GG

ROYAUME DE BELGIQUE

– – – – – – – – – –

AVIS 44.783/2/V
DU 23 JUILLET 2008

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

– – – – – – – – – – – –

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, deuxième chambre des vacations, saisi par le Ministre-Président du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale, le 24 juin 2008, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet d'ordonnance "modifiant la Nouvelle loi communale", 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 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.

Examen de l'avant-projet

Observation générale

L'ordonnance en projet donne aux communes la compétence de conférer les emplois de secrétaire communal et de receveur par mandat. Elle ne leur en fait pas l'obligation. Le recrutement de carrière demeure possible. En effet, au secrétaire et au receveur par mandat (article 7 de l'avant-projet), sont opposés le secrétaire et le receveur "nommés aux conditions fixées conformément à l'article 145" (article 9 de l'avant-projet).

Les avantages que l'auteur de l'avant-projet attache à l'engagement par mandat sont décrits dans l'exposé des motifs. Il s'agit d'encourager l'excellence dans ces fonctions et de fixer au receveur et au secrétaire des objectifs précis. Les conditions et la procédure de recrutement du mandataire, de même que les "objectifs à atteindre durant le mandat" sont réglés par la commune (article 7 de l'avant-projet). Des objectifs précis peuvent toutefois être établis dans le cadre classique. En effet, s'agissant du secrétaire, la conclusion d'une "note d'accord" ("note d'intention", dans le dispositif de l'article 3) entre le secrétaire et le collège est envisagée et porte sur les attentes mutuelles de l'administration communale et du pouvoir politique . Cette note doit être "conclue" quel que soit le statut du secrétaire. De même, sont créées une procédure d'évaluation du secrétaire et du receveur mandataires (article 7 de l'avant-projet) et une autre procédure d'évaluation pour le secrétaire et le receveur "nommés aux conditions fixées conformément à l'article 145" (article 9 de l'avant-projet). Les modalités de ces évaluations ne sont pas substantiellement différentes.

En revanche, les conclusions d'une évaluation défavorable ne sont pas du tout les mêmes : fin du mandat pour les mandataires et, pour les autres, perte du droit aux augmentations biennales jusqu'à la prochaine évaluation favorable.

Relativement à ces mandataires, l'ordonnance en projet ne fixe qu'un "cadre commun" (Exposé des motifs). Il s'agit essentiellement de l'article 7 de l'avant-projet. L'article 145 de la Nouvelle loi communale exclut que les communes règlent le statut pécuniaire du secrétaire et du receveur qui sont des agents de la commune dont le traitement est fixé par la Nouvelle loi communale. En ce qui concerne le statut pécuniaire de ces agents, cette loi (articles 28 et 65) impose aux communes d'établir l'échelle du traitement dans le respect du maximum et du minimum qu'elle établit. Si l'intention du Gouvernement est de permettre aux communes de déroger aux articles 28 et 65 lorsqu'elles établissent les conditions de recrutement du receveur ou du secrétaire par mandat, il y aurait lieu de les y habiliter explicitement.

Enfin, l'application dans le temps de la transformation du statut actuel du secrétaire et du receveur "nommés aux conditions fixées conformément à l'article 145" en un régime de mandat n'est pas complètement réglée. L'avant-projet n'établit pas que l'attribution des fonctions de secrétaire et de receveur par mandat ne peut être instaurée qu'après la mise à la retraite ou la démission des agents actuellement nommés; il ne précise pas non plus que l'instauration du système par mandat peut avoir lieu plus tôt. Si telle était l'intention, la transition devrait être réglée.

Observations particulières

Dispositif

Article 3

L'article 3 de l'avant-projet envisage d'ajouter à l'article 26*bis* de la Nouvelle loi communale, un paragraphe 4 rédigé comme suit :

> "Au moins après chaque approbation du plan triennal visé à l'article 242*bis*, le secrétaire communal conclut avec le collège, également au nom du comité de direction, une note d'intention sur la manière dont lui-même, le comité de direction,

.../...

le conseil communal et le collège collaboreront afin de rencontrer les objectifs politiques, et sur les procédures à respecter dans les relations entre le collège et l'administration.

Cette note d'intention détermine la façon dont le secrétaire communal exerce les compétences qui lui ont été déléguées."

La question se pose de savoir quelle est la portée de la "note d'intention" ainsi prévue. De même, celle-ci a-t-elle force obligatoire et effet contraignant ? Dans l'affirmative, à l'égard de quelle(s) personne(s) ou autorité(s) ?

Le Conseil d'État se demande également si l'intention de l'auteur de l'avant-projet est effectivement de permettre au secrétaire communal de conclure cette "note" "au nom du comité de direction" et d'engager ce faisant, le receveur communal qui fait partie de ce comité.

Interrogé à ce propos, le délégué du gouvernement a répondu comme suit :

"La «note d'intention» de l'article 26*bis*, § 4 n'a ni force obligatoire, ni effet contraignant, elle doit être considérée comme une déclaration type «déclaration gouvernementale» entre l'administratif et le politique. L'utilité de cette note est de fixer ensemble les objectifs à atteindre pour une période de trois ans. C'est, en effet, le secrétaire communal qui rédige cette note mais en sa qualité de représentant du Conseil de direction."

Le texte en projet, ainsi que le commentaire des articles gagneraient à être revus de sorte que l'intention de l'auteur de l'avant-projet ainsi exprimée apparaisse clairement.

Article 5

L'article 5, 2/, de l'ordonnance en projet prévoit de modifier le paragraphe 3 de l'article 53 de la Nouvelle loi communale de sorte que celui-ci soit rédigé comme suit :

"Sous réserve de l'article 136, § 2, le receveur local est placé sous l'autorité du collège des bourgmestre et échevins."

Le commentaire des articles justifie cette modification comme suit :

> "Au 2/, il s'agit d'adapter l'article 53, § 3 à l'accroissement des compétences du receveur. Jusque là, l'article 136 [de la nouvelle loi communale] ne lui confiait expressément qu'une seule mission, celle d'effectuer les recettes et d'acquitter les dépenses. Dans l'exercice de cette mission, il agit sous sa responsabilité personnelle et donc sous la seule autorité du collège.
>
> Désormais, l'article 136 § 2 permet au collège de confier d'autres missions au receveur. Il est prévu que ces missions sont exercées sous l'autorité du secrétaire, de sorte qu'il n'agit plus, dans le cadre de ces missions, sous l'autorité directe du collège."

La disposition à l'examen n'a de sens que dans la mesure exposée par le commentaire de cet article, à savoir dans l'hypothèse où l'article 136, § 2, en projet, de la Nouvelle loi communale, entend effectivement placer le receveur local sous l'autorité du secrétaire communal.

À ce propos, l'article 28 de l'avant-projet envisage effectivement d'ajouter à l'article 136 de la Nouvelle loi communale un paragraphe 2 qui permet au collège de confier au receveur communal des missions en rapport avec ses compétences autres que celles prévues au paragraphe 1er du même article. Toutefois, contrairement à ce que mentionne le commentaire de l'article 5 de l'avant-projet, il est prévu, que "dans le cadre de l'exercice de ces missions, le receveur est placé sous l'autorité du collège" - et non du secrétaire communal.

Le commentaire de l'article 136, § 2, en projet, confirme que l'intention serait de placer le receveur sous l'autorité du collège et non du secrétaire communal.

Il résulte des explications communiquées par le délégué du Gouvernement, interrogé sur ce point, que l'intention est de placer le receveur dans tous les cas sous l'autorité du collège et non du secrétaire communal.

Dès lors, à l'article 5 de l'avant-projet, il y a lieu de supprimer, dans le dispositif, les mots "Sous réserve de l'article 136, § 2," et le commentaire des articles doit être revu en conséquence.

Articles 7 et 9

Les articles 69 et 70, en projet, organisent l'évaluation du secrétaire et du receveur communal, que ceux-ci soient désignés sous mandat ou nommés conformément à l'article 145 de la Nouvelle loi communale.

Dans les deux cas, l'intéressé dispose de la faculté d'introduire un "recours en annulation" auprès du Gouvernement bruxellois.

Ce recours doit être examiné en ayant égard à l'article 162, alinéa 2, 6/, de la Constitution qui impose que soit organisée à l'égard des autorités locales l'intervention de l'autorité de tutelle pour empêcher que la loi soit violée ou l'intérêt général blessé.

Au regard de cette exigence, la question se pose de savoir si le contrôle exercé par le Gouvernement à la suite du recours en annulation organisé par les articles 69 et 70, en projet, se limitera ou non à un contrôle de légalité ou s'il emportera également un contrôle au regard de l'intérêt général.

De même, la question se pose de savoir si le recours ainsi prévu exclut ou non le contrôle de tutelle organisé par l'ordonnance du 14 mai 1998 organisant la tutelle administrative sur les communes de la Région de Bruxelles-Capitale, spécialement le contrôle de tutelle générale de suspension et d'annulation.

Il ressort des explications communiquées par le délégué du gouvernement à ce sujet que le recours en annulation ici organisé constitue un "recours administratif classique" et impliquera que le Gouvernement "revoi[e] la décision dans tous ses aspects". Par ailleurs, le délégué du gouvernement a exposé que le Gouvernement ne sera pas empêché "d'exercer son contrôle de tutelle classique en demandant au conseil communal de lui transmettre sa décision".

Compte tenu de ces explications, d'une part, la question se pose de savoir s'il convient de confier au Gouvernement un pouvoir de réformation et non un simple pouvoir d'annulation.

D'autre part, il conviendrait que le législateur règle expressément l'articulation du recours qu'il organise avec les règles de tutelle générale.

Article 9

Au paragraphe 5, en projet, afin d'éviter toute ambiguïté, le texte devrait prévoir expressément - si telle est bien l'intention de l'auteur de l'avant-projet - que l'agent concerné ne peut perdre que les augmentations biennales futures et non celles dont il bénéficie déjà.

Articles 22 et 24

Telles que ces dispositions sont rédigées, elles ont pour effet d'imposer au président du centre d'action sociale l'obligation de siéger -avec voix consultative- au conseil communal lorsqu'il n'est pas membre de celui-ci, ainsi qu'aux réunions du collège des bourgmestre et échevins.

Par l'adoption de ces dispositions, le législateur régional bruxellois imposerait donc des obligations à une autorité qui ne relève pas des compétences de la Région de Bruxelles-Capitale, mais des compétences d'un autre législateur, à savoir, en ce qui concerne la mesure ici prévue, les compétences de la Commission communautaire commune, ce qui ne se peut.

Ainsi, la mesure ici envisagée est subordonnée à la conclusion d'un accord de coopération entre la Région de Bruxelles-Capitale et la Commission communautaire commune [(1)].

---

(1) Voir, *mutatis mutandis*, concernant une problématique similaire relative à la Région wallonne et à la Communauté germanophone, l'avis 38.567/4, donné le 11 juillet 2005, sur un avant-projet devenu le décret de la Région wallonne du 8 décembre 2005 modifiant certaines dispositions du Code de la démocratie locale et de la décentralisation (Doc., Parl. wall., 2004-2005, n/ 204/1, pp. 38-40), et l'avis 38.568/4, donné le 11 juillet 2005, sur un avant-projet devenu le décret de la Région wallonne du 8 décembre 2005 modifiant la loi organique du 8 juillet 1976 des centres publics d'aide sociale (Doc., Parl. wall., 2004-2005, n/ 205/1, p. 18).

Article 25

1. L'article 190 de la Constitution réserve à la loi la détermination de la forme dans laquelle doivent être publiés les lois, arrêtés et règlements d'administration générale, provinciale ou communale, pour acquérir un caractère obligatoire. C'est donc au législateur, en l'occurrence au législateur régional, qu'il revient de déterminer lui-même la forme que doit prendre la publication des actes visés à l'article 112 de la Nouvelle loi communale [(2)].

Au regard de l'article 190 de la Constitution, l'article 112, en projet, appelle les observations suivantes.

2. Tout d'abord, il résulte des alinéas 1er et 2, en projet, que les règlements et ordonnances du conseil communal, du collège des bourgmestre et échevins et du bourgmestre sont publiés par voie d'affichage et par leur mise en ligne sur le site Internet de la commune, ces deux formes de publications devant porter des mentions identiques.

La question se pose de savoir à quelle date les actes concernés acquerront un caractère obligatoire si les deux formes de publications précitées n'ont pas lieu simultanément.

À ce propos, il y a lieu d'avoir égard à l'article 114 de la Nouvelle loi communale, que le texte en projet n'envisage pas de modifier et qui, tel qu'applicable en Région de Bruxelles-Capitale, dispose :

> "Les règlements et ordonnances visés à l'article 12 deviennent obligatoires le cinquième jour qui suit le jour de leur publication par la voie de l'affichage sauf s'ils en disposent autrement.

---

(2) Voir à ce propos, l'avis 34.410/2, donné le 5 février 2003, sur un avant-projet devenu l'ordonnance de la Région de Bruxelles-Capitale du 17 juillet 2003 modifiant la Nouvelle loi communale (Doc., Conseil R.B.C., 2002-2003, n/ A-430/1, p. 20).

Le fait et la date de la publication de ces règlements et ordonnances sont constatés par une annotation dans un registre spécialement tenu à cet effet, dans la forme qui sera déterminée par arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale."

Il résulte de cet article 114, alinéa 1er, que le défaut de publication de l'acte visé à l'article 112 via Internet n'aura pas d'incidence sur son caractère obligatoire, et que, dès lors, en cas de *hiatus* entre le jour de sa publication par voie d'affichage et le jour de sa publication par voie d'Internet, c'est la date de la publication par voie d'affichage seule qui devra être prise en considération.

Cette solution permet de répondre à la question posée ci-avant.

Toutefois, afin de garantir la sécurité juridique, il conviendrait de prévoir expressément de ne lier le caractère obligatoire qu'à une seule forme de publicité, à savoir l'affichage, la publication via Internet n'intervenant que surabondamment et devant, en tout état de cause, faire référence à l'affichage.

3. Au regard du principe de légalité inscrit à l'article 190 de la Constitution, l'alinéa 3 de l'article 112, en projet, qui prévoit que le bourgmestre peut publier les actes visés à l'alinéa 1er par voie de presse, n'est admissible que s'il est acquis que cette troisième forme de publicité, qui dépendra dans chaque cas d'une décision du bourgmestre n'a et ne peut avoir aucune incidence sur le moment ou l'acte concerné acquerra force obligatoire.

Ceci résulte de l'article 114, alinéa 1er, de la Nouvelle loi communale, que le texte en projet n'envisage pas de modifier.

Toutefois, afin d'éviter les risques d'insécurité juridique similaires à ceux évoqués ci-avant, il serait adéquat de prévoir expréssement que si la publication par voie de presse a lieu, elle doit se référer à l'affichage.

4. La disposition en projet doit être précisée en ce sens.

Article 33

La portée de l'article 251*bis*, en projet, n'est pas claire; il conviendrait de mieux la préciser, à tout le moins, dans l'exposé des motifs.

Article 34

1. L'article 251*ter*, § 1er, en projet, entend permettre au collège communal de déléguer la gestion du budget au secrétaire communal pour des matières relevant de la gestion journalière, étant entendu que c'est au collège qu'il appartient également de définir ce qu'il faut entendre par "gestion journalière".

Le paragraphe 2 de la même disposition entend pour sa part autoriser d'autres délégations du collège, soit au secrétaire communal, soit, après avis de celui-ci, à certains membres du personnel, ce, pour des budgets précis concernant des projets dans des matières qui peuvent le cas échéant dépasser la gestion journalière.

Le système de délégation organisé par la disposition à l'examen repose donc sur la distinction opérée entre les matières qui relèvent de la "gestion journalière" et celles qui ne relèvent pas de celle-ci.

L'appréciation quotidienne de ce qui relève de la gestion journalière ne requiert pas que le collège soit habilité à définir cette notion.

Le texte en projet pourrait, par exemple, définir lui-même les matières qui relèvent de la gestion journalière, ou, si le législateur ne souhaite pas la définir plus avant, il pourrait employer cette notion sans habiliter le collège à la définir lui-même. Dans cette seconde hypothèse, elle devra être comprise dans son sens usuel, tel qu'il ressort notamment de la jurisprudence.

2. Le dernier alinéa du paragraphe 1er de l'article 251*ter*, en projet, dispose que les membres du personnel sont personnellement responsables de l'exécution du budget dont la gestion leur est déléguée.

Il convient de définir plus précisément la notion de responsabilité personnelle et les hypothèses dans lesquelles elle est engagée [(3)].

La même observation vaut pour l'alinéa 2 du paragraphe 2 de l'article 251*ter*, en projet.

Article 37

La disposition à l'examen entend insérer dans la Nouvelle loi communale un article 258*bis*, rédigé comme suit :

> "Art. 258*bis*. Le conseil communal peut affecter une partie du budget des dépenses à des projets proposés par des comités de quartier ou des initiatives citoyennes.
>
> Le conseil communal fixe les conditions que doit remplir un comité de quartier ou une initiative citoyenne pour être considéré comme suffisamment appuyé par un quartier ou par la population.
>
> Sans préjudice de l'article 136, il fixe les modalités selon lesquelles le budget va être géré par le comité de quartier ou l'initiative citoyenne concerné et charge un membre du personnel communal de contrôler la manière dont le budget est géré."

La portée de cette disposition n'apparaît pas clairement.

Plus spécialement, la question se pose de savoir en quoi le régime qu'elle instaure diffère de l'octroi de subventions par la commune, tel que régi plus spécialement par la loi du 14 novembre 1983 relative au contrôle de l'octroi et de l'emploi de certaines subventions.

---

(3) Voir par exemple la responsabilité personnelle du receveur communal.

Interrogé à ce propos, le délégué du gouvernement a exposé ce qui suit :

"Ici une partie du budget de la commune sera spécifiquement affectée à ce type d'initiatives, ce qui n'est pas le cas actuellement. Contrairement aux subsides, ici même un comité de quartier peut bénéficier, alors qu'il n'est pas forcément constitué sous forme d'asbl. Enfin une fois que l'association (ou le comité de quartier) a reçu un budget déterminé à gérer, c'est elle qui décide ce qu'elle en fait, comment elle le répartit, pour quels types de projets, etc. Dans le cas d'un subside, celui-ci doit servir à des projets bien définis au départ."

Il en résulte un système dans lequel des décisions concernant l'utilisation des moyens financiers de la commune et leur affectation en termes de dépenses, seront prises non pas par les autorités communales elles-mêmes mais par des particuliers assemblés en "comités de quartier" ou en "initiatives citoyennes".

Un tel système n'est pas compatible avec l'article 162, alinéa 2, 2/, de la Constitution qui prévoit l'attribution aux conseils communaux de tout ce qui est d'intérêt communal.

Il ne saurait par ailleurs se fonder sur l'article 41, alinéas 2 à 4, de la Constitution relatifs aux organes intracommunaux, dès lors que ces dispositions ont trait à des hypothèses toutes autres et imposent des conditions qui ne sont nullement rencontrées en l'espèce [(4)].

---

(4) Pour rappel, l'article 41 de la Constitution dispose comme suit :

"Les intérêts exclusivement communaux ou provinciaux sont réglés par les conseils communaux ou provinciaux, d'après les principes établis par la Constitution.
La règle visée à l'article 134 définit les compétences, les règles de fonctionnement et le mode d'élection des organes territoriaux intracommunaux pouvant régler des matières d'intérêt communal.
Ces organes territoriaux intracommunaux sont créés dans les communes de plus de 100 000 habitants à l'initiative de leur conseil communal. Leurs membres sont élus directement. En exécution d'une loi adoptée à la majorité définie à l'article 4, dernier alinéa, le décret ou la règle visée à l'article 134 règle les autres conditions et le mode suivant lesquels de tels organes territoriaux intracommunaux peuvent être créés.
Ce décret et la règle visée à l'article 134 ne peuvent être adoptés qu'à la majorité des deux tiers des suffrages émis, à la condition que la majorité des membres du Parlement concerné se trouve réunie.
Les matières d'intérêt communal ou provincial peuvent faire l'objet d'une consultation populaire dans la commune ou la province concernée. La règle visée à l'article 134 règle les modalités et l'organisation de la consultation populaire."

.../...

Compte tenu de l'objection fondamentale qu'appelle la disposition à l'examen, elle ne sera pas examinée plus avant [5].

---

[5] La Région flamande a adopté, le 15 juillet 2005, un décret intitulé "Gemeente-decreet". L'article 159, § 4, de ce décret est similaire à l'article 258*bis*, en projet. Le Conseil d'État ne s'est pas, en son temps, prononcé sur le projet de la disposition devenu l'article 159, § 4, précité. En effet, cette disposition ne figurait pas dans l'avant-projet de décret qui a fait l'objet de l'avis 38.240/3, donné le 26 avril 2005 (Doc., Vl. Parlement, 2004-2005, n/ 347/1, pp. 249 et suiv.). Elle est issue d'un amendement sur lequel la section de législation du Conseil d'État n'a pas été consultée (amendement n/ 76, Doc., Vl. Parlement, 2004-2005, n/ 347/2, p. 31).

La chambre était composée de

Messieurs	Y. KREINS,	président de chambre,
	J. VANHAEVERBEEK,	conseillers d'État,
	M. PÂQUES,	
Madame	A.-C. VAN GEERSDAELE,	greffier.

Le rapport a été présenté par Mme A. VAGMAN, auditeur.

LE GREFFIER, LE PRÉSIDENT,

A.-C. VAN GEERSDAELE Y. KREINS

GG

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 44.783/2/V
VAN 23 JULI 2008

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, tweede vakantiekamer, op 24 juni 2008 door de Minister-Voorzitter van de Regering van het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een voorontwerp van ordonnantie "tot wijziging van de Nieuwe Gemeentewet", heeft het volgende advies gegeven :

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

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

Onderzoek van het voorontwerp

Algemene opmerking

Bij de ontworpen ordonnantie wordt de gemeenten de bevoegdheid verleend de ambten van gemeentesecretaris en ontvanger bij mandaat te verlenen. Ze verplicht hen daar niet toe. Aanwerving in het kader van de vaste loopbaan blijft mogelijk. Tegenover de secretaris en de ontvanger bij mandaat (artikel 7 van het voorontwerp) staan immers de secretaris en de ontvanger "benoemd aan de voorwaarden conform artikel 145 (lees : benoemd onder de voorwaarden bepaald overeenkomstig artikel 145)" (artikel 9 van het voorontwerp).

De voordelen die aanwerving bij mandaat volgens de steller van het voorontwerp biedt, worden beschreven in de memorie van toelichting. Het komt erop aan de uitmuntendheid in deze functie aan te moedigen en de ontvanger en de secretaris precieze doelstellingen op te leggen. De voorwaarden en de procedure voor de aanwerving van de mandaathouder worden, net zoals de "doelstellingen die tijdens het mandaat moeten worden bereikt" vastgesteld door de gemeente (artikel 7 van het voorontwerp). Precieze doelstellingen kunnen evenwel binnen het klassieke kader worden bepaald. Wat de secretaris betreft, is er immers sprake van het "afsluiten" van een "afsprakennota" tussen de secretaris en het college, die betrekking heeft op wat het gemeentebestuur en de politieke overheid van elkaar verwachten. Die nota moet "afgesloten" worden ongeacht het statuut van de secretaris. Zo ook wordt voorzien in een procedure voor de evaluatie van de secretaris-mandaathouder en de ontvanger-

mandaathouder (artikel 7 van het voorontwerp), en in een andere procedure voor de evaluatie van de secretaris en de ontvanger benoemd onder de voorwaarden bepaald overeenkomstig artikel 145 (artikel 9 van het voorontwerp). De nadere regels voor die evaluaties zijn niet grondig verschillend.

De gevolgen van een ongunstige evaluatie daarentegen zijn geenszins dezelfde : voor de mandaathouders, einde van het mandaat, en voor de anderen, verlies van het recht op tweejaarlijkse verhogingen tot de volgende gunstige evaluatie.

Wat de betrokken mandaathouders betreft, wordt in de ontworpen ordonnantie enkel een "gemeenschappelijk kader" (memorie van toelichting) vastgesteld. Het gaat voornamelijk om artikel 7 van het voorontwerp. Artikel 145 van de Nieuwe Gemeentewet bepaalt dat de gemeenten de bezoldigingsregeling van de secretaris en de ontvanger niet mogen vaststellen. Het gaat namelijk om personeelsleden van de gemeente wier bezoldiging vastgesteld wordt bij de Nieuwe Gemeentewet. Wat de bezoldigingsregeling van die personeelsleden betreft, legt die wet (artikelen 28 en 65) de gemeenten op de weddeschaal vast te stellen met inachtneming van de in deze wet bepaalde minimum- en maximumgrenzen. Indien het de bedoeling van de regering is de gemeenten de mogelijkheid te bieden af te wijken van de artikelen 28 en 65 wanneer ze de voorwaarden voor de aanwerving van de ontvanger en de secretaris bij mandaat vaststellen, moeten zij daartoe uitdrukkelijk gemachtigd worden.

De toepassing in de tijd, ten slotte, van de omzetting van het huidige statuut van secretaris en ontvanger benoemd onder de voorwaarden bepaald overeenkomstig artikel 145, naar een mandatenstelsel is niet volledig geregeld. In het voorontwerp wordt niet bepaald dat de toewijzing van de ambten van secretaris en van ontvanger bij mandaat pas na de pensionering of na het ontslag van de thans benoemde personeelsleden kan worden ingevoerd; er staat ook niet in dat het mandatenstelsel vroeger ingevoerd kan worden. Indien dat de bedoeling is, moet de overgang worden geregeld.

Bijzondere opmerkingen

Dispositief

Artikel 3

Artikel 3 van het voorontwerp strekt ertoe aan artikel 26*bis* van de Nieuwe Gemeentewet een paragraaf 4 toe te voegen die luidt als volgt :

> "Ten minste na iedere goedkeuring van het driejarig plan bedoeld in artikel 242*bis*, sluit de gemeentesecretaris mede namens het directiecomité, een afsprakennota met het college over de wijze waarop hij en de overige leden van het directiecomité, de gemeenteraad en het college samenwerken om de beleidsdoelstellingen te realiseren, en over de omgangsvormen tussen bestuur en administratie.
>
> In deze afsprakennota wordt bepaald op welke wijze de secretaris de bevoegdheden uitoefent die aan hem werden gedelegeerd."

De vraag rijst wat de strekking is van de "afsprakennota" waarin aldus is voorzien. En of deze bindend en afdwingbaar is? Zo ja, ten aanzien van welke perso(o)n(en) of welke overheid/overheden?

De Raad van State vraagt zich ook af of het werkelijk de bedoeling is van de steller van het voorontwerp dat de gemeentesecretaris die "nota" "namens het directiecomité" kan afsluiten, en daardoor de gemeenteontvanger kan binden die deel uitmaakt van dat comité.

De gemachtigde van de regering heeft, toen hem die vraag is gesteld, het volgende geantwoord :

> "La «note d'intention» de l'article 26*bis*, § 4 n'a ni force obligatoire, ni effet contraignant, elle doit être considérée comme une déclaration type «déclaration gouvernementale» entre l'administratif et le politique. L'utilité de cette note est de fixer ensemble les objectifs à atteindre pour une période de trois ans. C'est, en effet, le secrétaire communal qui rédige cette note mais en sa qualité de représentant du Conseil de direction."

Het zou beter zijn de ontworpen tekst en de artikelsgewijze toelichting zo te herzien dat die bedoeling van de steller van het voorontwerp duidelijk wordt weergegeven.

Artikel 5

Artikel 5, 2/, van de ontworpen ordonnantie wil paragraaf 3 van artikel 53 van de Nieuwe Gemeentewet zo wijzigen dat hij luidt als volgt :

"Onder voorbehoud van artikel 136, § 2, staat de plaatselijke ontvanger onder het gezag van het college van burgemeester en schepenen."

In de artikelsgewijze bespreking wordt die wijziging als volgt gerechtvaardigd :

"Onder 2/ wordt artikel 53, § 3, aangepast aan de toenemende bevoegdheden van de ontvanger. Tot nu toe belastte artikel 136 [van de Nieuwe Gemeentewet] hem slechts uitdrukkelijk met één enkele uitdrukkelijke opdracht, namelijk de ontvangsten van de gemeente te innen en de betaalbaar gestelde uitgaven te doen. In de uitoefening van deze opdracht handelt hij onder eigen verantwoordelijkheid en derhalve onder het enige gezag van het college.

Voortaan laat artikel 136, § 2, aan het college toe de ontvanger met andere opdrachten te belasten. Er wordt voorzien dat dergelijke opdrachten onder het gezag van de secretaris worden uitgeoefend, zodat laatstgenoemde (lees: de ontvanger) in het raam van deze opdrachten niet meer onder het rechtstreekse gezag van het college handelt."

De voorliggende bepaling heeft slechts zin in de mate aangegeven in de bespreking van dat artikel, namelijk in het geval dat het ontworpen artikel 136, § 2, van de Nieuwe Gemeentewet de plaatselijke ontvanger daadwerkelijk onder het gezag van de gemeentesecretaris wil plaatsen.

Wat dat betreft is het inderdaad de bedoeling van artikel 28 van het voorontwerp aan artikel 136 van de Nieuwe Gemeentewet een paragraaf 2 toe te voegen, op grond waarvan het college de gemeenteontvanger opdrachten kan toevertrouwen die verband houden met zijn andere bevoegdheden, dat wil zeggen andere dan die vastgesteld in paragraaf 1 van hetzelfde artikel. In tegenstelling echter tot wat in de toelichting bij artikel 5 van het voorontwerp staat, is bepaald dat "(i)n het raam van deze opdrachten (...) de ontvanger onder het gezag van het college (staat)" - en niet onder het gezag van de gemeentesecretaris.

In de toelichting bij het ontworpen artikel 136, § 2, wordt bevestigd dat het de bedoeling is de ontvanger onder het gezag van het college te plaatsen en niet onder het gezag van de gemeentesecretaris.

Uit de uitleg die de gemachtigde van de regering heeft verstrekt toen hem daarover vragen zijn gesteld, blijkt dat het de bedoeling is de ontvanger in alle gevallen onder het gezag van het college te plaatsen, en niet onder het gezag van de gemeentesecretaris.

In het dispositief van artikel 5 van het voorontwerp moeten bijgevolg de woorden "onder voorbehoud van artikel 136, § 2" worden geschrapt, en de artikelsgewijze bespreking moet dienovereenkomstig worden herzien.

Artikelen 7 en 9

De ontworpen artikelen 69 en 70 regelen de evaluatie van de gemeentesecretaris en de gemeenteontvanger, ongeacht of deze aangewezen zijn bij mandaat dan wel benoemd overeenkomstig artikel 145 van de Nieuwe Gemeentewet.

In de beide gevallen beschikt de betrokkene over de mogelijkheid om een "beroep tot nietigverklaring" in te stellen bij de Brusselse Regering.

Dat beroep moet onderzocht worden met inachtneming van artikel 162, tweede lid, 6/, van de Grondwet, dat bepaalt dat ten aanzien van de plaatselijke overheden het optreden van de toezichthoudende overheid wordt georganiseerd om te beletten dat de wet wordt geschonden of het algemeen belang geschaad.

Ten aanzien van dat vereiste rijst de vraag of het toezicht uitgeoefend door de regering als gevolg van het beroep tot nietigverklaring waarin de ontworpen artikelen 69 en 70 voorzien, beperkt zal zijn tot een wettigheidscontrole, dan wel ook een toetsing aan het algemeen belang zal inhouden.

Zo ook rijst de vraag of het beroep waarin aldus wordt voorzien, al dan niet het toezicht uitsluit geregeld bij de ordonnantie van 14 mei 1998 houdende regeling van het administratief toezicht op de gemeenten van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest, inzonderheid het algemeen schorsings- en vernietigingstoezicht.

Uit de uitleg die daarover door de gemachtigde van de regering is verstrekt, blijkt dat het hier georganiseerde beroep tot nietigverklaring een gewoon administratief beroep is en zal inhouden dat de Regering opnieuw alle aspecten van de beslissing bekijkt. Bovendien heeft de gemachtigde van de regering uiteengezet dat de Regering niet belet zal worden haar gewone toezicht uit te oefenen door de gemeenteraad te vragen haar zijn besluit over te zenden.

Gelet op die uitleg rijst enerzijds de vraag of aan de regering geen herzieningsbevoegdheid moet worden toegekend in plaats van een gewone vernietigingsbevoegdheid.

Anderzijds moet de wetgever uitdrukkelijk regels vaststellen om ervoor te zorgen dat het beroep dat hij invoert afgestemd is op de regels van het algemeen toezicht.

Artikel 9

In de ontworpen paragraaf 5 zou, om iedere dubbelzinnigheid te voorkomen, uitdrukkelijk bepaald moeten worden - indien zulks de bedoeling is van de steller van het voorontwerp - dat het betrokken personeelslid alleen de toekomstige tweejaarlijkse verhogingen kan verliezen, en niet die welke hij reeds geniet.

Artikelen 22 en 24

Zoals deze bepalingen zijn gesteld, verplichten ze de voorzitter van de raad voor maatschappelijk welzijn ertoe - met raadgevende stem - zitting te hebben in de gemeenteraad wanneer hij daarvan geen lid is, en in de vergaderingen van het college van burgemeester en schepenen.

Door die bepalingen goed te keuren zou de Brusselse ordonnantiegever dus verplichtingen opleggen aan een overheid die niet onder de bevoegdheid valt van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest, maar onder de bevoegdheid van een andere wetgever, namelijk, wat de hier bedoelde maatregel betreft, die van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie, wat onmogelijk is.

De hier beoogde maatregel vereist dan ook dat een samenwerkingsakkoord wordt afgesloten tussen het Brussels Hoofdstedelijk Gewest en de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie [(1)].

Artikel 25

1. Luidens artikel 190 van de Grondwet moet bij de wet worden bepaald in welke vorm wetten, besluiten en verordeningen van algemeen, provinciaal of gemeentelijk bestuur moeten worden bekendgemaakt opdat ze verbindend worden. De wetgever - in het onderhavige geval de ordonnantiegever - behoort dus zelf te bepalen in welke vorm de akten genoemd in artikel 112 van de Nieuwe Gemeentewet moeten worden bekendgemaakt [(2)].

In het licht van artikel 190 van de Grondwet geeft het ontworpen artikel 112 aanleiding tot de volgende opmerkingen.

2. In de eerste plaats blijkt uit het ontworpen eerste en tweede lid dat de reglementen en ordonnanties van de gemeenteraad, van het college van burgemeester en schepenen en van de burgemeester worden bekendgemaakt door middel van een aanplakbrief en door een publicatie op de website van de gemeente, welke beide vormen van bekendmaking dezelfde vermeldingen dienen te bevatten.

De vraag rijst op welke datum de handelingen in kwestie verbindend worden als beide voormelde vormen van bekendmaking niet gelijktijdig plaatsvinden.

---

(1) Zie, *mutatis mutandis*, in verband met een soortgelijke problematiek betreffende het Waals Gewest en de Duitstalige Gemeenschap, advies 38.567/4, uitgebracht op 11 juli 2005, over een voorontwerp dat geleid heeft tot het decreet van het Waals Gewest van 8 december 2005 houdende wijziging van sommige bepalingen van het Wetboek van de plaatselijke democratie en de decentralisatie (Ged. St., Parl. wall., 2004-2005, nr. 204/1, blz. 38-40), en advies 38.568/4, uitgebracht op 11 juli 2005, over een voorontwerp dat geleid heeft tot het decreet van het Waals Gewest van 8 december 2005 tot wijziging van de organieke wet van 8 juli 1976 betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn (Gedr. St., Parl. wall. 2004-2005, nr. 205/1, blz. 18).

(2) Zie in dit verband advies 34.410/2, gegeven op 5 februari 2003 over een voorontwerp dat geleid heeft tot de ordonnantie van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest van 17 juli 2003 tot wijziging van de Nieuwe Gemeentewet (Gedr. St., BHR, 2002-2003, nr. A-430/1, blz. 20).

.../...

In dit verband dient aandacht te worden geschonken aan artikel 114 van de Nieuwe Gemeentewet, welke bepaling niet gewijzigd wordt bij de ontworpen tekst en die, zoals die in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest geldt, als volgt luidt :

> "De reglementen en verordeningen bedoeld in artikel 112 zijn verbindend de vijfde dag volgend op de dag van bekendmaking door aanplakbrief, behalve wanneer zij het anders bepalen.
>
> De bekendmaking en de datum van bekendmaking van deze reglementen en verordeningen moeten blijken uit de aantekening in een speciaal daartoe gehouden register op de bij besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering bepaalde wijze."

Uit dat artikel 114, eerste lid, volgt dat het uitblijven van de bekendmaking, via internet, van de handeling bedoeld in artikel 112 geen gevolgen zal hebben voor het verbindend karakter ervan en dat bijgevolg, ingeval de dag van bekendmaking door aanplakbrief niet samenvalt met de dag van bekendmaking via internet, alleen met de dag van bekendmaking door aanplakbrief rekening zal moeten worden gehouden.

Deze oplossing vormt een toereikend antwoord op de vraag die hiervoren gesteld is.

Om voor rechtszekerheid te zorgen, zou evenwel uitdrukkelijk moeten worden bepaald dat het verbindend karakter afhangt van een enkele vorm van bekendmaking, namelijk de bekendmaking door aanplakbrief, zodat de bekendmaking via internet alleen ten overvloede geschiedt en daarbij hoe dan ook moet worden verwezen naar de bekendmaking door aanplakbrief.

3. In het licht van het legaliteitsbeginsel vervat in artikel 190 van de Grondwet, kan het ontworpen artikel 112, derde lid, waarin wordt bepaald dat de burgemeester de rechtshandelingen bedoeld in het eerste lid via de pers kan bekendmaken, alleen worden aanvaard als vaststaat dat deze derde vorm van bekendmaking, die in elk geval van een beslissing van de burgemeester zal afhangen, geen enkel gevolg heeft of kan hebben voor het ogenblik waarop de handeling in kwestie verbindend wordt.

Zulks volgt uit artikel 114, eerste lid, van de Nieuwe Gemeentewet, welke bepaling niet gewijzigd wordt bij de ontworpen tekst.

Teneinde soortgelijke gevaren van rechtsonzekerheid als die waarvan hiervoren sprake was te voorkomen, verdient het evenwel aanbeveling uitdrukkelijk te bepalen dat als een bekendmaking via de pers plaatsvindt, daarbij moet worden verwezen naar de bekendmaking door aanplakbrief.

4. De ontworpen bepaling behoort in die zin gepreciseerd te worden.

Artikel 33

De reikwijdte van het ontworpen artikel 251*bis* is niet duidelijk; ze zou beter omschreven moeten worden, op zijn minst in de memorie van toelichting.

Artikel 34

1. Het ontworpen artikel 251*ter*, § 1, strekt ertoe het college in staat te stellen het budgethouderschap te delegeren aan de gemeentesecretaris voor aangelegenheden die behoren tot het dagelijks bestuur, met dien verstande dat het ook aan het college staat om te bepalen wat onder "dagelijks bestuur" begrepen moet worden.

Paragraaf 2 van die bepaling, zijnerzijds, strekt ertoe andere delegaties van het college toe te staan, hetzij aan de gemeentesecretaris, hetzij, na advies van de gemeentesecretaris, aan bepaalde personeelsleden en zulks voor specifieke begrotingen met betrekking tot projecten in aangelegenheden die in voorkomend geval het dagelijks bestuur kunnen overstijgen.

De regeling inzake delegaties waarin de onderzochte bepaling voorziet, steunt dus op het onderscheid tussen aangelegenheden die onder het "dagelijks bestuur" vallen en die welke daar niet onder vallen.

De dagelijkse beoordeling van hetgeen onder het dagelijks bestuur valt, vereist niet dat het college gemachtigd wordt dat begrip te definiëren.

De ontworpen tekst zou bijvoorbeeld zelf een definitie kunnen geven van de aangelegenheden die onder het dagelijks bestuur vallen of, als de wetgever daarvan geen nadere omschrijving wenst te geven, zou hij dat begrip kunnen gebruiken zonder het college te machtigen het zelf te definiëren. In dit laatste geval zou dat begrip in zijn gebruikelijke betekenis moeten worden opgevat, zoals die inzonderheid blijkt uit de rechtspraak.

2. In het ontworpen artikel 251*ter*, § 1, laatste lid, wordt bepaald dat de personeelsleden persoonlijk verantwoordelijk zijn voor de uitvoering van het aan hen gedelegeerde budgethouderschap.

Het begrip persoonlijke verantwoordelijkheid dient preciezer omschreven te worden en er moet worden aangegeven in welke gevallen die verantwoordelijkheid wordt gedragen [(3)].

Deze opmerking geldt eveneens voor het ontworpen artikel 251*ter*, § 2, tweede lid.

Artikel 37

De onderzochte bepaling strekt ertoe in de Nieuwe Gemeentewet een als volgt luidend artikel 258*bis* in te voegen :

> "Art. 258*bis*. De gemeenteraad kan een deel van de begroting van uitgaven aanwenden aan projecten die voorgesteld worden door wijkcomités of door burgerinitiatieven.
>
> De gemeenteraad bepaalt onder welke voorwaarden een wijkcomité of een burgerinitiatief als voldoende gedragen voor een wijk of voor de bevolking kan beschouwd worden.
>
> Onverminderd artikel 136 bepaalt hij de wijze waarop het betrokken wijkcomité of burgerinitiatief het budget dient te beheren, en belast een personeelslid met het toezicht op de wijze waarop dit (budget) beheerd wordt."

De reikwijdte van deze bepaling blijkt niet duidelijk.

---

(3) Zie bijvoorbeeld de persoonlijke verantwoordelijkheid van de gemeenteontvanger.

Meer in het bijzonder rijst de vraag in welk opzicht de regeling die daarbij wordt ingesteld verschilt van de toekenning van subsidies door de gemeente, zoals die inzonderheid geregeld is bij de wet van 14 november 1983 betreffende de controle op de toekenning en op de aanwending van sommige toelagen.

Naar aanleiding van een vraag in dat verband heeft de gemachtigde van de regering het volgende uiteengezet :

> "Ici une partie du budget de la commune sera spécifiquement affectée à ce type d'initiatives, ce qui n'est pas le cas actuellement. Contrairement aux subsides, ici même un comité de quartier peut bénéficier, alors qu'il n'est pas forcément constitué sous forme d'asbl. Enfin une fois que l'association (ou le comité de quartier) a reçu un budget déterminé à gérer, c'est elle qui décide ce qu'elle en fait, comment elle le répartit, pour quels types de projets, etc. Dans le cas d'un subside, celui-ci doit servir à des projets bien définis au départ."

Daaruit volgt een regeling waarbij de beslissingen betreffende het gebruik van de financiële middelen van de gemeente en de aanwending ervan als uitgave niet door de gemeenteoverheid zelf zullen worden genomen maar door particulieren verenigd in "wijkcomités" of in "burgerinitiatieven".

Een dergelijke regeling is onbestaanbaar met artikel 162, tweede lid, 2/, van de Grondwet, waarin staat dat de bevoegdheid voor alles wat van gemeentelijk belang is aan de gemeenteraad is opgedragen.

Bovendien kan voor een dergelijke regeling niet gesteund worden op artikel 41, tweede tot vierde lid, van de Grondwet, betreffende de binnengemeentelijke

organen, aangezien die bepalingen betrekking hebben op totaal andere gevallen en daarbij voorwaarden worden opgelegd waaraan in casu geenszins voldaan is [(4)].

Gelet op het fundamentele bezwaar waartoe de onderzochte bepaling aanleiding geeft, zal ze niet nader worden onderzocht [(5)].

[(4)] Er zij aan herinnerd dat artikel 41 van de Grondwet als volgt luidt :

"De uitsluitend gemeentelijke of provinciale belangen worden door de gemeenteraden of de provincieraden geregeld volgens de beginselen bij de Grondwet vastgesteld.
De in artikel 134 bedoelde regel stelt de bevoegdheden, de werkingsregels en de wijze van verkiezing vast van de binnengemeentelijke territoriale organen die aangelegenheden van gemeentelijk belang kunnen regelen.
Die binnengemeentelijke territoriale organen worden opgericht in gemeenten met meer dan 100.000 inwoners op initiatief van hun gemeenteraad. Hun leden worden rechtstreeks verkozen. Ter uitvoering van een wet, aangenomen met de in artikel 4, laatste lid, bepaalde meerderheid, regelt het decreet of de in artikel 134 bedoelde regel de overige voorwaarden waaronder en de wijze waarop dergelijke binnengemeentelijke territoriale organen kunnen worden opgericht. Dat decreet en die in artikel 134 bedoelde regel moeten worden aangenomen met een meerderheid van twee derden van de uitgebrachte stemmen, op voorwaarde dat de meerderheid van de leden van het betrokken Parlement aanwezig is.
Over de aangelegenheden van gemeentelijk of provinciaal belang kan in de betrokken gemeente of provincie een volksraadpleging worden gehouden. De in artikel 134 bedoelde regel regelt de nadere uitwerking en de organisatie van de volksraadpleging".

[(5)] Het Vlaams Gewest heeft op 15 juli 2005 een decreet aangenomen met als opschrift "Gemeentedecreet". Artikel 159, § 4, van dat decreet stemt overeen met het ontworpen artikel 258*bis*. De Raad van State heeft zich destijds niet uitgesproken over het ontwerp van de bepaling die tot het voormelde artikel 159, § 4, heeft geleid. Die bepaling kwam immers niet voor in het voorontwerp van decreet waarover op 26 april 2005 advies 38.240/3 is uitgebracht (Gedr. St., Vlaams Parlement, 2004-2005, nr. 347/1, blz. 249 en volgende). Die bepaling vloeit voort uit een amendement waarover het advies van de afdeling Wetgeving van de Raad van State niet is ingewonnen (amendement nr. 76, Gedr. St., Vlaams Parlement, 2004-2005, nr. 347/2, blz. 31).

De kamer was samengesteld uit

de Heren	Y.	KREINS,	kamervoorzitter,
	J.	VANHAEVERBEEK,	staatsraden,
	M.	PÂQUES,	
Mevrouw	A.-C.	VAN GEERSDAELE,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door Mevr. A. VAGMAN, auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst werd nagezien onder toezicht van de H. R. ANDERSEN, eerste voorzitter van de Raad van State.

DE GRIFFIER, DE VOORZITTER,

A.-C. VAN GEERSDAELE Y. KREINS