part, que les effets de la mesure sont disproportionnés par rapport à cet objectif, la disposition attaquée est contraire à l'article 22 de la Constitution et aux dispositions conventionnelles qui ont une portée analogue".

Le rapport au Gouvernement qui doit précéder un arrêté ayant cet objet et qui est ainsi de nature à porter atteinte à la vie privée des personnes auxquelles il s'appliquera, doit contenir tous les éléments qui permettront de s'assurer que les mesures qu'il leur impose répondent, en vue d'un objectif légitime qui doit être clairement exposé, aux exigences de l'article 22 de la Constitution et des dispositions conventionnelles qui garantissent le respect de la vie privée, à la lumière de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle.

3.1. Par ailleurs, l'article 8.2. de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales requiert qu'une ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée soit "prévue par la loi". Selon une jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'homme, "les mots «prévue par la loi» imposent non seulement que la mesure incriminée ait une base en droit interne, mais visent aussi la qualité de la loi en cause : ainsi, celle-ci doit être accessible au justiciable et prévisible" [(17)].

Dans le même sens, la Commission de la protection de la vie privée avait fait l'observation suivante dans son avis 35/97, donné le 27 novembre 1997 sur le projet

---

(17) Par exemple, l'arrêt du 4 mai 2000, Rotaru c. Roumanie, § 52.

devenu la loi du 26 juin 2004 exécutant et complétant la loi du 2 mai 1995 relative à l'obligation de déposer une liste de mandats, fonctions et professions et une déclaration de patrimoine :

> "La commission souligne la nécessité d'insérer une définition précise des mots «mandat, fonction dirigeante ou profession» dans la loi et dans la loi spécifique du 2 mai 1995. Le principe de proportionnalité précité pourrait en effet être violé si ces notions font l'objet d'une interprétation tellement extensive que certaines personnes sont obligées de rendre public certaines activités de leur vie privée par une publication au *Moniteur belge*, sans que celle-ci ne trouve une justification suffisante dans l'objectif de la loi spécifique. Plus précisément, pensons par exemple aux formes d'engagement non rémunéré dans des associations socio- culturelles qui se situent simplement dans la sphère privée, sans qu'il n'existe de relation avec les fonctions énumérées aux articles 1er de la loi et de la loi spécifique, mais d'où l'on pourrait déduire des informations idéologiques (président d'un comité de parents d'élèves d'une école chrétienne) ou médicales (membres de la Ligue des Patients atteints de Multiple Sclérose)" (18).

3.2. Le projet examiné ne répond manifestement pas à ces exigences. Si les définitions de "mandat originaire" et de "mandat dérivé" semblent suffisamment claires, précises et proportionnées à l'objectif poursuivi, il n'en va pas de même de celles de "mandat privé", d'"occupation à caractère politique" et d'"autre occupation" (article L5111-1 en projet). En effet :

- le "mandat privé" serait "tout mandat exercé dans un organe de gestion d'une personne juridique ou d'une association de fait" (19). Cette définition suscite exactement les mêmes difficultés que celles soulevées dans l'avis précité de la Commission de la protection de la vie privée;

- l'"occupation à caractère politique" serait "toute fonction ou charge publique d'ordre politique exercée par un mandataire et qui ne s'analyse pas comme un mandat dérivé". Le commentaire de l'article précise que la notion "vise toute occupation publique à caractère politique. Ne sont donc pas visées, par exemple,

---

(18) Avis publié en annexe du Rapport de la Commission du Sénat (Doc. parl., Sénat, 1997-1998, n/ I-621/12, p. 146).

(19) Dans la définition du mandat dérivé, le terme "mandat" est employé comme synonyme de celui de "fonction".

les fonctions exercées au sein d'un parti politique car celles-ci n'ont pas un caractère public". Cette définition n'est cependant pas suffisamment précise pour permettre à un mandataire d'identifier avec certitude les occupations qu'il doit déclarer;

- l'"autre occupation" serait "toute profession ou fonction généralement quelconque qui ne s'analyse pas comme un mandat originaire, un mandat dérivé ou une occupation à caractère politique au sens du présent livre. Le mandat privé est considéré comme une autre occupation". Le commentaire de l'article ajoute que les fonctions exercées au sein d'un parti politique doivent être déclarées au titre d'"autre occupation". Le mandataire doit donc déclarer toute "fonction généralement quelconque" qu'il exerce à titre privé, non seulement au sein d'une personne morale mais également dans une association de fait. Cette définition manque de la précision la plus élémentaire.

4. Il convient aussi de rappeler que l'obligation pesant sur les mandataires doit être non seulement suffisamment précise pour leur permettre d'en mesurer exactement la portée, mais également proportionnée, ce qui signifie notamment qu'elle doit être nécessaire pour atteindre l'objectif légitime poursuivi [(20)].

Dans la justification des amendements ayant débouché sur les articles 7, 17, 27 et 34 du décret du 8 décembre 2005, qui ont modifié les articles L1122-7, L1123-17, L2212-7 et L2212-45 du Code de la démocratie locale et de la décentralisation, ainsi que dans celle des amendements ayant débouché sur les articles 54 et 55 du décret du 8 décembre 2005, un lien était établi entre ce que le mandataire devait déclarer et son mandat originaire : les mandataires locaux "sont appelés, en raison de leur qualité de mandataire local, de participer, à un titre ou à un autre, à la gestion de personnes morales, voire d'associations de fait. À ce titre, il leur arrive de bénéficier d'une rémunération (jetons de présence, émoluments, etc.). Il est essentiel de réglementer cette situation afin d'éviter la multiplication indue de cumuls et de ne pas permettre aux intéressés de

(20) Voir le considérant B.6. de l'arrêt 16/2005 précité.

percevoir des avantages financiers disproportionnés par rapport aux fonctions qui sont les leurs. Il s'agit là d'une mesure essentielle à la moralisation de la vie politique locale" (21).

Compte tenu de cette justification, les diverses définitions de l'article L5111-1 apparaissent également trop larges au regard de cette exigence de proportionnalité.

La section de législation observe à cet égard que la formulation actuelle des articles L1122-7, § 4, alinéa 1er, L1123-17, § 2, alinéa 1er, L2212-7, § 3, alinéa 1er, et L2212-45, § 6, alinéa 1er, du Code de la démocratie locale et de la décentralisation est également plus précise que les dispositions en projet, puisqu'elle n'impose la déclaration que des "mandats, fonctions dirigeantes et professions, quelle qu'en soit la nature".

5. En conclusion, afin de limiter la restriction à la vie privée à ce qui est nécessaire pour atteindre le but poursuivi, les auteurs du projet doivent, d'une part, clairement énoncer ce but et en justifier la légitimité et, d'autre part, définir précisément ce que les mandataires doivent déclarer et ce, dans le respect du principe de proportionnalité.

Les dispositions en projet doivent donc être revues à la lumière des observations qui précèdent, ainsi qu'à celle de l'avis que la Commission de la protection de la vie privée a été invitée à donner, et ce comme l'ont confirmé les délégués du ministre, postérieurement à la saisine de la section de législation.

B. Nature de l'organe de contrôle

1. La vérification de la conformité des déclarations aux dispositions du Code de la démocratie locale et de la décentralisation ainsi que du respect des plafonds de rémunération et d'avantages en nature, est assurée par un organe de contrôle qui dispose "pour l'exercice de sa mission, des pouvoirs d'investigation les plus larges. Il peut notamment se faire communiquer l'avertissement extrait de rôle du mandataire ou de la

(21) Doc. Parl. wall., 2004-2005, nos 204/3, p. 5 et 204/5, p. 3.

personne non élue, sa déclaration fiscale ainsi que tout document comptable ou toute pièce justificative en possession du mandataire ou de tout tiers" (article L5111-7, § 2, en projet). La décision de l'organe de contrôle porte "sur l'existence et la conformité des déclarations" et "comporte, s'il y a lieu, le décompte des sommes trop perçues par le mandataire pour le passé et les conditions du remboursement" (article L5111-9, § 1er, en projet).

Si "la personne concernée n'a pas déposé de déclaration ou a établi sciemment une fausse déclaration ou qui (sic) a omis de rembourser les sommes indûment perçues dans le délai qui lui est imparti" (article L5111-10, § 1er, en projet), l'organe de contrôle lui notifie les faits de nature à entraîner la déchéance de ses mandats (article L5111-10, § 2, alinéa 1er, en projet).

Enfin, l'organe de contrôle est chargé d'établir un cadastre des mandats (article L5111-11, en projet).

Ces dispositions appellent les observations qui suivent.

2.1. L'article L5111-1, en projet, définit l'organe de contrôle comme étant "le Gouvernement ou son délégué".

Or, le Ministre des Affaires intérieures et de la Fonction publique a récemment soumis à la section de législation du Conseil d'État un projet d'arrêté portant création d'une cellule temporaire de contrôle des mandats locaux, qui a fait l'objet de l'avis 43.675/4 donné le 5 novembre 2007. Le fondement légal de cet arrêté réside, à la fois, dans l'article 87 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles et dans les articles L1122-7, L1123-17, L2212-7 et L2212-45 actuels du Code de la démocratie locale et de la décentralisation, lesquelles dispositions se réfèrent, dans leur version actuelle, à la notion de "Gouvernement ou son délégué".

Ces dernières dispositions sont pour partie remplacées par le projet présentement examiné, si bien que, dans l'hypothèse où ce projet serait adopté, le fondement légal du projet d'arrêté ayant fait l'objet de l'avis 43.675/4 devrait être réexaminé, comme le relève d'ailleurs cet avis.

2.2. À cet égard, la question se pose, si l'article 55 du décret du 8 décembre 2005 permet de désigner comme "organe de contrôle", un service du Gouvernement créé par un simple arrêté du Gouvernement sur la base de l'article 87 de la loi spéciale.

L'article 55, alinéa 2, 5e et 6e tirets, du décret du 8 décembre 2005, permet, notamment, au Gouvernement de :

"- créer un organe de contrôle doté de moyens d'investigation qui aura pour missions d'établir le cadastre des mandats dérivés, de vérifier les déclarations des mandataires et des personnes non élues concernés et d'organiser une procédure de sanction en cas de manquement à leurs obligations étant entendu que celle-ci doit respecter les droits de la défense et que la sanction est prise par le Gouvernement sur proposition de cet organe;

- régler la composition et le fonctionnement de l'organe de contrôle".

Pour comprendre la portée de l'habilitation initiale de l'article ci-dessus, il y a lieu de se référer à la justification de ses auteurs :

> "[...] il est proposé de confier au Gouvernement le pouvoir d'abroger, compléter, modifier et remplacer la législation existante afin d'établir [...] la manière dont est créée, est composée et dont fonctionnent l'organe de contrôle et les sanctions prises à l'égard des mandataires et des personnes non élues qui auront méconnu leurs obligations imposées par le nouveau système.
>
> S'agissant de l'exercice d'un pouvoir d'habilitation, ces arrêtés seront, en application de l'article 3*bis* des lois coordonnées sur le Conseil d'État obligatoirement soumis à la section de législation du Conseil d'État et transmis pour information au Président du Parlement wallon.
>
> Enfin, sous peine d'être abrogés de plein droit, ils devront faire l'objet d'une ratification législative par le Parlement dans les six mois de leur adoption par le Gouvernement" (22).

Le législateur a d'ailleurs ultérieurement confirmé sa volonté que l'arrêté pris en exécution de l'article 55 du décret du 8 décembre 2005 règle également la création, la composition et le fonctionnement de l'organe de contrôle. En effet, en adoptant le décret du 27 juin 2007 modifiant le décret du 8 décembre 2005 modifiant certaines dispositions du Code de la démocratie locale et de la décentralisation, il a étendu l'habilitation initiale

(22) Doc. Parl. wall., 2004-2005, 204/5, p. 3-4.

afin que, "au vu de l'importance des règles en cause", celles-ci fassent l'objet d'une réglementation unique [23].

Il résulte de cette disposition, telle qu'elle est actuellement rédigée, que cette habilitation n'est pas, dans le chef du Gouvernement, une simple faculté dont il pourrait décider, selon son gré, de la mettre ou pas entièrement en oeuvre. Cette habilitation fait au contraire partie d'un mécanisme complet qui permet notamment, à l'intervention d'un organe de contrôle à qui ces missions doivent être confiées, la recherche des manquements aux obligations qui sont imposées aux mandataires et à des personnes non élues.

La mise en oeuvre de cette habilitation ne peut donc être qu'intégrale et non partielle. Compte tenu de l'intervention du législateur, ce qui sera définitivement le cas lorsque l'arrêté pris par le Gouvernement aura été ratifié par le Parlement, comme l'impose l'article 55, § 4, du décret du 8 décembre 2005, cet organe de contrôle ne pourra appartenir qu'à la catégorie des services mentionnés à l'article 9 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles. Il importe donc que, dès à présent, le projet d'arrêté satisfasse à toutes les exigences de cet article. Le projet d'arrêté doit donc contenir, dès l'origine, l'ensemble des dispositions relatives à la création, à la composition, à la compétence, au fonctionnement de l'organe de contrôle, ainsi qu'au contrôle auquel il sera soumis.

La mise en oeuvre de cette même habilitation exclut par conséquent que le Gouvernement, se fondant sur l'article 87 de la même loi spéciale, règle dans cet arrêté ou dans un arrêté distinct, les éléments qui, conformément à l'article 9 rappelé ci-dessus, doivent être fixés par le législateur. Au demeurant, au risque de violer le principe de la séparation des pouvoirs, ce type d'arrêté ne pourrait être soumis à la ratification du Parlement, puisque le législateur ne peut intervenir dans la création ou l'organisation des services du Gouvernement. À cet égard, les arguments des auteurs de l'amendement à l'origine de l'habilitation telle qu'elle est aujourd'hui formulée indiquent manifestement que leur intention n'était pas de suggérer seulement la création d'un tel service du Gouvernement, mais d'habiliter formellement le Gouvernement à établir un organe de

---

[23] Voir les développements de la proposition devenue le décret du 27 juin 2007 (Doc. Parl. wall., 2006-2007, n/ 572/1, p. 2).

contrôle et ce, en dotant expressément le Gouvernement du "pouvoir d'abroger, compléter, modifier et remplacer la législation existante".

3. Par ailleurs, confier à l'organe de contrôle les pouvoirs d'investigation les plus larges (article L5111-7, § 2, en projet) n'est admissible que si ceux-ci portent sur des éléments limités à ce qui est indispensable pour atteindre le but poursuivi [(24)].

Le texte doit donc être complété par des dispositions relatives à l'organe de contrôle.

C. Respect du principe d'égalité

Le rapport au Gouvernement doit justifier les distinctions établies par la réglementation en projet.

Ainsi, à titre d'exemples :

- il est nécessaire de justifier pourquoi, "pour l'application de l'article L1122-7, § 2 et L2212-7, § 2, ne constitue pas une occupation à caractère politique, les fonctions de Ministres, de Secrétaires d'État fédéraux et de membres d'un Gouvernement régional ou communautaire" (article L5111-1, en projet);

- il convient de démontrer que les articles 148 et suivants du Code wallon du logement contiennent des règles comparables à celles contenues dans les deux premiers paragraphes de l'article L5111-5, en projet, si bien que le paragraphe 3 de cette disposition est admissible au regard du principe d'égalité;

(24) Voir les observations 1 à 5 formulées sous l'observation générale A "Le respect de la vie privée".

- il faut justifier pourquoi les personnes non élues pourraient être dispensées du respect des plafonds (article L5111-6) [(25)];

- la détermination des plafonds applicables en matière de rétribution et d'avantages en nature, figurant en annexe, doit également être dûment justifiée [(26)].

D. Empiétement sur les compétences fédérales

1. À l'article L5111-8, § 4, alinéa 2, 2e phrase, en projet, le renvoi à l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'État est inutile, puisque ce recours est, en toute hypothèse, ouvert, conformément à cette disposition.

Cette deuxième phrase doit être omise.

2. Quant à l'article L5111-10, § 2, alinéa 4, en projet, qui mentionne l'article 16 des lois coordonnées sur le Conseil d'État, à savoir la compétence de pleine juridiction de ce dernier, pareil empiétement sur les compétences que l'article 160 de la Constitution réserve à l'autorité fédérale n'est admissible que si les conditions énoncées par la Cour constitutionnelle pour admettre l'application de l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles sont rencontrées. Le respect de ces conditions doit être démontré dans le rapport au Gouvernement [(27)].

* *
*

(25) En outre, il ne se conçoit pas comme le fait le texte en projet que l'on habilite le Gouvernement à déroger à un texte de nature législative.

(26) Voir en ce sens l'avis de l'inspecteur des finances.

(27) Voir à ce propos l'avis 38.567/4 de la section de législation du Conseil d'État donné le 11 juillet 2005 sur un avant-projet devenu le décret du 8 décembre 2005 (Doc. Parl. wall., 2004-2005, n/ 204/1).

Compte tenu de la portée des observations qui précèdent, l'arrêté en projet n'a pas été examiné plus avant par la section de législation.

II. Examen du projet d'arrêté pris en exécution de l'article 21 du décret du 8 décembre 2005 modifiant la loi du 8 juillet 1976 des Centres publics d'action sociale (43.742/4)

Le projet d'arrêté règle le cumul des rémunérations des conseillers de l'action sociale et les obligations de ces mandataires en matière de déclaration de mandats et de rémunérations, en ce compris les sanctions, dont éventuellement la déchéance [(28)].

Ce projet se fonde sur l'article 21 du décret du 8 décembre 2005 modifiant la loi organique du 8 juillet 1976 des Centres publics d'action sociale, modifié par le décret du 27 juin 2007. Cette disposition a une portée similaire à celle de l'article 55 du décret du 8 décembre 2005.

Le projet d'arrêté soulève les mêmes difficultés que le projet examiné sous le numéro 43.741/4 et appelle les mêmes observations.

---

(28) Les conseillers de l'action sociale, membres ou non du conseil communal sont soumis, en vertu des règles inscrites à l'article 38, §§ 3 et 4, alinéa 1er de la loi organique du 8 juillet 1976 des centres publics d'actions sociales, aux règles figurant dans la cinquième partie du Code de la démocratie locale et de la décentralisation, qui leur est applicable.

La chambre était composée de

| | | |
|---|---|---|
| Messieurs | Ph. HANSE, | président de chambre, |
| | P. LIÉNARDY,<br>J. JAUMOTTE, | conseillers d'État, |
| Madame | C. GIGOT, | greffier. |

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

LE GREFFIER, LE PRÉSIDENT,

C. GIGOT Ph. HANSE