

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 47.357/4
DU 25 NOVEMBRE 2009

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, quatrième chambre, saisi par le Ministre des Pouvoirs locaux et de la Ville de la Région wallonne, le 27 octobre 2009, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de décret "portant transposition de la directive 2006/111/CE de la Commission du 16 novembre 2006 relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques ainsi qu'à la transparence financière dans certaines entreprises (version codifiée)", 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.

Portée de l'avant-projet

L'avant-projet de décret tend à transposer partiellement la directive 2006/111/CE de la Commission du 16 novembre 2006 relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques ainsi qu'à la transparence financière dans certaines entreprises (ci-après la "directive 2006/111/CE").

Comme il ressort du préambule et de l'article 10 de cette directive, celle-ci a codifié la directive 80/723/CEE de la Commission du 25 juin 1980 relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques ainsi qu'à la transparence financière dans certaines entreprises (ci-après la "directive 80/723/CEE"), laquelle a été modifiée par les directives 85/413/CEE, 93/84/CEE, 2000/52/CE et 2005/81/CE.

La directive 80/723/CEE, telle que modifiée par les directives 85/413/CEE et 93/84/CEE a imposé certaines obligations aux États membres afin d'assurer la transparence des relations financières entre les pouvoirs publics et les entreprises publiques.

Les directives 2000/52/CE et 2005/81/CE ont élargi le champ d'application de la directive 80/723/CEE aux entreprises titulaires de droits spéciaux ou exclusifs ou chargées de la gestion d'un service d'intérêt économique général, lesquelles sont soumises à l'obligation de tenir des comptes séparés.

.../...

Le 6 novembre 2007, la Commission européenne a adressé une mise en demeure concernant la non-transposition de la directive 2005/81/CE, laquelle a pour seul objet d'étendre la définition de la notion d'"entreprise soumise à l'obligation de tenir des comptes séparés".

Un avis motivé a été rendu par la Commission européenne le 25 juin 2009.

Pour donner suite à cette mise en demeure, l'avant-projet de décret se limite à prévoir des modifications au Code de la démocratie locale et de la décentralisation en ce qui concerne seulement les régies communales autonomes, les régies provinciales autonomes, les intercommunales et les associations de projet.

Observations générales

1. L'exposé des motifs doit être complété par la présentation d'un tableau de correspondance entre le texte de l'avant-projet de décret et celui des dispositions pertinentes de la directive 2006/111/CE, ainsi que d'un tableau établissant une correspondance en sens inverse, afin que le Parlement puisse se prononcer en connaissance de cause sur le choix des moyens mis en oeuvre par l'auteur de l'avant-projet pour assurer la transposition de ces dispositions de la directive et afin d'éviter que l'exercice du droit d'amendement inscrit dans l'article 39 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles ne dépasse les limites du pouvoir d'appréciation laissé aux États membres par le droit européen.

Pareils tableaux permettent également d'expliquer pourquoi certaines dispositions de la directive 2006/111/CE ne sont pas transposées, par exemple parce que leur objet tombe en dehors des compétences de la Région wallonne, qu'il n'est pas pertinent au regard de ces compétences ⁽¹⁾, que ces dispositions concernent une faculté optionnelle non mise en oeuvre par la Région wallonne, que la disposition de la directive n'est pas de celles qui appellent une transposition ⁽²⁾ ou pour tout autre motif admissible.

⁽¹⁾ Voir par exemple l'article 5, paragraphe 1, littéras b), c) et d), de la directive 2006/111/CE.

⁽²⁾ Voir par exemple les articles 7 et 9 de cette directive.

Il eût été souhaitable de communiquer ces tableaux à la section de législation du Conseil d'État en vue de l'examen de l'avant-projet de décret auquel elle a procédé pour l'établissement du présent avis ⁽³⁾. À défaut, il n'est pas certain qu'un examen exhaustif des questions relatives à l'exacte transposition de la directive précitée ait pu être mené.

C'est sous cette réserve que les observations suivantes sont formulées.

2.1. Lors de la transposition de la directive, mieux vaudrait, dans le droit interne, rester aussi proche que possible de la terminologie de la directive afin d'éviter d'attribuer en droit interne un contenu différent aux notions figurant dans la directive.

L'article 1^{er} de l'avant-projet de décret emploie une terminologie différente de celle de la directive ("subventions publiques" au lieu de "ressources publiques").

Un tel procédé ne favorise pas une transposition uniforme de la directive en droit interne et est, en outre, de nature à susciter des doutes concernant la question de savoir si, de ce fait, la directive a bien été transposée correctement.

Par ailleurs, la notion de "subventions publiques" a un contenu plus limité que celui de "ressources publiques" et ne couvre notamment pas l'ensemble des "relations financières" qui font l'objet de l'article 3 de la directive 2006/111/CE que le projet ne transpose pas davantage.

2.2. L'article 2 de l'avant-projet procède par renvoi à certaines dispositions de la directive 2006/111/CE.

Une telle référence à des dispositions d'une directive, lorsqu'elle vise à les rendre applicables dans le droit interne sans en reproduire le contenu, est à déconseiller car cette technique présente le risque de ne pas suffire à y garantir leur transposition effective.

⁽³⁾ Voir *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, 2008, recommandations n^{os} 191 à 193, www.conseildetat.be, onglet "Technique législative".

En outre, certaines notions utilisées par les articles 1^{er} et 2 de l'avant-projet de décret sont définies par la directive ("pouvoirs publics", "droits spéciaux", "droits exclusifs"), lesquelles doivent, dès lors, également être reproduites dans le texte en projet.

2.3. L'avant-projet de décret ne transpose pas les articles 4 et 6 de la directive 2006/111/CE, lesquels apportent des précisions indispensables quant à l'obligation de transparence visée à l'article 1^{er}, paragraphe 2, de cette directive ⁽⁴⁾ et quant à la durée de conservation des documents comptables.

Rien ne s'oppose à ce que le législateur délègue expressément la transposition de certaines dispositions de la directive au Gouvernement ⁽⁵⁾ ni à ce que le pouvoir exécutif fixe des règles relatives à la tenue de la comptabilité. Le cas échéant, il y a lieu de prévoir une habilitation expresse dans les articles 1^{er} et 2 de l'avant-projet de décret pour transposer ces dispositions par arrêté.

⁽⁴⁾ Voir dans le même sens, l'avis 33.375/4, donné le 14 mai 2002, sur un avant-projet devenu le décret du 19 décembre 2002 modifiant le décret du 14 juillet 1997 portant statut de la RTBF (*Doc. parl.*, Parl. Comm. fr., 2002-2003, n/ 344/1).

⁽⁵⁾ Voir *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, 2008, recommandation n/ 190, www.conseildetat.be, onglet "Technique législative".

Observations particulières

Dispositif

Article 1^{er} (nouveau)

Les dispositions adoptées par les États membres doivent contenir une référence à la directive ou être accompagnées d'une telle référence lors de leur publication officielle ⁽⁶⁾. Pour les textes de nature législative, il est préférable de consacrer un article du dispositif à cette référence ⁽⁷⁾.

L'article 1^{er} (nouveau) sera rédigé comme suit :

"Le présent décret transpose partiellement la directive 2006/111/CE de la Commission du 16 novembre 2006 relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques ainsi qu'à la transparence financière dans certaines entreprises".

Article 1^{er}

1. Quant au champ d'application de la directive 2006/111/CE, il y a lieu de rappeler que, selon l'article 2, littéra b), de la directive, l'on entend par :

"«entreprise publique»" : toute entreprise sur laquelle les pouvoirs publics peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent.

L'influence dominante des pouvoirs publics sur l'entreprise est présumée lorsque, directement ou indirectement, ceux-ci :

- i) détiennent la majorité du capital souscrit de l'entreprise;
- ou

⁽⁶⁾ Voir l'article 2, alinéa 2, de la directive 93/84/CEE, l'article 2, alinéa 3, de la directive 2000/52/CE et l'article 2, alinéa 2, de la directive 2005/81/CE.

⁽⁷⁾ Voir *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, 2008, recommandations n^{os} 94 à 94.2, www.conseildetat.be, onglet "Technique législative".

- ii) disposent de la majorité des voix attachées aux parts émises par l'entreprise;
ou
- iii) peuvent désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance de l'entreprise."

Dans son arrêt du 16 juin 1987, la Cour de justice des Communautés européennes a considéré ⁽⁸⁾ :

"5. Aux termes de l'article 2 de la directive 80/723, on entend par pouvoirs publics «l'État, ainsi que d'autres collectivités territoriales», et par entreprise publique «toute entreprise sur laquelle les pouvoirs publics peuvent exercer, directement ou indirectement, une influence dominante du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent».

6. Il y a lieu de constater, ainsi qu'il a été dit par la Cour dans son arrêt du 6 juillet 1982 (République française, République italienne et Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord/Commission, affaires jointes 188 à 1980/80, Rec. p. 2545), que l'objectif essentiel de la directive 80/723 est de promouvoir l'application efficace, aux entreprises publiques, des dispositions des articles 92 et 93 du Traité concernant les aides étatiques. Ainsi qu'il ressort des considérants de la directive, la complexité des relations des pouvoirs publics nationaux avec les entreprises publiques est de nature à entraver l'exécution par la Commission de son devoir de surveillance de telle sorte qu'une application efficace et équitable des règles du Traité CEE concernant les aides ne peut se faire que pour autant que ces relations financières soient rendues transparentes. En particulier, le sixième considérant prévoit que, en matière d'entreprises publiques, cette transparence doit permettre de distinguer clairement entre le rôle de l'État en tant que pouvoir public et en tant que propriétaire.

7. La distinction prévue par le sixième considérant procède de la reconnaissance du fait que l'État peut agir soit en exerçant l'autorité publique, soit en exerçant des activités économiques de caractère industriel ou commercial consistant à offrir des biens et des services sur le marché. Afin de pouvoir opérer une telle distinction, il est donc nécessaire, dans chaque cas, d'examiner les activités exercées par l'État, et de déterminer à quelle catégorie ces activités appartiennent.

8. Il y a lieu d'observer qu'à cette fin il n'importe pas que l'État exerce lesdites activités économiques par le moyen d'une entité distincte sur laquelle il peut exercer, directement ou indirectement, une influence dominante selon les critères énumérés à l'article 2 de la directive ou qu'il exerce les activités directement par le moyen d'un organe faisant partie de l'administration de l'État. En effet, dans ce dernier cas, le fait que l'organe est intégré dans l'administration de l'État implique, par hypothèse, l'exercice d'une influence dominante au sens dudit article 2. En pareil cas, les relations financières peuvent être encore plus complexes

⁽⁸⁾ C.J.C.E., 16 juin 1987 (Commission des Communautés européennes c. République italienne), C-118/85, Rec. 1987, p. 2599.

et la transparence voulue par la directive devient, dès lors, encore plus nécessaire.
(...)

9. (...)

10. (...) L'objectif de la directive 80/723 tel qu'indiqué ci-dessus serait mis en cause si son application dépendait de la question de savoir si des organes d'État possèdent ou non une personnalité juridique distincte de celle de l'État. En effet, suivant la forme juridique choisie par les États membres, les activités économiques de caractère industriel ou commercial de certains organes d'État seraient visées par la directive, alors que celles d'autres organes ne le seraient pas. En outre, l'application de la directive en ce qui concerne la même activité différerait d'un État membre à un autre, en fonction de la forme juridique que chaque État membre attribue aux entreprises publiques exerçant une telle activité.

11. À cet égard, il y a lieu de rappeler, ainsi que la Cour l'a constamment souligné dans sa jurisprudence, que le recours à des dispositions de l'ordre juridique interne pour limiter la portée des dispositions de droit communautaire aurait pour effet de porter atteinte à l'unité et à l'efficacité de ce droit et ne saurait dès lors être admis. Par conséquent, l'existence ou non d'une personnalité juridique distincte de celle de l'État, attribuée par le droit national, est sans pertinence pour décider si un organe peut être considéré comme une entreprise publique au sens de la directive.

12. (...)

13. Il y a lieu d'observer (...) que le fait qu'un organe exerçant des activités économiques de caractère industriel ou commercial soit intégré dans l'administration de l'État avec lequel il se confond dans une même personne juridique n'empêche pas l'existence des relations financières entre l'État et cet organe. En effet, par le moyen d'allocations de fonds budgétaires, l'État dispose, par définition, du pouvoir d'exercer une influence sur la gestion économique de l'entreprise, permettant de compenser des pertes d'exploitation et de mettre à la disposition de l'entreprise de nouveaux fonds, et peut ainsi permettre à celle-ci de poursuivre une exploitation en dehors des règles d'une gestion commerciale normale, situation que la directive a justement pour objectif de rendre apparente."

Il suit de ce qui précède que la notion d'"entreprise publique" doit être interprétée d'une manière large et qu'elle ne vise pas seulement celles qui disposent d'une personnalité juridique distincte de la commune ou de la province (régies communales autonomes, régies provinciales autonomes, intercommunales et associations de projet) mais également celles qui sont dépourvues de la personnalité juridique (régies communales ordinaires et régies provinciales).

L'avant-projet de décret doit être complété par une disposition qui vise aussi le cas des régies communales ordinaires et des régies provinciales.

2. À l'article 1^{er}, 3), de l'avant-projet, (article L 1512-7 en projet), il convient de lire "les intercommunales et les associations de projet".

Article 2

1. La section de législation ne voit pas pourquoi cette disposition qui vise la situation de personnes morales titulaires de droits spéciaux ou exclusifs ou chargés d'un intérêt économique général et qui exercent en outre d'autres activités, ne vise que les intercommunales et les associations de projet à l'exclusion des autres institutions prévues par le Code de la démocratie locale et de la décentralisation.

Selon l'exposé des motifs :

"(...) Les régies communales autonomes et des régies provinciales autonomes ne sont pas visées par cet article, dans la mesure où elles sont créées pour exercer des activités à caractère industriel ou commercial, selon les termes des articles L1231-4 et L2223-4 du CDLD".

Or la circonstance que ces institutions sont destinées à exercer des activités à caractère industriel ou commercial n'exclut pas qu'elles soient chargées de la gestion d'un service d'intérêt économique général au sens de l'article 86, paragraphe 2, CE et exercent, en outre, d'autres activités et tombent, par conséquent, dans le champ d'application de la directive 2006/111/CE.

2. Selon l'article 2, littéra d), de la directive 2006/111/CE, toute entreprise titulaire de droits spéciaux ou exclusifs accordés par un État membre, ou qui est chargée de la gestion d'un service d'intérêt économique général et reçoit une compensation de service public sous quelque forme que ce soit en relation avec ce service, et qui exerce d'autres activités, est soumise à l'obligation de tenir des comptes séparés.

Il revient à la Région wallonne, au titre de ses compétences en matière de pouvoirs locaux, conformément à l'article 6, § 1^{er}, XIII, 8/, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, de régler la situation de toutes les institutions ⁽⁹⁾ qui

⁽⁹⁾ Voir l'observation n/ 1 ci-dessus.

tombent dans ce champ d'application du Code de la démocratie locale et de la décentralisation et qui deviendraient titulaires de droits spéciaux ou exclusifs accordés par des "pouvoirs publics" tels que définis à l'article 2, littéra a), de la directive.

Il serait dès lors préférable de remplacer les mots "la Région wallonne, une province ou une commune" par les mots "des pouvoirs publics".

3. Il convient de remplacer les mots "dispositions légales" par les mots "dispositions légales et réglementaires" ⁽¹⁰⁾.

4. En outre, il faut insérer le mot "ou" entre les mots "une province ou une commune" et "qui sont chargées".

⁽¹⁰⁾ Voir l'observation générale n/ 2.3.

La chambre était composée de

Messieurs	P. LIÉNARDY,	président de chambre,
	J. JAUMOTTE,	conseillers d'État,
	L. DETROUX,	
Madame	C. GIGOT,	greffier.

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

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

C. GIGOT

P. LIÉNARDY