

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 48.372/2
DU 30 JUIN 2010

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par le Ministre-Président du Gouvernement de la Communauté française, le 3 juin 2010, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de décret "relatif à la gouvernance dans l'exécution des mandats publics au sein des organismes publics et des entités dérivées de l'autorité publique", 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.

Arrêté de présentation

Un arrêté de présentation d'un projet de décret au Parlement ne comporte que les formules de salutation, de proposition et de présentation. Il n'y a donc pas lieu de viser l'avis du Conseil d'État dans l'arrêté de présentation.

Examen de l'avant-projet

Dispositif

Article 1^{er}

1. Au paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}¹, l'avant-projet remplace la définition de la notion d'"organisme public" qui figure à l'article 1^{er}, 1. (lire : 1/), du décret du 9 janvier 2003 relatif à la transparence, à l'autonomie et au contrôle des organismes publics, des sociétés de bâtiments scolaires et des sociétés de gestion patrimoniale qui dépendent de la Communauté française.

(1) L'article examiné ne doit pas être divisé en paragraphes et ceux-ci ne doivent pas contenir différents alinéas. L'énumération des différentes modifications apportées à l'article 1^{er} du décret du 9 janvier 2003 doit être présentée comme suit : À l'article 1^{er} du décret du ... sont apportées les modifications suivantes :

1/ (...)

2/(...)

3/(...)

La définition en projet étend la définition actuelle de l'organisme public à deux autres types d'organisme, à savoir les sociétés de bâtiments scolaires visées au point 2 (lire : 2/) du même article et les sociétés de gestion patrimoniale visées au point 3. (lire : 3/) du même article.

En ce qui concerne les sociétés de bâtiments scolaires, le Conseil d'État a émis l'observation suivante dans l'avis 33.750/2 qu'elle a donné le 16 septembre 2002 sur l'avant-projet devenu le décret du 9 janvier 2003 :

"Le projet tend à prévoir des règles applicables aux "commissaires du Gouvernement et aux commissaires aux comptes" des six sociétés de droit public d'administration des bâtiments scolaires de l'enseignement organisé par les pouvoirs publics créées par le décret du 5 juillet 1993 portant création de six sociétés de droit public d'administration des bâtiments scolaires de l'enseignement organisé par les pouvoirs publics.

En vertu de l'article 2 du décret (I) du Conseil de la Communauté française relatif au transfert de l'exercice de certaines compétences de la Communauté française à la Région wallonne et à la Commission communautaire française, pris sur la base de l'article 138 de la Constitution, la Région wallonne et la Commission communautaire française, la première sur le territoire de la Région de langue française, la seconde sur le territoire de la Région bilingue de Bruxelles-Capitale, exercent la compétence de créer, financer et contrôler conjointement avec la Communauté française, les organismes publics en question.

Les dispositions relatives, d'une part, au contrôle et à la surveillance de ces sociétés de droit public, et d'autre part, au contrôle de leurs budgets et de leurs comptes, font l'objet respectivement des articles 8 et 9 du décret du 5 juillet 1993, précité.

Ces dispositions ne peuvent être modifiées ou complétées que par la Région wallonne et la Commission communautaire française, chacune pour ce qui la concerne, conjointement avec la Communauté française".

Cette observation reste *mutatis mutandis* applicable.

En ce qui concerne les sociétés de gestion patrimoniale, le Conseil d'État a émis l'observation suivante dans l'avis 33.750/2 précité :

"L'avant-projet tend également à prévoir des règles applicables aux «commissaires du Gouvernement et aux commissaires aux comptes» de la «société de gestion patrimoniale, visée à l'article 20 du décret du 12 juillet 2001 visant à améliorer les conditions matérielles des établissements de l'enseignement fondamental et secondaire (lire : article 20 du décret du 14 juin 2001 relatif au programme de travaux de première nécessité en faveur des bâtiments scolaires de

.../...

l'enseignement fondamental et de l'enseignement secondaire organisés ou subventionnés par la Communauté française».

La «société de gestion patrimoniale» en question est une association sans but lucratif, que les pouvoirs organisateurs de l'enseignement libre subventionné sont tenus de constituer pour bénéficier d'une subvention supérieure à un certain montant fixé par l'article 20 du décret du 14 juin 2001, précité. L'alinéa 4 de cette disposition prévoit que

«...chacune de ces sociétés 'de gestion patrimoniale' est soumise au contrôle d'un commissaire du Gouvernement nommé par le Gouvernement. Celui-ci a pour mission de vérifier l'affectation à un usage scolaire des bâtiments gérés par la société. Toute aliénation d'un bâtiment ayant fait l'objet d'une subvention dans le cadre du programme d'urgence est soumise à son accord».

Ces associations ne sont donc pas constituées par des pouvoirs publics, mais bien par des personnes privées. Si elles sont soumises au contrôle d'un commissaire du gouvernement, c'est exclusivement pour que ce dernier vérifie l'affectation de subventions aux fins pour lesquelles elles ont été octroyées. Il serait contraire aux principes d'égalité et de liberté d'association de soumettre ces associations à l'ensemble des modalités de contrôle applicable aux organismes de droit public".

Ici aussi, cette observation reste *mutatis mutandis* applicable.

2. Au paragraphe 1^{er}, alinéa 2, la définition de l' "administrateur public" qui est donnée par l'article 1^{er}, 4. (lire : 4/), en projet, du décret du 9 janvier 2003 pose les difficultés suivantes :

- 1/) au littera a, second tiret, la Communauté française n'est compétente pour régler la situation des administrateurs publics qui ont été nommés au sein de l'organe de gestion d'un organisme public à l'intervention d'une province ou d'une commune que s'il s'agit d'une hypothèse dans laquelle un décret de la Communauté française prévoit la présence obligatoire d'administrateurs publics représentant une commune ou une province dans l'organe de gestion d'un organisme qui relève exclusivement de la Communauté française; c'est donc en ce sens que la disposition examinée doit être comprise;

2/) il ressort du littera b que l'administrateur de droit de l'organe de gestion d'un organisme public ne peut être administrateur public au sens de la définition en projet; or, il se fait que l'administrateur de droit vise, selon le 5/ non modifié du même article, "toute personne physique (...) désignée par une personne morale de droit public en vertu du décret instituant l'organisme public ou par le décret lui-même"; lors de l'élaboration du décret du 9 janvier 2003, il a été précisé que ce qui distinguait l'administrateur public de l'administrateur de droit était que l'administrateur public était désigné par la Communauté française tandis que l'administrateur de droit l'était par d'autres niveaux de pouvoir ou par d'autres personnes morales de droit public ²; en prévoyant dorénavant que l'administrateur public au sens du littera a peut viser des personnes nommées sur intervention d'une province ou d'une commune tout en prévoyant au littera b que l'administrateur public ne peut être administrateur de droit, la définition en projet rend encore plus insaisissable la différence entre l'administrateur public et l'administrateur de droit.

La définition en projet doit être clarifiée.

3. Au paragraphe 2, 4/ter en projet, la définition de l'"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 ³.

(2) Voir l'avis 33.750/2, précité, spécialement les observations formulées sous les articles 1^{er} et 4.

(3) Voir pour une même observation l'avis 47.550/4, donné le 20 janvier 2010 sur un avant-projet d'ordonnance relative à la gouvernance dans l'exécution des mandats publics régionaux.

Article 2

De la manière dont est rédigé le texte en projet, on n'aperçoit pas si la possibilité d'adjoindre un observateur constitue une faculté pour le Gouvernement ou une obligation si le groupe politique intéressé en fait la demande.

La disposition devrait être précisée.

Article 3

À l'article 10, § 2, alinéa 1^{er}, en projet, du décret du 9 janvier 2003, il devrait être prévu que le Gouvernement "détermine" les montants minimal et maximal entre lesquels la rémunération pourra être fixée par l'organisme. L'utilisation des mots "peut déterminer" n'est en effet pas adéquate puisqu'elle laisse entendre que le Gouvernement ne serait pas tenu de déterminer ces éléments. Or, la matière de la rémunération de l'administrateur public au sein d'un organisme d'intérêt public ne peut être abandonnée à l'appréciation entièrement discrétionnaire de cet organisme.

Article 5

La disposition à l'examen prévoit sur le point qu'elle règle un régime de publicité plus large que celui qui est applicable en vertu du décret du 22 décembre 1994 relatif à la publicité de l'administration puisqu'aucune possibilité de refus de la communication du rapport n'est envisagée, alors que le décret du 22 décembre 1994 autorise un refus de communication lorsque certaines circonstances sont présentes (voir l'article 6 de ce décret). L'auteur de l'avant-projet vérifiera que son intention est bien celle-là.

Article 8

Dans le texte en projet, il faut écrire "10/" et non "7/". Cependant, cette nouvelle incompatibilité paraît déjà couverte par l'incompatibilité actuellement prévue au 5/ du même article.

Article 9

Le commissaire du Gouvernement n'étant pas membre des organes de gestion et comités constitués au sein d'un organisme public, il serait plus exact de rédiger le texte en projet comme le texte actuellement applicable, c'est-à-dire de remplacer les mots "siège de plein droit" par le mot "assiste".

Article 10

Cet article doit être omis, car la rémunération du commissaire du Gouvernement doit être déterminée par décret étant donné qu'elle participe des règles de base en matière de contrôle des personnes morales de droit public avec cette conséquence que l'article 9 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles en réserve le règlement au législateur ⁴.

⁽⁴⁾ Voir par exemple en ce sens l'observation générale A, 2.2, de l'avis 41.869/4, donné le 4 janvier 2007 sur un avant-projet de décret devenu le décret du 15 février 2007 portant création de la société anonyme de droit public "Société de rénovation et d'assainissement des sites industriels (SORASI)" (*Doc. parl.*, Parl. wall., 2006-2007, n/ 534/1, pp. 7-11).

La chambre était composée de

Messieurs	Y. KREINS,	président de chambre,
	P. VANDERNOOT,	conseillers d'État,
Mesdames	M. BAGUET,	
	A. WEYEMBERGH,	assesseurs de la section de législation,
	V. VANNES,	
	B. VIGNERON,	greffier.

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

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

B. VIGNERON

Y. KREINS