

LC

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 47.550/4
DU 20 JANVIER 2010

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, quatrième chambre, saisi par le Ministre-Président du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale, le 7 décembre 2009, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours prorogé jusqu'au 20 janvier 2010 ^(*), sur un avant-projet d'ordonnance "relative à la gouvernance dans l'exécution des mandats publics régionaux", a donné l'avis suivant :

^(*) Par courriel du 18 décembre 2009.

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 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, le projet appelle les observations ci-après.

Observation générale

Selon son intitulé, l'avant-projet d'ordonnance contient des règles de gouvernance liées à "l'exécution des mandats publics régionaux".

À plusieurs reprises, le texte en projet utilise les notions de "mandataire public" ¹ ou de "mandat(s) public(s)" ² sans les définir.

Dans certains cas, il paraît ressortir du contexte dans lequel ces notions sont utilisées que le "mandat public" entend désigner aussi bien un mandat d'"administrateur public régional" au sens de l'article 2, 2/, qu'un "mandat" de "gestionnaire public" au sens de l'article 2, 3/, ou qu'un "mandat dérivé" au sens de l'article 2, 6/; la notion de "mandataire public" viserait alors toute personne titulaire d'au moins un de ces mandats. Dans d'autres hypothèses, la portée de la notion utilisée est incertaine ³.

Pour plus de clarté, les notions de mandat public et de mandataire public, qui sont centrales dans l'avant-projet, doivent être définies par son article 2 si elles ont une

⁽¹⁾ Voir l'article 2, 6/.

⁽²⁾ Voir les articles 3, alinéa 2, 2/, et alinéa 3, et 10.

⁽³⁾ Voir l'observation 1 sous l'article 3.

acception identique dans l'ensemble de l'avant-projet. Si tel n'est pas le cas, leur portée sera précisée chaque fois que l'avant-projet les utilise ⁴.

Observations particulières

Arrêté de présentation

Dans le préambule d'un arrêté de présentation, la mention de l'avis de la section de législation est inutile.

Cet alinéa sera omis ⁵.

Dispositif

Article 2

1. D'après le 1/, l'"organisme public régional", qui détermine le champ d'application de l'avant-projet, est défini comme étant :

"toute personne morale de droit public ou privé relevant directement ou indirectement de la Région de Bruxelles-Capitale, de son contrôle ou de sa tutelle."

Le commentaire de l'article précise à cet égard que :

"La notion d'organisme public régional renvoie à la définition utilisée à l'article 2 de l'ordonnance du 12 janvier 2006 relative à la transparence des rémunérations et avantages des mandataires publics bruxellois. Les formes des organismes publics bruxellois créés à ce jour, sont à ce point variées et diverses

⁽⁴⁾ Sur les notions de mandat d'administrateur et de mandat public, voir l'avis 44.072/4, donné le 3 mars 2008, sur une proposition devenue le décret du 6 novembre 2008 visant à interdire aux mandataires publics d'exercer tout mandat public par le biais d'une société interposée (*Doc. parl.*, Parl. wall., 2007-2008, n/ 724/2, pp. 1-6).

⁽⁵⁾ Voir *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.raadvst-consetat.be, onglet "Technique législative", recommandation n/ 227 et formule F 6.

qu'elles requièrent d'établir une définition permettant d'englober la totalité des cas existants."⁶

La définition qui est ainsi donnée de l'organisme public régional est totalement imprécise : elle ne permet dès lors pas de déterminer quels sont les organismes visés par l'avant-projet. À suivre strictement cette définition, toute personne morale établie en Région de Bruxelles-Capitale aurait presque vocation à être concernée par l'avant-projet puisque, eu égard à l'importance et à la variété des compétences qui sont exercées par la Région de Bruxelles-Capitale sur le territoire de la région bilingue de Bruxelles-Capitale, il est peu de personnes morales, même de droit privé, qui, à un titre ou à un autre, ne relèvent pas au moins indirectement de la "Région de Bruxelles-Capitale, de son contrôle ou de sa tutelle".

Il ne semble cependant pas que l'intention serait d'inclure des personnes morales de droit privé dans le périmètre d'application de l'avant-projet d'ordonnance, sauf éventuellement dans la mesure où ces personnes morales de droit privé auraient été constituées à l'initiative de personnes morales de droit public⁷. En effet, il ressort de la définition donnée de l'"administrateur public régional" à l'article 2, 2/, de l'avant-projet

(6) L'ordonnance du 12 janvier 2006 relative à la transparence des rémunérations et avantages des mandataires publics bruxellois, qui définit l'"organisme public" comme "toute personne morale de droit public ou privé relevant directement ou indirectement de la Région de Bruxelles-Capitale, de son contrôle ou de sa tutelle" n'a pas été soumise à la consultation de la section de législation du Conseil d'État.

(7) La question se poserait en ce cas de savoir si un seuil de participation publique est requis pour considérer qu'une personne morale de droit privé est un "organisme public régional" au sens de la disposition examinée.

qu'un "organisme public régional" au sens de l'avant-projet peut difficilement être une personne morale de droit privé à l'objet social de laquelle ne serait pas au moins associée partiellement une (ou plusieurs) personne morale de droit public ⁸.

Quoi qu'il en soit, si "les formes des organismes publics bruxellois [...] sont à ce point variées et diverses" qu'elles rendraient difficiles l'établissement d'une définition générique qui permettrait d'englober tous les organismes que l'auteur de l'ordonnance a en vue, il lui revient alors d'énumérer les "organismes publics régionaux" qui seront concernés par l'avant-projet d'ordonnance ⁹.

À défaut d'agir de la sorte, la sécurité juridique sera gravement compromise puisque le champ d'application de l'avant-projet d'ordonnance restera incertain.

Que l'option qui sera finalement retenue soit donc celle d'une définition générique des organismes soumis à l'application de l'avant-projet d'ordonnance ou celle d'une énumération de ceux-ci, le 1/ devra être fondamentalement revu.

2. Selon le commentaire de l'article 2, les commissaires du Gouvernement sont "des administrateurs publics régionaux au sens de la présente ordonnance" et "le régime prévu pour ces derniers leur est dès lors applicable".

Il ne résulte d'aucune disposition du texte en projet que tel est le cas.

En cette qualité, un commissaire du Gouvernement n'est en effet pas membre d'un organe de gestion.

(8) Selon l'article 2, 2/, de l'avant-projet, n'est en effet envisagée que la situation d'organismes dans lesquels le gouvernement dispose d'un pouvoir de désigner une personne pour siéger dans son "organe de gestion". Or, le gouvernement ne bénéficie normalement pas d'un tel pouvoir vis-à-vis d'une personne morale de droit privé soumise à un contrôle indirect de la Région de Bruxelles-Capitale, par exemple pour le motif qu'une telle personne purement privée recevrait des subventions.

(9) C'est d'ailleurs l'option qui a été retenue par le décret de la Région wallonne du 12 février 2004 relatif au statut de l'administrateur public dont l'ordonnance en projet paraît par ailleurs s'inspirer grandement (voir l'article 3 de ce décret).

Si telle est l'intention de l'auteur de l'avant-projet, le texte doit être revu.

3. Au 2/, b), second tiret, il doit, semble-t-il, être fait référence à la personne morale "visée au 1/" et non à la personne morale "visée à l'article 3".

4. Au 4/, la définition de l' "organe de gestion" reproduit une définition qui figure déjà à l'article 2, 3/, du décret de la Région wallonne du 12 février 2004 relatif au statut de l'administrateur public. Dans l'avis 35.323/2 qu'il a donné le 26 mai 2003 sur ce décret, alors au stade d'avant-projet, le Conseil d'État a émis l'observation suivante, qui reste d'actualité :

"Au 3/, la définition d'«organe de gestion» est imprécise, dans la mesure où elle ne permet pas d'identifier l'organe dont il est question lorsque «tous les pouvoirs nécessaires à la réalisation des missions ou de l'objet social de l'organisme» sont partagés entre plusieurs organes.

Mieux vaut omettre cette définition et se référer à la notion d'organisme dans le reste du texte. Il apparaît en effet inutile dans les dispositions qui y renvoient d'identifier l'organe compétent pour agir au nom de l'organisme. Cette identification devrait en effet résulter des dispositions légales ou statutaires qui instituent les différents organismes auxquels le projet serait applicable."

5. La définition du "Ministre de tutelle" au 5/ est inutile compte tenu de l'observation formulée sous l'article 12 de l'avant-projet.

6. La notion de "mandat dérivé" définie au 6/ n'est pas claire : le Conseil d'État n'aperçoit d'abord pas ce qu'est un "mandataire public" au sens de cette définition¹⁰; ensuite, le Conseil d'État n'aperçoit pas non plus ce qu'est précisément une fonction "confiée en raison de son mandat originaire"; le Conseil d'État n'aperçoit enfin pas quelles sont les hypothèses visées par les mots "soit de toute autre manière". Cette définition sera donc réécrite afin de mieux circonscrire son contenu et son champ d'application.

⁽¹⁰⁾ Voir l'observation générale.

Articles 3 et 4

Dans le commentaire de l'article 4, il est précisé que "le mandat dérivé est un mandat exercé à titre gratuit".

Cela ne se vérifie pas à la lecture des articles 3 et 4 de l'avant-projet, desquels il résulte seulement que le mandat dérivé est exercé "à titre gratuit" lorsque celui qui l'exerce est par ailleurs déjà titulaire de trois mandats d'administrateur public régional, lesquels paraissent être par hypothèse toujours des mandats rémunérés. Par contre, si le titulaire de moins de trois mandats d'administrateur public régional exerce un ou des mandats dérivés, il ne se déduit pas des articles 3 et 4 de l'avant-projet qu'il devrait les exercer à titre gratuit. Les articles 3 et 4 paraissent, au contraire, lui permettre d'exercer des mandats dérivés contre rémunération tant que, ce faisant, il ne perçoit pas plus de trois rémunérations liées à l'exercice de l'ensemble des mandats originaux ou dérivés qu'il détient.

L'auteur de l'avant-projet veillera, dès lors, à dissiper toute discordance entre le texte de l'avant-projet et son commentaire sur la question évoquée dans la présente observation.

Article 3

L'hypothèse visée à l'alinéa 2, 2/, n'est pas claire. Ici aussi, et comme cela est expliqué dans l'observation générale, il conviendrait de mieux préciser ce qui est entendu par "mandat public" pour l'application de cette disposition.

Ni la disposition ni son commentaire ne définissent exactement de quelle fonction il s'agit et ne permettent, par conséquent, pas de connaître le champ d'application exact de cette règle.

Par ailleurs, le Conseil d'État se demande quel est le sens des mots "directe ou indirecte". En effet, une relation statutaire a une nature juridique propre qui n'est qualifiable ni de directe ni d'indirecte.

.../...

Article 4

À l'alinéa 2, il ne paraît pas utile d'envisager les hypothèses qui figurent aux 1/ et 2/ car, dans ces deux cas, l'administrateur public régional n'aura perçu aucune rémunération pour l'exercice du mandat dérivé de telle sorte qu'il n'y aura place pour aucune "rétrocession". Quant à l'hypothèse visée par le 3/, elle n'ajoute rien à ce que prévoit déjà l'alinéa 1^{er} *in fine*.

L'alinéa 2 peut donc être omis.

Article 5

1. Au 1/, les mots "la personne pressentie pour le poste" devraient être remplacés par les mots "le candidat" qui sont utilisés dans la suite de l'article.

2. Au 2/, la section de législation se demande si l'auteur du projet n'a pas omis les mots "que le candidat dispose des compétences professionnelles, de l'expérience utile, notamment dans les domaines d'activités de l'organisme public régional" ¹¹.

Article 7

Dans l'avis 35.323/2 précité, le Conseil d'État a émis l'observation suivante sur une disposition rédigée en des termes identiques :

"La notion de personne sympathisante est trop vague, et doit dès lors être omise.

⁽¹¹⁾ Comparer avec l'article 4, § 1^{er}, alinéa 2, 2/, du décret du 12 février 2004 précité.

Il peut également être conseillé à l'auteur de l'avant-projet de s'inspirer, sur cette question, de l'article 9, § 1^{er}, 8/, du décret du 17 juillet 2002 portant réforme de l'Office de la Naissance et de l'Enfance, en abrégé O.N.E.¹².

L'attention de l'auteur de l'avant-projet est toutefois attirée sur les précautions particulières dont il convient de s'entourer avant d'écarter une candidature au motif que l'intéressé professerait des idées qui ne sont pas conformes aux principes démocratiques les plus établis¹³.

Article 8

1. Il ne peut être exclu que les ordonnances qui créent plusieurs des organismes visés par l'avant-projet prévoient déjà une procédure de remplacement des membres de leur organe de gestion. Si de telles dispositions prévoient que le remplaçant exerce le mandat jusqu'à son terme initial, elles devront être modifiées expressément afin d'intégrer la notion de suspension du mandat introduite par l'article 8, § 2. Il en irait alors de même pour les statuts des organismes visés qui, eux aussi, devront être modifiés afin d'assurer leur conformité à la disposition de l'avant-projet. Il conviendrait en cette hypothèse que l'avant-projet détermine, dans une disposition transitoire, le délai laissé aux

(12) *Note 13 de l'avis cité* : Voir aussi l'observation formulée dans l'avis 33.693/4, donné le 26 juin 2002 (Doc. parl., Parl. Comm. fr., session 2001-2002, n/ 307/1). Voir également l'avis 33.757/2, donné le 30 octobre 2002, sur un projet d'arrêté du Gouvernement de la Communauté française "portant le code de déontologie des membres du personnel des services du Gouvernement de la Communauté française et de certains Organismes d'intérêt public" et l'avis 33.745/4, donné le 30 octobre 2002 sur un avant-projet de décret cadre du Conseil de la Communauté française "relatif à la reconnaissance et au subventionnement du secteur professionnel des Arts de la Scène".

(13) Voir, à ce sujet, l'observation 4 sous l'article 2 dans l'avis 43.685/4, donné le 12 mars 2008, sur un avant-projet devenu le décret du 6 novembre 2008 portant rationalisation de la fonction consultative (*Doc. Parl.*, Région wallonne, 2007-2008, n/ 820/1, pp. 16 à 26); voir aussi l'observation générale III dans l'avis 45.996/4, donné le 4 mars 2009, sur un avant-projet devenu le décret du 30 avril 2009 instituant une procédure de reconnaissance des librairies de qualité, et les nombreuses références citées dans cette observation (*Doc. Parl.*, Communauté française, 2008-2009, n/ 678/1, pp. 10-25).

organismes concernés pour mettre leurs statuts en conformité avec le prescrit de l'article 8, § 2¹⁴.

2. Au paragraphe 4, le commentaire de l'article n'explique pas les raisons pour lesquelles l'incompatibilité concernée est établie. Le Conseil d'État n'est donc pas en mesure de vérifier s'il est bien justifié, au regard de celles-ci, que l'incompatibilité ne soit pas étendue également à l'ensemble des membres des cabinets concernés ou à certains autres d'entre-eux.

En outre, le renvoi à l'article 2, 3/ doit être remplacé par un renvoi à l'article 2, 4/.

3. Au paragraphe 5¹⁵, comme régler les incompatibilités dans la fonction publique est une matière qui relève de la compétence du Gouvernement, il faudrait prévoir que la fonction de Président d'un organe de gestion est incompatible avec telle ou telle fonction administrative et non que telle ou telle fonction administrative est incompatible avec la fonction de Président d'un organe de gestion.

La même observation vaut pour le paragraphe 6.

Article 9

Au paragraphe 1^{er}, 7/, le mot "qui" doit être omis.

⁽¹⁴⁾ Dans le même sens, voir *mutatis mutandis* l'observation formulée sous l'article 8 dans l'avis 35.323/2 précité.

⁽¹⁵⁾ Il est question de "fonction dirigeante".

Article 10

1. L'avant-projet d'ordonnance ne définit pas la notion de "mandats publics" qu'elle utilise à l'article 10 ¹⁶. Cette lacune sera comblée.

2. En raison de l'utilisation des mots "des indices sérieux de violation des dispositions de la présente ordonnance", l'article examiné pourrait être compris comme limitant la possibilité de recourir à la procédure de la suspension provisoire dans le seul cas qui est visé à l'article 9, § 1^{er}, 7/, lequel porte sur la violation des dispositions de l'ordonnance. Or, on comprendrait mal que la procédure de suspension provisoire puisse être applicable à cette seule hypothèse sans l'être aussi aux autres hypothèses visées à l'article 9, § 1^{er}, dans lesquelles l'administrateur public régional peut être révoqué.

Mieux vaut renvoyer à l'article 9, § 1^{er}.

Article 12

Il convient de ne faire référence qu'au Gouvernement auquel il revient, conformément aux articles 68 et 69 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles ¹⁷, d'organiser son fonctionnement et de prévoir les délégations qu'il juge opportunes.

⁽¹⁶⁾ Voir l'observation générale.

⁽¹⁷⁾ Ces articles sont rendus applicables à la Région de Bruxelles-Capitale par l'article 36 de la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux institutions bruxelloises.

Article 15

Comme les règles de déontologie dont il est question dans cet article et à l'article 9, § 1^{er}, 6/, de l'avant-projet ont trait à la manière dont un administrateur public régional doit exercer sa mission au sein d'organismes d'intérêt public, c'est à l'ordonnance qu'il appartient de fixer ces règles déontologiques, du moins dans leurs principes essentiels, en raison de l'article 9 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles ¹⁸.

⁽¹⁸⁾ Cet article est rendu applicable à la Région de Bruxelles-Capitale par l'article 4 de la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux institutions bruxelloises.

La chambre était composée de

Messieurs	P. LIÉNARDY,	président de chambre,
	J. JAUMOTTE,	conseillers d'État,
	L. DETROUX,	
	G. DELANNAY,	greffier assumé.

Le rapport a été présenté par M. P. RONVAUX, auditeur.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

G. DELANNAY

P. LIÉNARDY

LC

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 47.550/4
VAN 20 JANUARI 2010

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling Wetgeving, vierde kamer, op 7 december 2009 door de Minister-President van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen verlengd tot 20 januari 2010 ^(*), van advies te dienen over een voorontwerp van ordonnantie "betreffende het bestuur bij de uitoefening van gewestelijke openbare mandaten", heeft het volgende advies gegeven :

^(*) Bij e-mail van 18 december 2009.

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 ontwerp, de bevoegdheid van de steller van de handeling en de te vervullen voorafgaande vormvereisten.

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

Algemene opmerking

Het voorontwerp van ordonnantie bevat volgens zijn opschrift bestuursvoorschriften in verband met "de uitoefening van gewestelijke openbare mandaten".

In de ontworpen tekst wordt op verschillende plaatsen gebruik gemaakt van de begrippen "openbaar mandataris" ¹ en "openbaar mandaat/openbare mandaten" ², terwijl daarvan geen definitie wordt gegeven.

In bepaalde gevallen lijkt uit de context waarin die begrippen gebezigd worden voort te vloeien dat met het begrip "openbaar mandaat" zowel verwezen wordt naar een mandaat van "gewestelijk overheidsbestuurder" in de zin van artikel 2, 2/, als naar een mandaat van "overheidsmanager" in de zin van artikel 2, 3/, of naar een "afgeleid mandaat" in de zin van artikel 2, 6/; het begrip "openbaar mandataris" zou dan verwijzen naar eenieder die op zijn minst een van die mandaten bekleedt. In andere gevallen is onzeker wat onder dat begrip valt ³.

(1) Zie artikel 2, 6/.

(2) Zie artikel 3, tweede lid, 2/, en derde lid, en artikel 10.

(3) Zie opmerking 1 die over artikel 3 wordt gemaakt.

Ter wille van een grotere duidelijkheid dienen de begrippen "openbaar mandaat" en "openbaar mandataris", die in het voorontwerp centrale begrippen zijn, in artikel 2 te worden gedefinieerd als ze in het volledige voorontwerp dezelfde betekenis hebben. Als dat niet het geval is, dient de betekenis ervan te worden aangegeven telkens als ze in het voorontwerp worden gebezigd ⁴.

Bijzondere opmerkingen

Indieningsbesluit

In een indieningsbesluit is de vermelding van het advies van de afdeling Wetgeving overbodig.

Dit lid dient te vervallen ⁵.

Dispositief

Artikel 2

1. Volgens onderdeel 1/ wordt de "gewestelijke overheidsinstelling", die de werkingssfeer van het voorontwerp bepaalt, als volgt gedefinieerd :

"iedere publiek- of privaatrechtelijke rechtspersoon die rechtstreeks of onrechtstreeks deel uitmaakt van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest of onder zijn controle of toezicht staat".

⁽⁴⁾ Voor de begrippen "mandaat van bestuurder" en "openbaar mandaat" wordt verwezen naar advies 44.072/4, dat op 3 maart 2008 is uitgebracht over een voorstel dat geleid heeft tot het decreet van het Waals Gewest van 6 november 2008 waarbij het de openbare mandatarissen verboden wordt elk openbaar mandaat via een maatschappij uit te oefenen (*Parl.St. W.Parl.* 2007-08, nr. 724/2, 1-6).

⁽⁵⁾ Zie *Beginselen van de wetgevingstechniek - Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, www.raadvst-consetat.be, tab "Wetgevingstechniek", aanbeveling nr. 227 en formule F 6.

In de bespreking van dat artikel wordt het volgende aangegeven :

"Het begrip gewestelijke openbare instelling verwijst naar de definitie die gehanteerd wordt in artikel 2 van de ordonnantie van 12 januari 2006 (betreffende) de transparantie van de bezoldigingen en voordelen van de Brusselse openbare mandatarissen. De Brusselse openbare instellingen die tot op heden opgericht zijn, verschillen qua vorm echter zo sterk van elkaar, dat er nood is aan een definitie die alle bestaande gevallen omvat." ⁶

De definitie die aldus van de "gewestelijke overheidsinstelling" gegeven wordt, is volstrekt onnauwkeurig : ze maakt het dan ook niet mogelijk vast te stellen op welke instellingen het voorontwerp betrekking heeft. Als die definitie strikt wordt gevolgd, zou elke in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest gevestigde rechtspersoon bijna onder de toepassing van het voorontwerp kunnen vallen, aangezien er, gelet op het aantal en de verscheidenheid van de bevoegdheden die het Brussels Hoofdstedelijk Gewest op het grondgebied van het tweetalig gebied Brussel-Hoofdstad uitoefent, weinig rechtspersonen, zelfs privaatrechtelijke rechtspersonen, zijn die in een of ander opzicht niet op zijn minst indirect "deel uitmaken van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest of onder zijn controle of toezicht staan".

Blijkbaar is het evenwel niet de bedoeling om privaatrechtelijke rechtspersonen binnen de werkingssfeer van het voorontwerp van ordonnantie te laten vallen, tenzij eventueel voor zover die privaatrechtelijke rechtspersonen op initiatief van publiekrechtelijke rechtspersonen zouden zijn opgericht ⁷. Uit de definitie die in artikel 2, 2/, van het voorontwerp van de "gewestelijke overheidsbestuurder" wordt gegeven, blijkt immers dat een "gewestelijke overheidsinstelling" in de zin van het voorontwerp nauwelijks een privaatrechtelijke rechtspersoon kan zijn bij het doel waarvan één (of

⁽⁶⁾ De ordonnantie van 12 januari 2006 betreffende de transparantie van de bezoldigingen en voordelen van de Brusselse openbare mandatarissen, waarin het begrip "openbare instelling" gedefinieerd wordt als "iedere publiekrechtelijke of privaatrechtelijke rechtspersoon die direct of zijdelings ressorteert onder het Brussels Hoofdstedelijk Gewest of die onder zijn controle of toezicht valt", is niet om advies voorgelegd aan de afdeling Wetgeving van de Raad van State.

⁽⁷⁾ In dat geval zou de vraag rijzen of er een minimaal niveau van overheidsdeelneming vereist is om ervan uit te kunnen gaan dat een privaatrechtelijke rechtspersoon een "gewestelijke overheidsinstelling" is in de zin van de onderzochte bepaling.

meer) publiekrechtelijke rechtspersonen niet op zijn minst indirect betrokken zouden zijn ⁸.

Wat er ook van zij, als "de Brusselse openbare instellingen ... (qua vorm ... zo sterk van elkaar) verschillen", dat het moeilijk zou zijn om een algemene definitie op te stellen die zou kunnen gelden voor alle instellingen die de steller van de ordonnantie op het oog heeft, zou hij een opsomming moeten geven van de "gewestelijke overheidsinstellingen" waarop het voorontwerp van ordonnantie betrekking heeft ⁹.

Als niet op die manier te werk wordt gegaan, zou de rechtszekerheid zwaar in het gedrang komen, aangezien de werkingssfeer van het voorontwerp van ordonnantie in dat geval onzeker zou blijven.

Ongeacht of uiteindelijk wordt gekozen voor de mogelijkheid van een algemene definitie van de instellingen waarop het voorontwerp van ordonnantie van toepassing moet zijn dan wel voor een opsomming van die instellingen, dient onderdeel 1/ dan ook grondig te worden herzien.

2. Volgens de bespreking van artikel 2 zijn de regeringscommissarissen "gewestelijke overheidsbestuurders in de zin van deze ordonnantie" en is "het voor deze laatste geldende stelsel ... daarom op hen van toepassing".

Uit geen enkele bepaling van de ontworpen tekst blijkt dat zulks het geval is.

(8) Volgens artikel 2, 2/, van het voorontwerp wordt immers alleen de situatie beoogd van instellingen ten aanzien waarvan de regering over de bevoegdheid beschikt om een persoon aan te wijzen om in het "bestuursorgaan" ervan zitting te hebben. Normaal gezien beschikt de regering evenwel niet over zo een bevoegdheid ten aanzien van een privaatrechtelijke rechtspersoon waarop het Brussels Hoofdstedelijk Gewest een indirecte controle uitoefent, bijvoorbeeld omdat zo een louter privaatrechtelijke rechtspersoon subsidies zou ontvangen.

(9) Dat is overigens de mogelijkheid waarvoor gekozen is in het decreet van het Waals Gewest van 12 februari 2004 betreffende de overheidsbestuurder, waarop de ontworpen ordonnantie overigens in grote mate lijkt te steunen (zie artikel 3 van dat decreet).

Een regeringscommissaris is in die hoedanigheid immers geen lid van een bestuursorgaan.

Als dat de bedoeling van de steller van het voorontwerp is, dient de tekst te worden herzien.

3. In onderdeel 2/, b), tweede streepje, moet blijkbaar verwezen worden naar de rechtspersoon "bedoeld in onderdeel 1/" in plaats van naar de rechtspersoon "bedoeld in artikel 3".

4. In onderdeel 4/ is de definitie van het "bestuursorgaan" een weergave van een definitie die reeds voorkomt in artikel 2, 3/, van het decreet van het Waals Gewest van 12 februari 2004 betreffende de overheidsbestuurder. In advies 35.323/2, dat de Raad van State op 26 mei 2003 heeft uitgebracht over dat decreet, dat toen nog in de fase van voorontwerp zat, heeft hij de volgende opmerking gemaakt, die ook nu nog actueel is :

"In onderdeel 3/ is de definitie van het «bestuursorgaan» onnauwkeurig doordat daarmee niet kan worden bepaald om welk orgaan het gaat wanneer «alle bevoegdheden die noodzakelijk zijn voor de verwezenlijking van de opdrachten of het maatschappelijk doel van de instelling» over verscheidene organen verdeeld zijn.

Het verdient aanbeveling om die definitie te schrappen en in de rest van de tekst te werken met het begrip instelling. Het blijkt immers nutteloos om in de bepalingen waarin naar de instelling wordt verwezen aan te geven welk orgaan bevoegd is om namens de instelling te handelen. Zulks zou immers moeten blijken uit de wettelijke of statutaire bepalingen waarbij de onderscheiden instellingen zijn opgericht waarop het ontwerp van toepassing zou zijn."

5. In onderdeel 5/ is de definitie van "toezichthoudend Minister" overbodig, gelet op de opmerking die over artikel 12 van het voorontwerp wordt gemaakt.

6. Het begrip "afgeleid mandaat", dat in onderdeel 6/ wordt gedefinieerd, is onduidelijk : ten eerste ziet de Raad van State niet in wat een "openbaar mandataris"

.../...

is in de zin van deze definitie ¹⁰; ten tweede ziet de Raad van State evenmin in wat precies wordt bedoeld met een functie "toevertrouwd omwille van zijn oorspronkelijke mandaat"; ten slotte is het de Raad van State niet duidelijk welke gevallen bedoeld worden met de woorden "hetzij op enige andere wijze". Deze definitie dient dan ook aldus te worden herwerkt dat de inhoud en de werkingssfeer ervan beter omschreven worden.

Artikelen 3 en 4

In de bespreking van artikel 4 wordt aangegeven dat "het afgeleid mandaat ... een mandaat (is) dat kosteloos uitgeoefend wordt".

Dat komt niet tot uiting bij het lezen van de artikelen 3 en 4 van het voorontwerp, waaruit alleen blijkt dat het afgeleid mandaat "kosteloos" wordt uitgeoefend wanneer degene die het uitoefent daarnaast reeds drie mandaten van gewestelijk overheidsbestuurder bezit, welke blijkbaar per definitie steeds bezoldigde mandaten zijn. Als iemand die minder dan drie mandaten van gewestelijk overheidsbestuurder bezit een of meer afgeleide mandaten uitoefent, kan daarentegen uit de artikelen 3 en 4 van het voorontwerp niet worden afgeleid dat hij die kosteloos zou moeten uitoefenen. De artikelen 3 en 4 lijken hem integendeel de mogelijkheid te bieden om afgeleide mandaten tegen bezoldiging uit te oefenen, zolang hij op die manier niet meer dan drie bezoldigingen ontvangt die verband houden met de uitoefening van alle oorspronkelijke of afgeleide mandaten die hij bezit.

De steller van het voorontwerp dient er dan ook voor te zorgen dat elke discrepantie wordt weggewerkt tussen de tekst van het voorontwerp en de bespreking ervan wat betreft de kwestie die in deze opmerking aangekaart is.

⁽¹⁰⁾ Zie de algemene opmerking.

Artikel 3

Welk geval bedoeld wordt in het tweede lid, 2/, is niet duidelijk. Ook hier weer en zoals het in de algemene opmerking is uitgelegd, zou beter moeten worden aangegeven wat voor de toepassing van deze bepaling met "openbaar mandaat" bedoeld wordt.

Noch de bepaling, noch de bespreking ervan definieert exact om welke functie het gaat, zodat het onmogelijk is na te gaan wat de exacte werkingssfeer van deze regel is.

Bovendien vraagt de Raad van State zich af wat de betekenis van de woorden "rechtstreeks of onrechtstreeks" is. Een statutaire arbeidsverhouding heeft immers een eigen juridische aard die noch als rechtstreeks, noch als onrechtstreeks kan worden bestempeld.

Artikel 4

In het tweede lid lijkt het niet nuttig de gevallen aan te geven die in de onderdelen 1/ en 2/ worden vermeld, daar, in beide gevallen, de gewestelijk overheidsbestuurder geen enkele bezoldiging heeft ontvangen voor de uitoefening van een afgeleid mandaat, zodanig dat een "terugbetaling" hier geenszins thuishoort. Wat betreft het geval beoogd in onderdeel 3/, hierbij wordt niets toegevoegd aan het reeds bepaalde in het eerste lid *in fine*.

Het tweede lid mag dus vervallen.

Artikel 5

1. In onderdeel 1/ zouden de woorden "de beoogde persoon voor de betrekking" moeten worden vervangen door de woorden "de kandidaat", die verder in het artikel gebruikt worden.

.../...

2. In onderdeel 2/ vraagt de afdeling Wetgeving zich af of de steller van het ontwerp de woorden "of de kandidaat over de beroepsvaardigheden, de nuttige ervaring, inzonderheid in de activiteitengebieden van de gewestelijke overheidsinstelling, heeft" ¹¹ niet heeft weggelaten.

Artikel 7

In het voormelde advies 35.323/2 heeft de Raad van State de volgende opmerking gemaakt over een bepaling, die gesteld is in gelijksoortige bewoordingen :

"Het begrip «iemand die sympathiseert met» is te vaag en dient dan ook weggelaten te worden.

Voorts kan aan de steller van het voorontwerp de raad worden gegeven om, wat deze kwestie betreft, te steunen op artikel 9, § 1, 8/, van het decreet van 17 juli 2002 houdende hervorming van de «Office de la Naissance et de l'Enfance», afgekort «ONE» ¹²."

De aandacht van de steller van het voorontwerp wordt er evenwel op gevestigd dat alle bijzondere voorzorgsmaatregelen getroffen moeten worden alvorens een

⁽¹¹⁾ Vergelijk met artikel 4, § 1, tweede lid, 2/, van het voormelde decreet van 12 februari 2004.

⁽¹²⁾ Voetnoot 13 van het geciteerde advies : zie ook de opmerking gemaakt in advies 33.693/4, gegeven op 26 juni 2002 (*Parl. St.*, Parl. Franse Gemeenschapschap, zitting 2001/2002, nr. 307/1). Zie eveneens advies 33.757/2, gegeven op 30 oktober 2002, over een ontwerp van besluit van de Franse Gemeenschapsregering "portant le code de déontologie des membres du personnel des services du Gouvernement de la Communauté française et de certains Organismes d'intérêt public" en advies 33.745/4, gegeven op 30 oktober 2002, over een voorontwerp van kaderdecreet van de Franse Gemeenschapsraad "relatif à la reconnaissance et au subventionnement du secteur professionnel des Arts de la Scène".

kandidatuur af te wijzen om reden dat de betrokkene ideeën zou verkondigen die niet stroken met de gevestigde democratische beginselen ¹³.

Artikel 8

1. Het kan niet worden uitgesloten dat de ordonnanties die verschillende van de instellingen waarop het voorontwerp betrekking heeft oprichten, reeds voorzien in een procedure voor de vervanging van de leden van hun bestuursorgaan. Indien zulke bepalingen voorschrijven dat de vervanger het mandaat uitoefent tot de oorspronkelijke einddatum ervan, moeten ze uitdrukkelijk worden gewijzigd om het begrip opschorting (lees : schorsing) van het mandaat, ingevoerd bij artikel 8, § 2, op te nemen. In dat geval zou dit ook gelden voor de statuten van de beoogde instellingen, die ook zullen moeten worden gewijzigd om ervoor te zorgen dat ze met de bepaling van het voorontwerp overeenstemmen. In dat geval zou in een overgangsbepaling van het voorontwerp moeten worden bepaald over welke termijn de betrokken instellingen beschikken om hun statuten in overeenstemming te brengen met het bepaalde in artikel 8, § 2 ¹⁴.

2. In verband met paragraaf 4 wordt in de bespreking van het artikel niet uitgelegd om welke redenen de genoemde onverenigbaarheid wordt ingesteld. De Raad van State kan dus niet nagaan of het in het licht van deze redenen wel gerechtvaardigd is de onverenigbaarheid niet ook uit te breiden tot alle betrokken kabinetsleden of tot sommigen onder hen.

⁽¹³⁾ Zie in dit verband opmerking 4 bij artikel 2 in advies 43.685/4, gegeven op 12 maart 2008, over een voorontwerp dat heeft geleid tot het decreet van 6 november 2008 houdende rationalisatie van de adviesverlenende functie (*Parl. St. Waals Gewest*, 2007-2008, nr. 820/1, 16 tot 26); zie ook opmerking III in advies 45.996/4, gegeven op 4 maart 2009, over een ontwerp dat geleid heeft tot het decreet van 30 april 2009 tot instelling van een erkenningsprocedure voor kwaliteitsboekhandels (*Parl. St. Franse Gemeenschap*, 2008-2009, nr. 678/1, 10-25).

⁽¹⁴⁾ In dezelfde zin zie *mutatis mutandis* de opmerking bij artikel 8 in het voornoemde artikel 35.323/2.

Bovendien moet de verwijzing naar artikel 2, 3/, worden vervangen door een verwijzing naar artikel 2, 4/.

3. Voor paragraaf 5 ¹⁵ geldt dat aangezien het regelen van onverenigbaarheden bij overheidsbetrekkingen een aangelegenheid is die valt onder de bevoegdheid van de regering, zou moeten worden bepaald dat het ambt van voorzitter van een bestuursorgaan onverenigbaar is met deze of gene bestuursfunctie en niet dat deze of gene bestuursfunctie onverenigbaar is met het ambt van voorzitter van een bestuursorgaan.

Dezelfde opmerking geldt voor paragraaf 6.

Artikel 9

In paragraaf 1, 7/, van de Franse tekst moet het woord "qui" vervallen.

Artikel 10

1. Het voorontwerp van ordonnantie geeft geen omschrijving van het begrip "openbaar mandaat" dat het in artikel 10 gebruikt ¹⁶. Deze leemte moet worden weggewerkt.

2. Wegens het gebruik van de woorden "ernstige aanwijzingen dat een persoon die een openbaar mandaat uitoefent de bepalingen van deze ordonnantie schendt" zou het onderzochte artikel aldus kunnen worden begrepen dat het de mogelijkheid beperkt om alleen in het geval beoogd in artikel 9, § 1, 7/, een beroep te doen op de procedure van voorlopige schorsing, welk geval betrekking heeft op schending van de bepalingen van de ordonnantie. Welnu, de procedure van voorlopige schorsing zou

⁽¹⁵⁾ Er is sprake van "leidinggevende functie".

⁽¹⁶⁾ Zie de algemene opmerking.

moeilijk zijn alleen op dit geval van toepassing kunnen zijn, zonder ook toepasselijk te zijn op de andere gevallen beoogd in artikel 9, § 1, waarin de gewestelijke overheidsbestuurder kan worden afgezet.

Het is beter te verwijzen naar artikel 9, § 1.

Artikel 12

Er dient alleen sprake te zijn van de regering, aan wie het overeenkomstig de artikelen 68 en 69 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen ¹⁷, toekomt haar werkwijze te regelen en de delegaties te bepalen die ze passend acht.

Artikel 15

Aangezien de beroepsethische regels waarvan in dit artikel en in artikel 9, § 1, 6/, van het voorontwerp sprake is, betrekking hebben op de wijze waarop een gewestelijk overheidsbestuurder zijn taak binnen instellingen van openbaar nut moet vervullen, moeten deze beroepsethische regels in de ordonnantie worden bepaald, althans wat de essentiële beginselen ervan betreft, vanwege artikel 9 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen ¹⁸.

⁽¹⁷⁾ Deze artikelen zijn op het Brussels Hoofdstedelijk Gewest van toepassing verklaard bij artikel 36 van de bijzondere wet van 12 januari 1989 met betrekking tot de Brusselse instellingen.

⁽¹⁸⁾ Dit artikel is op het Brussels Hoofdstedelijk Gewest van toepassing verklaard bij artikel 4 van de bijzondere wet van 12 januari 1989 met betrekking tot de Brusselse instellingen.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	P. LIÉNARDY,	kamervoorzitter,
	J. JAUMOTTE,	staatsraden,
	L. DETROUX,	
	G. DELANNAY,	toegevoegd griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de H. P. RONVAUX, auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst werd nagezien onder toezicht van de H. P. LIÉNARDY.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

G. DELANNAY

P. LIÉNARDY