

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 49.775/4
DU 11 JUILLET 2011

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 30 mai 2011, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours prorogé de quinze jours, sur un avant-projet d'ordonnance « relative au partenariat public-privé en Région de Bruxelles-Capitale », 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^o, 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.

Formalités préalables

1. Les alinéas 1^{er} et 2 de l'article 7 du Code bruxellois de l'Aménagement du Territoire (ci-après le CoBAT) disposent comme suit :

« II est créé une Commission régionale de développement, ci-après désignée 'la Commission régionale'.

Le Gouvernement sollicite l'avis de la Commission régionale sur les avant-projets d'ordonnance ainsi que sur les projets d'arrêtés relatifs aux matières visées au présent Code ayant une incidence notable sur le développement de la Région. La Commission régionale remet son avis dans les trente jours de la réception de la demande ».

En l'espèce, le texte en projet entend mettre en place un cadre facilitateur pour les partenariats public-privé régionaux et locaux. À ce titre, il soumet ces partenariats à des régimes dérogatoires en termes d'aliénation, de constitution de droits réels sur des biens immeubles – notamment le domaine public – et de procédure d'octroi de permis d'urbanisme et d'environnement ¹. Aussi, cet avant-projet apparaît-il d'une part, comme étant, en tout cas pour une partie importante, relatif à une matière visée par le CoBAT, et d'autre part, comme ayant pour objet de participer au développement de la Région.

¹ Voir les articles 7 à 10, 14 et 15 de l'avant-projet d'ordonnance.

En outre, il s'agit d'un avant-projet d'ordonnance ².

Il y a dès lors lieu de considérer que l'avis de la Commission régionale de développement doit être sollicité sur l'avant-projet à l'examen.

Il n'apparaît pas du dossier communiqué au Conseil d'État que cet avis a été demandé.

L'auteur de l'avant-projet veillera à l'accomplissement de la formalité requise ³.

2. L'article 12 de l'avant-projet à l'examen prévoit que les projets PPP régionaux sont soumis pour la délivrance d'un permis d'environnement aux règles applicables aux permis d'environnement sollicités par une personne de droit public ou relatifs à des travaux d'utilité publique au sens de l'article 14 de l'ordonnance du 5 juin 1997 relative aux permis d'environnement.

L'article 237^{quinquies} en projet, *sub* article 14 de l'avant-projet, et l'article 27^{quinquies} en projet, *sub* article 15 de l'avant-projet, comportent des règles similaires en ce qui concerne les PPP des communes et des intercommunales.

À tout le moins dans la mesure des dispositions précitées, l'avant-projet à l'examen a donc directement trait à la matière de l'environnement.

² Au Parlement de la Région de Bruxelles-Capitale, lors des débats en Commission de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme et de la politique foncière, les déclarations suivantes furent faites au sujet de la notion « d'incidence notable » au sens de l'article 7, alinéa 2, nouveau, du CoBAT :
« Le ministre-président explique qu'il s'agit de soumettre à l'avis de la CRD tout ce qui a une portée réglementaire, puisque tout ce qui est réglementaire peut avoir une incidence notable.
Interprétée de la sorte, la disposition discutée constitue une avancée par rapport au texte ancien.
Pratiquement toutes les ordonnances sont donc visées. Parmi les arrêtés, il ne faut sans doute pas soumettre - c'est un exemple - un arrêté de nomination.
(...)

Le ministre-président répond que c'est la raison pour laquelle l'article en discussion laisse une certaine liberté d'appréciation au Gouvernement en évoquant 'l'incidence notable' » (*Doc. parl.*, Parl. R.B.C., 2007-2008, n° A-527/2, pp. 80-81).

³ Pour une observation en un sens similaire, voir l'avis 47.684/4, donné le 1^{er} février 2010, par la section de législation du Conseil d'État sur un avant-projet d'ordonnance devenu les deux arrêtés du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 30 septembre 2010 portant modification de l'ordonnance du 13 mai 2004 portant ratification du CoBAT.

À cet égard, il y a lieu de rappeler que selon l'article 4, § 2, de l'arrêté de l'Exécutif de la Région de Bruxelles-Capitale du 15 mars 1990 réglant l'Institution, la composition et le fonctionnement du Conseil de l'environnement de la Région de Bruxelles-Capitale,

« Le Conseil donne son avis sur tout projet d'ordonnance et d'arrêté réglementaire en matière d'environnement concernant la Région de Bruxelles-Capitale ».

Il n'apparaît pas du dossier communiqué au Conseil d'État que cet avis a été demandé.

L'auteur de l'avant-projet veillera à l'accomplissement de la formalité requise.

3. S'agissant d'une éventuelle notification de l'article 13 de l'avant-projet à la Commission européenne en application de l'article 108 TFUE, il est renvoyé à l'observation 2 formulée sous cet article.

Observations générales

I. Lacunes et imprécisions de l'ordonnance en projet – principe d'égalité et principe de légalité

I.A. La définition des PPP et le champ d'application de l'ordonnance en projet

1. L'avant-projet à l'examen se donne pour objet d'organiser « un cadre facilitateur » pour la mise en place et la réalisation de partenariats public-privé (ci-après « PPP ») étant entendu, comme le précise l'exposé des motifs, que « la réalisation de PPP est et sera toujours possible en dehors du cadre de la présente ordonnance ».

L'avant-projet entend ainsi faciliter des opérations consistant en des PPP dits « régionaux », des PPP dits « locaux » et des PPP « mixtes ».

Le projet PPP est défini comme étant le « projet réalisé par des parties de droit public et de droit privé, conjointement, et dans le cadre d'un partenariat en vue d'obtenir une valeur ajoutée pour ces parties »⁴.

⁴ Article 2, 1°, de l'avant-projet.

Le « PPP régional » est, pour sa part, le « projet PPP de la Région de Bruxelles-capitale [...] ou des organismes régionaux visés sur une liste arrêtée par le Gouvernement (en abrégé : les organismes régionaux), reconnu par le Gouvernement de la Région, après qu'il ait recueilli l'avis du Centre de compétence pour les partenariats public-privé, comme un projet PPP pouvant bénéficier du cadre facilitateur mis en place par la présente ordonnance » ⁵.

Les avis du Centre de compétence, préalables à la reconnaissance des PPP en qualité de PPP régional, porteront « notamment sur les avantages et les inconvénients, dans le cas d'espèce, du recours à un projet PPP, par rapport à des formes classiques de marché public ou d'association. Ils ne pourront être favorables que si le projet présente une valeur ajoutée pour la partie de droit public » ⁶.

Le « PPP local », est, quant à lui, le « projet PPP des administrations locales », étant entendu que, « Par administration locale, on entend la commune, la régie communale autonome, l'intercommunale, et la personne morale chargée de la gestion du temporel d'un culte reconnu » ⁷.

Pour cette catégorie de PPP, aucune procédure de reconnaissance préalable n'est prévue.

Enfin, le « PPP mixte » est le « projet PPP associant une partie régionale visée au 2° et une administration locale visée au 3° avec une partie de droit privé. Dans cette hypothèse, le projet PPP est considéré comme un projet PPP régional [...] » ⁸.

2. Le cadre facilitateur mis en place par le texte en projet peut-être résumé comme suit.

⁵ Article 2, 2°, de l'avant-projet.

⁶ Article 6 de l'avant-projet.

⁷ Article 2, 3°, de l'avant-projet.

⁸ Article 2, 6°, de l'avant-projet.

2.1. S'agissant des PPP régionaux, le cadre facilitateur comprend essentiellement :

1° pour le Gouvernement, un régime dérogatoire aux articles 100 à 103 de l'ordonnance organique du 23 février 2006 portant les dispositions applicables au budget, à la comptabilité et au contrôle ; ce régime dérogatoire, par hypothèse plus souple que le régime général, permet notamment d'éviter l'intervention du comité d'acquisition en ce qui concerne les opérations immobilières réalisées dans le cadre d'un PPP, et de faire appel à un prestataire de services privé pour l'estimation du bien aliéné ; il permet aussi de constituer des droits réels sur les immeubles appartenant au domaine privé de la Région quelle qu'en soit la valeur, sans notification préalable aux personnes qui possèdent un droit réel sur les parcelles contigües⁹ ;

2° pour les organismes régionaux, la possibilité d'acquérir, dans le cadre de PPP, des biens immeubles, d'aliéner des immeubles appartenant à leur domaine privé et de constituer sur ces biens des droits réels sans autorisation du Gouvernement¹⁰ ;

3° la possibilité, pour le Gouvernement et les organismes régionaux, de constituer, dans le cadre de PPP, des droits réels sur leur domaine public respectif, « pour autant que les droits réels constitués ne soient pas manifestement incompatibles avec la destination de ces biens » et que la constitution de tels droits réels pour une durée supérieure à trente ans fasse l'objet d'une motivation « spécifique »¹¹ ;

4° la possibilité pour le Gouvernement et les organismes régionaux de « créer, dans le cadre de PPP, des établissements, associations et entreprises sur la base du droit privé des sociétés ou des associations, ou prendre une participation dans leur capital »¹² ; s'agissant du Gouvernement, l'avant-projet précise que la création d'un tel établissement, association ou entreprise « ne peut impliquer de transfert de compétence que moyennant l'autorisation du Parlement, par voie d'ordonnance »¹³ ; en ce qui concerne les organismes régionaux, le transfert de compétence est subordonné à « l'autorisation du Gouvernement »¹⁴. Enfin, il est prévu que « Les personnes morales ainsi créées peuvent, moyennant motivation spéciale et

⁹ Article 7 de l'avant-projet.

¹⁰ Article 8 de l'avant-projet.

¹¹ Article 9 de l'avant-projet.

¹² Article 10 de l'avant-projet.

¹³ *Idem*, alinéa 2.

¹⁴ *Idem*, alinéa 3.

détaillée, constituer des droits réels sur les biens immeubles appartenant au domaine public, pour autant que les droits réels constitués ne soient pas manifestement incompatibles avec la destination de ces biens »¹⁵.

5° L'article 11 de l'avant-projet prévoit que

« Nonobstant toute disposition en sens contraire, la circonstance que la partie privée soit titulaire d'un droit de propriété ou d'un autre droit réel sur l'infrastructure concernée par le projet PPP régional ne peut faire obstacle au versement de subsides régionaux ».

6° Quant aux procédures d'octroi des permis d'environnement et d'urbanisme auxquels serait subordonnée la réalisation d'un PPP, ce sont les procédures spécifiques aux permis d'environnement et d'urbanisme sollicités par une personne morale de droit public ou relatifs à des travaux d'utilité publique, qui seront applicables¹⁶.

7° Enfin, « le Gouvernement est autorisé à accorder la garantie de la Région pour les montants dus, dans le cadre d'un projet PPP régional, par les organismes régionaux, dans les limites du montant maximal fixé par ordonnance »¹⁷.

2.2. S'agissant des PPP locaux, le cadre facilitateur comprend, en substance :

1° pour les communes, les régies communales autonomes et leurs filiales, ainsi que les intercommunales, la possibilité de constituer, dans le cadre de PPP, des droits réels sur leur domaine public respectif, « pour autant que les droits réels constitués ne soient pas manifestement incompatibles avec la destination de ces biens » et que la constitution de tels droits réels pour une durée supérieure à trente ans fasse l'objet d'une motivation « spécifique »¹⁸ ;

¹⁵ *Idem*, alinéa 4.

¹⁶ Article 12 de l'avant-projet.

¹⁷ Article 13 de l'avant-projet.

¹⁸ Article 237bis, *sub* 14 de l'avant-projet (communes), article 263sexies, *sub* 14 de l'avant-projet (régies communales autonomes et filiales), article 27bis, *sub* 15 de l'avant-projet (intercommunales).

2° la possibilité pour les communes et les intercommunales de créer, dans le cadre de PPP, des établissements, associations ou entreprises sur la base du droit privé des sociétés ou des associations, ou de prendre une participation dans leur capital ¹⁹.

3° Il est aussi prévu que « Nonobstant toute disposition en sens contraire, la circonstance que la partie privée soit titulaire d'un droit de propriété ou d'un autre droit réel sur l'infrastructure concernée par le projet PPP régional ne peut faire obstacle au versement de subsides » ²⁰.

4° Quant aux procédures d'octroi des permis d'environnement et d'urbanisme auxquels serait subordonnée la réalisation d'un PPP, ce sont les procédures spécifiques aux permis d'environnement et d'urbanisme sollicités par une personne morale de droit public ou relatifs à des travaux d'utilité publique, qui seront applicables ²¹.

5° Enfin, « le Gouvernement est autorisé à accorder la garantie de la Région pour les montants dus, dans le cadre d'un projet PPP local, par la commune/l'intercommunale, dans les limites du montant maximal fixé par ordonnance » ²².

3. Le cadre facilitateur ainsi mis en place est sujet à diverses critiques.

3.1. Tout d'abord, il convient de rappeler que les principes d'égalité et de non-discrimination inscrits notamment aux articles 10 et 11 de la Constitution permettent de soumettre à des traitements différenciés des opérations relevant de catégories différentes.

Le bénéfice d'un traitement différencié est subordonné à diverses conditions.

Ainsi, la jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle est en ce sens que

« Les règles constitutionnelles de l'égalité et de la non-discrimination n'excluent pas qu'une différence de traitement soit établie entre des catégories de personnes, pour autant qu'elle repose sur un critère objectif et qu'elle soit

¹⁹ Article 237ter, sub 14 de l'avant-projet (communes), article 27ter, sub 15 de l'avant-projet (intercommunales).

²⁰ Article 237quater, sub 14 de l'avant-projet (communes), article 27quater, sub 15 de l'avant-projet (intercommunales).

²¹ Article 237quinquies, sub 14 de l'avant-projet (communes), article 27quinquies, sub 15 de l'avant-projet (intercommunales).

²² Article 237sexies, sub 14 de l'avant-projet (communes), article 27sexies, sub 15 de l'avant-projet (intercommunales).

raisonnablement justifiée. L'existence d'une telle justification doit s'apprécier en tenant compte du but et des effets de la mesure critiquée ainsi que de la nature des principes en cause ; le principe d'égalité est violé lorsqu'il est établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé »²³.

Afin de vérifier si ces conditions sont effectivement remplies dans un cas d'espèce, il est indispensable que la catégorie bénéficiant du traitement différencié soit définie avec une précision suffisante. En effet, à défaut d'une telle précision, il devient impossible, entre autres, de vérifier si cette catégorie a été définie sur la base d'un critère objectif et si le traitement différencié dont elle bénéficie est raisonnablement proportionné au but poursuivi.

À cet égard, l'avant-projet est sujet à critique, compte tenu, essentiellement, de la grande imprécision quant à son champ d'application et aux conditions « mises » par le texte en projet au bénéfice des régimes dérogatoires mis en place.

3.1.1. Ainsi, le PPP est, pour rappel, défini comme étant « projet réalisé par des parties de droit public et de droit privé, conjointement, et dans le cadre d'un partenariat en vue d'obtenir une valeur ajoutée pour ces parties »²⁴.

Cette définition est à ce point générale et imprécise qu'elle pourrait être comprise comme recouvrant toute forme d'intervention conjointe ou de coopération, contractuelle, institutionnelle ou autre, entre une « partie de droit public » et une « partie de droit privé ».

Telle ne paraît toutefois pas être l'intention de l'auteur de l'avant-projet puisque celui-ci n'entend pas, semble-t-il, mettre en place un cadre général relatif à toute opération généralement quelconque, mais entend mettre en place un cadre facilitateur pour des projets qui répondraient aux conditions du texte en projet.

²³ C.C., arrêt n° 15/2009 du 5 février 2009, B.9 : Jurisprudence constante, telle que mentionnée dans M.-F. RIGAUX et B. RENAULD, « La Cour constitutionnelle », Extrait du *Répertoire pratique du droit belge, Complément*, tome X, 2007, Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 79.

²⁴ Article 2, 1°, de l'avant-projet.

Ainsi, s'agissant des PPP régionaux ²⁵, ils ne pourront bénéficier du cadre facilitateur qu'à la condition d'être reconnus par le Gouvernement en cette qualité.

À cet égard, force est de constater que le régime de reconnaissance mis en place est extrêmement lacunaire.

Ainsi, si la reconnaissance en tant que PPP régional est certes accordée par le Gouvernement, sur avis préalable du Centre de compétence, il faut toutefois relever ce qui suit :

1° le Gouvernement est habilité à établir la liste des organismes régionaux ²⁶, mais l'avant-projet ne fixe pas les critères à prendre en considération pour ce faire ;

2° le texte en projet ne règle pas la composition du Centre de compétence, ce qui vide en réalité de son sens et de son objet l'obligation de consultation préalable, puisque l'organe dont la consultation est obligatoire n'est, en réalité, pas défini ²⁷ ;

3° le seul véritable critère prévu par le texte en projet qui doit guider l'appréciation du Centre et par conséquent, la reconnaissance de l'opération en tant que PPP régional, est particulièrement flou : en effet, selon l'article 6, alinéa 3, de l'avant-projet, les avis du Centre porteront « notamment sur les avantages et inconvénients, dans le cas d'espèce, du recours à un projet, par rapport à des formes classiques de marché public ou d'association » et ces avis ne pourront être favorables que « si le PPP présente une valeur ajoutée pour la partie de droit public ». Or, quelles sont les formes « classiques » de marché ? Le texte en projet ne le précise pas : s'agit-il de tous les types d'opérations visés par la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics, ou seulement de certaines d'entre elles ? Si l'intention est de considérer que les contrats de promotion de travaux et les concessions de travaux publics ne constituent pas des formes classiques, il convient de le préciser dans le texte. De même, quelles sont les « formes classiques d'association » ? Le texte en projet ne le précise pas non plus. Enfin, quels sont les aspects de l'opération et critères à prendre en considération pour vérifier qu'il y a effectivement une « valeur ajoutée pour la partie de droit public » ? ;

²⁵ Et des PPP mixtes qui sont, pour rappel, soumis au régime des PPP régionaux, en vertu de l'article 2, 6°, de l'avant-projet d'ordonnance.

²⁶ Article 2, 2°, de l'avant-projet.

²⁷ Pour une critique plus complète et spécifique des dispositions de l'avant-projet relatives au « Centre de compétence », il est renvoyé à l'observation générale II ci-après.

4° si l'article 6, alinéa 2, de l'avant-projet d'ordonnance permet au Gouvernement de « conditionner la reconnaissance à une adaptation du projet qui lui est soumis », il n'est pas précisé quelles catégories d'adaptations peuvent être ainsi imposées ni quels sont les critères et/ou limites qui s'imposeraient au Gouvernement dans ce cadre ;

5° pour le surplus, l'article 6, alinéa 4, de l'avant-projet, se borne à habiliter très largement le Gouvernement à préciser « les conditions de cette reconnaissance ».

De tout quoi, il résulte qu'en vérité, fondé sur un avis rendu sur la base de critères extrêmement flous, par un organe dont la composition est indéterminée, le régime de reconnaissance constitue une coquille vide, dont l'objet apparaît comme étant, d'un point de vue législatif, purement formel.

Par ailleurs, et en tout état de cause ce « régime » de reconnaissance n'est mis en place que pour les PPP régionaux, et non pour les PPP locaux, de sorte qu'en réalité, le bénéfice du cadre facilitateur – dont, par exemple, la possibilité pour le Gouvernement d'accorder la garantie de la Région - n'est soumis, pour les PPP locaux, à aucune condition hormis celle, plutôt rhétorique, de consister en un « PPP local »²⁸.

En résumé, à défaut, pour le texte en projet, de définir avec précision son champ d'application *ratione materiae* et *ratione personae*, et de fixer de manière rigoureuse et dénuée d'ambiguïté les conditions auxquelles il entend subordonner l'accès au traitement différencié favorable qu'il met en place, sa conformité avec les articles 10 et 11 de la Constitution ne peut être vérifiée ou établie, notamment le rapport de proportionnalité raisonnable des mesures envisagées avec le but poursuivi.

3.2. À cela s'ajoute que la grande indétermination et l'ambiguïté dont sont entachées la plupart des notions utilisées par l'avant-projet, combinées avec les habilitations souvent très larges qui sont conférées au Gouvernement, aboutissent à méconnaître le principe de légalité dans les matières dans lesquelles la Constitution ou les lois spéciales de réformes institutionnelles imposent que le législateur lui-même définisse les éléments essentiels d'un régime juridique déterminé.

²⁸ Concernant les « PPP locaux », il est seulement prévu que le Gouvernement « peut fixer des dispositions procédurales relatives à l'examen des projets PPP locaux par le Centre de compétence » (article 4, § 2 de l'avant-projet).

Dans ces matières en effet, en ne définissant pas précisément les opérations sur lesquelles il porte, ni les critères à prendre en considération, le texte en projet laisse un pouvoir d'appréciation excessif au Gouvernement, aux organismes régionaux, et aux pouvoirs locaux, sur des aspects essentiels du cadre facilitateur qui relèvent de la seule compétence du législateur.

À cet égard, les indéterminations et ambiguïtés relevées ci-avant posent problème au regard, plus spécialement, de l'article 9 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles (principe de légalité en matière de création de pouvoirs publics décentralisés par les entités fédérées) rendu applicable en Région de Bruxelles-Capitale par l'article 4 de la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux institutions bruxelloises et de l'article 162, alinéa 4, de la Constitution (principe de légalité en matière d'association de communes).

Sur ces deux difficultés, il est renvoyé aux observations générales I.B. et I.C. ci-après.

4. En conclusion, l'avant-projet d'ordonnance doit être revu de sorte qu'il définisse avec plus de précision les notions qu'il emploie, notamment celles de « PPP »²⁹, d'« organismes régionaux », de « formes classiques de marché public et d'association », ainsi que les conditions ou critères auxquels il devra être satisfait pour que les PPP concernés puissent bénéficier des régimes dérogatoires mis en place.

I.B. La création d'établissements, associations et entreprises par le Gouvernement et les organismes régionaux

L'article 10 de l'avant-projet d'ordonnance est ainsi rédigé :

« Le Gouvernement et les organes compétents des organismes régionaux peuvent, dans le cadre de PPP régionaux, créer des établissements, associations et entreprises sur la base du droit privé des sociétés ou des associations, ou prendre une participation dans leur capital.

²⁹ Donner de cette notion une définition plus précise que celle qui figure à l'avant-projet d'ordonnance ne constitue nullement une tâche impossible : voir notamment à ce propos, S. DE KEYSER et B. LOMBAERT, « Droit public/ partenariat privé/public », in *Les 25 marchés émergents du droit*, ouvrage collectif sous la direction de L. MARLIÈRE, Bruylant, Bruxelles, 2006, pp. 538-544, ainsi que le Livre vert de la Commission sur les Partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions du 30 avril 2004, COM (2004) 327 final, cité par ces auteurs.

La création d'un tel établissement, association ou entreprise par le Gouvernement ne peut impliquer de transfert de compétence que moyennant l'autorisation du Parlement, par voie d'ordonnance.

La création d'un tel établissement, association ou entreprise par un organisme régional ne peut impliquer de transfert de compétence que moyennant l'autorisation préalable du Gouvernement. Les autorisations accordées sont communiquées au Parlement dans les trente jours ouvrables de leur adoption.

Les personnes morales ainsi créées peuvent, moyennant motivation spéciale et détaillée, constituer des droits réels sur les biens immeubles appartenant au domaine public, pour autant que les droits réels constitués ne soient pas manifestement incompatibles avec la destination de ces biens ».

Cette disposition doit être examinée au regard de l'article 9 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles qui dispose :

« Dans les matières qui relèvent de leurs compétences, les communautés et les régions peuvent créer des services décentralisés, des établissements et des entreprises, ou prendre des participations en capital.

Le décret peut accorder aux organismes précités la personnalité juridique et leur permettre de prendre des participations en capital. Sans préjudice de l'article 87, § 4, il en règle la création, la composition, la compétence, le fonctionnement et le contrôle. »

Au regard de cette disposition l'article 10 de l'ordonnance en projet appelle plusieurs observations.

1. En tant qu'il autorise le Gouvernement ou les organismes régionaux à prendre des participations dans des sociétés ou associations privées, la disposition à l'examen ne paraît pas, *a priori*, être susceptible de concerner la création de « personnes morales de droit public », c'est-à-dire de personnes morales créées par les gouvernants, placées sous leur haute direction et soumises à un régime spécial destiné à leur permettre d'accomplir une mission de service public³⁰.

³⁰ Il est à noter que la seule circonstance qu'une autorité publique est actionnaire d'une société ou finance ou contribue à financer tout ou partie de ses activités ne suffit pas pour qualifier cette société de personne morale de droit public et, partant, d'organisme d'intérêt public. À l'inverse, la circonstance qu'une personne morale de droit public est créée sous la forme ou selon les modalités prévues par le droit des sociétés ou des associations n'enlève rien à son caractère de « droit public ».

Toutefois, l'alinéa 1^{er} de l'article 10 de l'avant-projet vise d'autres hypothèses et permet d'autres opérations. Ainsi, tel qu'il est rédigé, l'alinéa 1^{er} de la disposition à l'examen n'exclut pas de son champ d'application la création de personnes morales qui, compte tenu de leur composition, de leur contrôle et de leur mission, devraient être qualifiées de « personnes morales de droit public ». Il en va spécialement ainsi des opérations consistant en la « création » d'« établissements » ou d'« entreprises » par le Gouvernement ou les organismes régionaux.

Or, la création d'une personne morale de droit public n'est pas soumise aux mêmes règles que celle d'une personne morale de droit privé, de sorte que les deux hypothèses ainsi concernées ne peuvent être envisagées de la même façon par le législateur.

S'agissant de la création de personnes morales de droit public

Comme la section de législation l'a souvent rappelé, selon la Cour constitutionnelle,

« En indiquant lui-même dans quelles matières la compétence attribuée aux communautés et aux régions par l'alinéa 1^{er} de l'article 9 ne peut être exercée que par décret, c'est-à-dire en réservant certaines compétences aux autorités législatives des communautés et des régions, le législateur spécial a exprimé une exigence qui doit être considérée comme une règle répartitrice de compétences, au sens de l'article 1^{er}, 1^o, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage.

La règle de compétence de l'article 9 précité, aux termes duquel il appartient au législateur décréteil de régler la création, la composition, la compétence, le fonctionnement et le contrôle de ses établissements propres – [...] – oblige le législateur décréteil à fixer les règles de base. Elle ne l'empêche toutefois pas de confier l'affinement de ces règles de base au pouvoir exécutif »³¹.

Il s'en déduit que, lorsque l'intention est de créer une personne morale de droit public, il convient que les règles de base relatives à la création, la composition, la compétence, le fonctionnement et le contrôle de cette personne soient fixées par le législateur

³¹ Voir l'arrêt n° 75/2001 du 31 mai 2001, considérants B.10 et B.11; s'agissant, dans le cadre de l'article 9 de la loi spéciale, de la répartition des compétences entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif, voir aussi l'arrêt n° 39/97 du 14 juillet 1997, considérants B.5.2 à B.5.3.3.

et que ces règles soient telles qu'elles garantissent la nature publique de la personne morale ainsi créée ³².

Manifestement, le texte en projet ne répond pas à ce que prescrit l'article 9 de la loi spéciale du 8 août 1980.

Ainsi, tout d'abord, la définition extrêmement large que l'avant-projet donne des « P.P.P. régionaux » ne permet pas de déterminer, même pour l'essentiel, la « compétence » des sociétés ou associations concernées. Pour le même motif, la circonstance que les opérations envisagées se situent, selon l'article 10 de l'avant-projet, dans le « cadre de PPP régionaux », ne limite que très peu et n'encadre que formellement la « création » des organismes concernés.

Ensuite, l'article 10 de l'avant-projet ne règle pas la « composition » des sociétés ou associations envisagées, de même qu'il n'organise pas les éléments essentiels du « contrôle » exercé sur celles-ci.

Enfin, s'agissant du fonctionnement de ces personnes morales, le renvoi extrêmement général, et par trop imprécis, au « droit privé des sociétés et des associations » ne peut être considéré comme satisfaisant à l'article 9 précité, en ce que cette disposition impose au législateur de régler la création, la composition, la compétence, le fonctionnement et le contrôle des personnes morales de droit public dont il autorise la création.

S'agissant de la création de personnes morales de droit privé

La même difficulté ne se présente pas, lorsqu'il s'agit, pour le Gouvernement ou les organismes régionaux, de participer à la création de personnes morales de droit privé ou de prendre des participations dans le capital de celles-ci.

³² Sur la portée de l'article 9 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, voir notamment l'avis 30.511/4, donné le 13 novembre 2000, par la section de législation sur un avant-projet devenu le décret de la Région wallonne du 7 mars 2001 portant réforme de la Société wallonne des Distributions d'Eau (*Doc. parl.*, Parl. wall., 2000-2001, n° 171/1, p. 32), l'avis 39.442/2/4, donné le 19 décembre 2005, par la section de législation du Conseil d'État sur un avant-projet devenu le décret-programme de la Région wallonne du 23 février 2006 relatif aux actions prioritaires pour l'avenir wallon (*Doc. parl.*, Parl. wall., 2005-2006, n° 296 /1, pp. 37-39, observations relatives à la Société Wallonne de Stimulation Economique (en abrégé « SOWALSTIME ») et l'avis 41.869/4, donné le 4 janvier 2007, sur un avant-projet devenu le décret de la Région wallonne 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).

Ainsi, l'article 9 de la loi spéciale du 8 août 1980 qui ne trouve à s'appliquer que lorsqu'il s'agit de créer une personne morale de droit public, est donc étranger à la création d'une personne morale de droit privé par des pouvoirs publics.

La doctrine récente va même jusqu'à considérer que la participation à la constitution de sociétés ou associations de pur droit privé et la prise de participation dans de telles sociétés participe de la capacité juridique naturelle des personnes morales de droit public, de sorte qu'aucune habilitation du législateur ne serait requise pour de telles opérations ³³.

À suivre ce courant, l'article 10, alinéa 1^{er} de l'ordonnance en projet serait donc inutile et devrait être omis, dans la mesure où il vise à autoriser la participation à la constitution de sociétés ou associations de pur droit privé et la prise de participation dans de telles sociétés. Toutefois, la doctrine restant partagée ³⁴, il est sans doute préférable qu'une disposition législative expresse intervienne aux fins de lever toute ambiguïté sur la capacité du Gouvernement et des organismes régionaux à participer aux opérations précitées.

En conclusion, le texte en projet doit donc être réexaminé en considération des deux hypothèses décrites ci-avant.

2. S'agissant de l'alinéa 2 de l'article 10 de l'avant-projet, il résulte déjà de l'article 9 rappelé ci-avant et du principe de la légalité de la création des personnes morales de droit public, que la création, par le Gouvernement, des établissements, associations ou entreprises concernés ne peut impliquer de transfert de compétence que si ce transfert a été autorisé et organisé par le législateur, et ce, en outre, dans les limites de ce qu'autorisent la Constitution et la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux institutions bruxelloises.

³³ En doctrine, voir notamment, D. DEOM, « Les instruments du droit administratif à l'épreuve des 'partenariats public-privé' (P.P.P.) », in « *Les partenariats public-privé (P.P.P.) : Un défi pour le droit des services publics* », ouvrage collectif sous la direction de B. LOMBAERT, Bibliothèque de droit administratif, La Charte, Bruxelles, 2005, pp. 189 et s. ; S. DE KEYSER et B. LOMBAERT, *op. cit.*, pp. 552-554 ; D. D'HOOGHE, « De mogelijkheid voor openbare besturen om beleidsovereenkomsten te sluiten en deel te nemen aan de oprichting van rechtspersonen », in *Tijdschrift voor gemeenten*, 1995, pp. 75-105. À ce sujet, ainsi qu'à propos de la jurisprudence en sens contraire, voir aussi D'HOOGHE et F. VANDENDRIESSCHE, *Publiek-Private samenwerking*, Die Keure, 2003, pp. 181-186.

S'agissant de la section de législation du Conseil d'État, il convient de rappeler que dans son avis 42.245/2, donné le 28 février 2007, sur un avant-projet devenu la loi du 9 mai 2007 relative à la constitution d'une société commerciale immobilière par l'État, la section de législation a considéré, concernant l'État belge, qu'« Il est inhérent à la personnalité juridique de l'État que celui-ci dispose, sans devoir être spécialement habilité par le législateur, d'une capacité pleine et entière à contracter, laquelle ne trouve naturellement à s'exercer que dans la limite de ses compétences matérielles » (*Doc. parl.*, Chambre, n° 51 2995/001, p. 11).

³⁴ Voir notamment D. DEOM, *op. cit.*, pp. 205-207.

Il n'y a pas lieu de rappeler ce principe fondamental. L'alinéa 2 de la disposition à l'examen sera donc omis.

3. Eu égard au principe de légalité qui résulte de l'article 9 reproduit ci-avant, le texte en projet ne peut habiliter le Gouvernement à autoriser l'organisme régional à créer un établissement, une association ou une entreprise, lorsque cela impliquerait un « transfert de compétence », et ce même si cette autorisation doit être communiquée au Parlement.

L'alinéa 3 de l'article 10 de l'avant-projet sera donc omis.

I.C. La création d'établissements, associations et entreprises par les communes

L'article 237^{ter} en projet de la nouvelle loi communale, *sub* article 14 de l'avant-projet d'ordonnance, est ainsi rédigé :

« Article 237^{ter}. Pour la réalisation de projets PPP locaux au sens de l'ordonnance relative au partenariat public-privé en Région de Bruxelles-Capitale, la commune peut créer des établissements, associations ou entreprises sur la base du droit privé des sociétés ou des associations, ou y prendre une participation pour autant que ceci n'implique pas de transfert de compétence ».

Telle que cette disposition est rédigée, elle a une portée extrêmement large. Ainsi, si, dès lors qu'elle se limite à la réalisation de PPP locaux, elle concerne l'intérêt communal au sens de l'article 41 de la Constitution ³⁵, elle est toutefois susceptible de s'appliquer à plusieurs hypothèses, à savoir la création d'une personne morale de droit privé par la commune seule, par la commune avec des partenaires privés ou publics qui ne sont pas des communes, ou par plusieurs communes ensemble, le cas échéant avec des partenaires autres.

Selon le commentaire de l'article, le but poursuivi par cette disposition serait le suivant :

« L'article 237^{ter} nouveau confère une base légale à la commune pour s'associer directement avec un tiers privé aux fins de constituer une association ou une société d'économie mixte basée sur le droit privé des sociétés, voire de prendre dans une telle société une participation, le cas échéant même minoritaire. L'article 237^{ter}

³⁵ Le texte en projet entend en effet faciliter les PPP locaux et offrir ainsi des conditions plus favorables à la commune qui souhaiterait créer une société, une association, ou y prendre des participations, dans le cadre de la réalisation d'un projet local. L'on se situe donc bien dans le cadre de la gestion du seul intérêt communal.

pose toutefois deux limitations à l'exercice de cette faculté : cette association directe avec un tiers privé doit expressément s'inscrire dans un projet de partenariat public-privé local et ne peut en aucun cas impliquer un transfert de compétence de la commune vers cette entité nouvellement créée.

Cette habilitation créée par le présent projet d'ordonnance constitue une avancée majeure du droit communal puisque la commune ne peut, actuellement, s'associer que dans le cadre très restrictif d'une intercommunale ou par l'intermédiaire de la filiale d'une régie communale autonome. En effet, l'alinéa 4 de l'article 162 de la Constitution prévoit qu'« en exécution d'une loi adoptée à la majorité prévue à l'article 4, dernier alinéa, le décret ou la règle visée à l'article 134 règle les conditions et le mode suivant lesquels plusieurs communes peuvent s'entendre ou s'associer ». Cette disposition constitutionnelle a servi de fondement à l'article 5 de la loi du 22 décembre 1986 sur les intercommunales qui fixe de manière limitative les formes juridiques possibles de cette association. L'article 3 de cette même loi en interdit tout caractère commercial. En d'autres termes, aucune formule autre que celle de l'intercommunale ne permet, selon ces dispositions, à une commune d'entrer dans une association, le cas échéant commerciale, et une commune ne peut entrer dans une société anonyme qui n'entrerait pas dans le moule de la loi organique des intercommunales. Pour cette même raison, une commune ne peut participer à une association momentanée (définie par l'article 175 du titre IX du Code de commerce) dont la caractéristique est l'absence de toute personnalité juridique distincte de celle des associés. Cette forme d'association n'est pas davantage réglée par la loi du 22 décembre 1986. Seul le recours au véhicule que constitue la régie communale autonome et sa possibilité de filialisation en vertu des articles 263*bis* à 263*decies* dans la Nouvelle Loi communale permet actuellement la participation (dès lors indirecte) d'une commune à une société commerciale. La jurisprudence du Conseil d'État est constante en la matière : il ne peut actuellement être question pour une commune d'entrer dans une association qui ne serait pas organisée par la loi du 22 décembre 1986 ou le cas échéant par une loi spécifique : il est à noter que l'article 180 de la loi du 21 décembre 1994 portant des dispositions sociales et diverses (M.B. du 23 décembre 1994) autorisa les communes à prendre des participations directes ou indirectes dans des sociétés de production, de transport et de distribution d'énergie. Cette loi a 'couvert' d'une habilitation légale les communes souhaitant s'associer au secteur de la production d'électricité. La situation est par contre différente pour les centres publics d'action sociale pour lesquels les dispositions de l'article 79 de la loi du 8 juillet 1976 constituent une base légale à certaines formes d'associations (type Chapitre XII) ».

Il résulte des explications ainsi données dans l'exposé des motifs que bien que le texte en projet soit rédigé en des termes très généraux, l'intention est avant tout de permettre à une commune de s'associer directement avec un tiers privé aux fins de constituer une association ou une société d'économie mixte basée sur le droit privé des sociétés, ou de prendre dans une telle société une participation. L'auteur de l'avant-projet est d'avis que, compte tenu des termes de l'article 162, alinéa 4, de la Constitution et de ceux de la loi du

22 décembre 1986 relative aux intercommunales, une intervention du législateur est indispensable pour permettre à la commune d'agir en ce sens.

Sur ce point, il convient toutefois de distinguer plusieurs hypothèses, toutes visées par le texte en projet, tel qu'il est rédigé.

S'agissant de l'opération dans laquelle interviennent plusieurs communes

Est ici visée l'hypothèse de la création, par plusieurs communes, d'une association ou d'une société conformément aux règles du droit privé³⁶, celle de la prise de participation de plusieurs communes à une telle association ou société, et celle de la participation d'une seule commune à une association ou à une société dans laquelle une autre commune est déjà associée.

Dans ces hypothèses, l'opération concernée aura pour effet que plusieurs communes se retrouveront associées au sein d'une même société ou association constituée selon les règles du droit privé, et ce, dans le cadre de projets locaux.

L'article 162, alinéa 4, de la Constitution trouve donc à s'appliquer³⁷.

Cette disposition prévoit :

« En exécution d'une loi adoptée à la majorité prévue à l'article 4, dernier alinéa, le décret ou la règle visée à l'article 134 règle les conditions et le mode suivant lesquels plusieurs provinces ou plusieurs communes peuvent s'entendre ou s'associer. Toutefois, il ne peut être permis à plusieurs conseils provinciaux ou à plusieurs conseils communaux de délibérer en commun ».

³⁶ Avec ou sans partenaires publics ou privés autres que des communes.

³⁷ Voir, en ce sens, les arrêts DRIESSENS et cons., n° 40.314 du 15 septembre 1992, A.S.B.L. Centre hospitalier de Soignies et de Braine-le-Comte, n° 45.716 du 21 janvier 1994 et GECOLI, n° 46.709 du 28 mars 1994, *Droit communal*, 1995, pp. 140-143 et note J. VANHAEVERBEEK. Voir encore les avis de la section de législation 23.330/2, donné le 3 juin 1994, sur un avant-projet de décret « fixant l'organisation générale de l'enseignement supérieur en grandes écoles » (*Doc. parl.*, Parl. Comm. fr., 1993-1994, n° 171/1, p. 52) et 26.627/4, donné le 15 octobre 1997, sur une proposition de décret « modifiant le décret du 16 juillet 1985 relatif aux parcs naturels » (*Doc. parl.*, Parl. wall., 1996-1997, n° 251/2). Voir également, à propos d'une association de communes en vertu de la législation relatives aux associations sans but lucratif, Cass., 14 octobre 2002, in *C.D.P.K.* 2003, pp. 106-111, note de F. VANDENDRIESSCHE. Voir encore C.C., arrêt n° 166/2004 du 28 octobre 2004 (spéc. B.5 : « En vertu de l'article 41 et de l'article 162, alinéa 4, les communes ont le droit de s'associer, mais uniquement en vue de la gestion commune de matières d'intérêt communal »).

Elle a été mise en œuvre par l'article 6, § 1^{er}, VIII, 1°, devenu 8°, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles³⁸, qui prévoit que les régions sont compétentes pour « les associations de provinces et de communes dans un but d'utilité publique, à l'exception de la tutelle spécifique en matière de lutte contre l'incendie, organisée par la loi ».

Comme la section de législation l'a déjà souligné, ces dispositions n'ont vocation à s'appliquer que dans l'hypothèse où parmi les membres de l'association ou de la société concernée figurent au moins deux communes. En effet, lorsqu'une seule commune intervient, il n'y a pas d'« association de communes » au sens de l'article 162, alinéa 4, de la Constitution, ni au sens de l'article 6, § 1^{er}, VIII, 8°, de la loi du 8 août 1980 de réformes institutionnelles³⁹.

Au regard de cette disposition constitutionnelle, l'avant-projet d'ordonnance, spécialement la disposition appelée à former l'article 237^{ter} de la nouvelle loi communale, est sujette à critique.

En effet, il résulte de l'article 162, alinéa 4, de la Constitution que c'est au législateur ordonnantiel qu'il appartient de régler « les conditions et le mode suivant lesquels [...] plusieurs communes peuvent s'entendre ou s'associer ».

En l'espèce, le texte en projet est en défaut de régler – ou, à tout le moins, de régler à suffisance – ces deux aspects.

D'une part, la définition extrêmement large que l'avant-projet donne des « P.P.P. locaux », combinée avec l'absence de tout système de reconnaissance ou de critères à satisfaire par les PPP pour bénéficier du cadre facilitateur, ne permet pas de déterminer à suffisance les « conditions » qui doivent être réunies pour que les communes concernées puissent s'associer.

D'autre part, le renvoi très général au « droit privé des sociétés ou des associations » permet difficilement, à défaut d'autre précision, de considérer que le législateur

³⁸ Disposition rendue applicable en Région de Bruxelles-Capitale par l'article 4 de la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux institutions bruxelloises.

³⁹ Voir notamment en ce sens l'avis 23.236/2, donné le 25 mai 1994, sur une proposition devenu la loi du 28 mars 1995 modifiant le titre VI, chapitre V, de la nouvelle Loi communale (*Doc. parl.*, Sénat, 1991-1992, n° 349/2, pp. 5 et 6), ainsi que l'avis 26.496/2/V, donné le 28 juillet 1997, par la section de législation sur un avant-projet devenu le décret de la Région wallonne du 25 juin 1998 portant assentiment à l'Accord entre le Land de Rhénanie du Nord-Westphalie, le Land de Rhénanie-Palatinat, la Région wallonne et la Communauté germanophone de Belgique sur la Coopération transfrontalière entre les collectivités territoriales et d'autres instances publiques, signé à Mayence le 8 mars 1996 (*Doc. parl.*, Parl. wall., 1997-1998, n° 375 /1).

aurait ainsi « réglé le mode suivant lequel plusieurs communes peuvent s'entendre ou s'associer ».

En conclusion, il est douteux que l'article 237^{ter} en projet de la nouvelle loi communale, *sub* article 14 de l'avant-projet d'ordonnance, puisse être considéré comme réglant les éléments essentiels qu'il appartient au législateur bruxellois de régler en vertu de l'article 162, alinéa 4, de la Constitution et de l'article 6, § 1^{er}, VIII, 8°, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles.

S'agissant de l'opération dans laquelle une seule commune intervient

Est ici concernée l'hypothèse de la création d'une association ou d'une société conformément aux règles du droit privé par une seule commune, sans ou avec des partenaires publics ou privés autres que des communes, ainsi que l'hypothèse de la prise de participation d'une seule commune à une association ou une société ne comptant pas de commune parmi ses associés.

Dans cette hypothèse, la question de savoir si l'intervention spécifique du législateur régional est requise pour qu'une et une seule commune puisse participer à la création d'une société ou d'une association selon les règles du droit privé ou, puisse ou prendre une participation dans une telle société ou association, est controversée.

En effet, si comme exposé ci-avant, *a priori*, l'article 162, alinéa 4, de la Constitution ne s'applique pas à pareille hypothèse, la question demeure de savoir si la participation d'une commune à la création d'une personne morale ou la prise de capital au sein d'une telle personne morale, ne nécessite pas, dans tous les cas, et indépendamment de l'article 162 précité, l'intervention du législateur.

À cet égard, comme déjà mentionné, la doctrine récente tend à considérer que la participation à la constitution de sociétés ou associations de pur droit privé et la prise de participation dans de telles sociétés participe de la capacité juridique naturelle des personnes morales de droit public, en ce compris les communes, de sorte qu'aucune habilitation du législateur ne serait requise pour de telles opérations⁴⁰. Mais vu les incertitudes en la matière, il est préférable qu'une disposition législative expresse intervienne aux fins de lever toute ambiguïté sur la capacité des communes à participer aux opérations précitées.

⁴⁰ En doctrine, voir notamment D. DEOM, *op. cit.*, S. DE KEYSER et B. LOMBAERT, *op. cit.*, p. 553 ; voir aussi, et notamment en ce qui concerne la jurisprudence en sens contraire, D. D'HOOGHE et F. VANDENDRIESSCHE, *op. cit.*, pp. 191 et s.; voir également, P. BLONDIAU, « Les communes peuvent-elles participer à une société commerciale », *Mouv. Comm.*, 1998/11, pp. 584 et s.

II. Le Centre de compétence pour les partenariats public-privé

1. L'ordonnance en projet crée un « Centre de compétence pour les partenariats public-privé ».

À l'exception de son article 3, alinéa 2, qui prévoit que le Centre « est composé exclusivement de représentants des pouvoirs publics », l'avant-projet à l'examen ne comporte aucune disposition relative à la composition et au fonctionnement du Centre. L'article 4, § 1^{er}, de l'avant-projet à l'examen définit pour sa part les missions du Centre, comme suit :

« 1° préparer [lire : donner] les avis relatifs à la reconnaissance des PPP régionaux, conformément à l'article 6 de la présente ordonnance ;

2° à la demande du Gouvernement, d'un organisme régional, ou d'une administration locale, fournir toute information facilitant les projets PPP envisagés ou entamés par l'une de ces parties, en ce compris une première évaluation de l'opportunité de recourir à un projet PPP et un examen préliminaire des principales options envisageables ;

3° à la demande du Gouvernement, d'un organisme régional, ou d'une administration locale, organiser un comité d'accompagnement chargé de contrôler sur le long terme l'exécution des obligations souscrites par chacune des parties de droit public et de droit privé impliquées dans le projet PPP ;

4° préparer et évaluer la politique concernant les projets PPP régionaux ;

5° assurer le suivi des projets PPP régionaux et locaux, en ce compris la création d'une base de données reprenant ces projets et regroupant les informations et documents disponibles à leur sujet, comme les avis de marchés, cahiers des charges, ou principaux contrats ;

6° sensibiliser et diffuser les connaissances en matière de PPP, et assurer une intermédiation entre le secteur public et le secteur privé ».

Le paragraphe 2 du même article habilite le Gouvernement à préciser et élargir ces missions, et à fixer des dispositions procédurales relatives à l'examen des projets PPP locaux par le Centre de compétence, lequel, outre les missions définies à l'article 4, § 1^{er}, est chargé d'adresser chaque année un rapport d'activités au Gouvernement, qui transmet celui-ci au Parlement bruxellois ainsi qu'au Conseil économique et social de la Région de Bruxelles-Capitale.

Enfin, l'article 5 de l'ordonnance en projet autorise le Centre à collaborer avec les organismes similaires existant en Belgique, dans les pays voisins et au niveau de l'Union européenne.

2. Si le texte en projet ne règle pas, fût-ce pour l'essentiel, la composition et le fonctionnement du Centre de compétence, la raison en est, selon le commentaire de l'article 3 de l'avant-projet que

« Dès lors qu'il appartient à l'exécutif d'organiser son administration (en application des articles 107 de la Constitution et 40 de la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux institutions bruxelloises), il reviendra au Gouvernement de préciser la forme que prendra le Centre de compétence ».

Cette thèse ne peut être suivie.

En effet, il ressort des articles 2, 2°, 4, § 1^{er}, 1°, et 6, alinéa 2, de l'avant-projet d'ordonnance que dans certaines hypothèses, l'avis du Centre de compétence devra obligatoirement être demandé.

Comme la section de législation du Conseil d'État l'a souvent rappelé ⁴¹, en matière de création et d'organisation des services publics, il résulte tant des articles 37 et 107, alinéa 2, de la Constitution, en ce qui concerne l'autorité fédérale, que de l'article 87 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles et de l'article 4 de la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux institutions bruxelloise, en ce qui concerne les Régions et Communautés, que les commissions, comités, conseils, organes consultatifs et autres « observatoires » rattachés au pouvoir exécutif doivent être créés et réglés par celui-ci et non par le législateur, qui n'a pas à s'immiscer dans cette matière.

Par contre, lorsque la consultation de l'organe créé est obligatoire, que ses avis sont susceptibles de lier l'autorité ou que des obligations sont imposées à des tiers ⁴², c'est au législateur qu'il revient de créer cet organe, de définir ses missions, sa composition, les indemnités ou rétributions éventuellement accordées à ses membres ainsi que les règles essentielles de son fonctionnement ⁴³.

L'ordonnance en projet doit être revue en conséquence.

⁴¹ Voir, par exemple, l'avis 40.040/2, donné le 10 avril 2006, sur un avant-projet devenu la loi du 20 juillet 2006 instaurant la Commission de Modernisation de l'Ordre judiciaire et le Conseil général des partenaires de l'Ordre judiciaire (*Doc. parl.*, Sénat, 2005-2006, n° 1720/001, pp. 38-44).

⁴² Par exemple, lorsque des institutions déterminées sont chargées de faire des propositions de candidats en vue de composer l'organe considéré.

⁴³ Voir, en ce sens, l'avis 43.685/4, donné le 12 mars 2008, sur un avant-projet devenu le décret de la Région wallonne du 6 novembre 2008 portant rationalisation de la fonction consultative (*Doc. parl.*, Parl. wall., 2007-2008, n° 820/1, p. 16).

D'une part, elle doit être complétée afin de régler la composition du Centre et les indemnités ou rétributions éventuellement accordées à ses membres ainsi que les règles essentielles de son fonctionnement.

D'autre part, s'agissant des missions du Centre de compétence, l'article 4, § 2, de l'ordonnance en projet ne peut habiliter le Gouvernement à élargir les missions du Centre, sans fixer les critères à prendre en considération pour ce faire.

En tout état de cause s'il s'agit d'imposer des obligations aux communes, l'habilitation ne peut être admise compte tenu du principe de légalité inscrit à l'article 162, alinéa 4, de la Constitution.

L'article 4, § 2, de l'avant-projet doit être revu en conséquence.

Observations particulières

Article 2 de l'avant-projet

À la définition du « projet PPP local » qui figure à l'article 2, 3°, de l'avant-projet, la section de législation n'aperçoit pas pour quel motif est aussi visée « la personne morale chargée de la gestion du temporel du culte reconnu », dès lors qu'aucune disposition du texte en projet n'instaure de « cadre facilitateur » à l'égard de cette catégorie de personnes morales.

Article 4 de l'avant-projet

Outre ce qui est relevé à l'observation générale II, il résulte de l'article 6 de l'avant-projet que le Centre de compétence doit donner son avis préalablement à la reconnaissance de tout PPP par le Gouvernement.

À l'article 4, § 1^{er}, 1°, il n'y a donc pas lieu de charger le Centre de « préparer les avis relatifs à la reconnaissance des PPP régionaux, conformément à l'article 6 de la présente ordonnance », mais de « donner » ces avis.

Article 7 de l'avant-projet

Comme exposé précédemment, l'article 7 de l'avant-projet met en place un régime dérogatoire à celui organisé par les articles 100 à 103 de l'ordonnance organique du 23 février 2006 portant les dispositions applicables au budget, à la comptabilité et au contrôle.

Cette disposition appelle les observations suivantes.

1. La question se pose tout d'abord de savoir si l'article 7 de l'avant-projet entend se substituer entièrement aux articles 100 à 103 précités, de sorte que ces derniers ne seraient pas d'application, et ce, même dans la mesure où l'article 7 de l'avant-projet n'y déroge pas expressément, ou bien si ces articles 100 à 103 restent applicables dans la mesure où l'article 7 n'y déroge pas expressément.

Le texte en projet doit être revu afin de lever toute ambiguïté à ce propos.

2. Quelle que soit l'étendue du régime dérogatoire mis en place, l'auteur de l'avant-projet doit être en mesure de justifier raisonnablement chacune des mesures dérogatoires envisagées, et d'établir sa proportionnalité au regard de l'objectif poursuivi par l'ordonnance en projet.

À cet égard, et outre ce qui a été exposé à l'observation générale I.A., le texte en projet pose question, notamment dans la mesure où il vise à supprimer dans tous les cas, quelles que soient la valeur du bien concerné et la nature de l'opération, l'intervention du comité d'acquisition ⁴⁴, ainsi que dans la mesure où il permet au Gouvernement, par une décision motivée certes, de faire estimer le bien non pas par la régie foncière de la Région de Bruxelles-Capitale, mais par d'autres fonctionnaires, ou, plus singulièrement, par des « prestataires de services ».

L'article 7 en projet doit être réexaminé de sorte que le régime dérogatoire mis en place se limite aux mesures qui sont nécessaires et proportionnées en vue de faciliter la mise en place de PPP, tout en garantissant que le patrimoine immobilier de la Région fasse l'objet d'une saine gestion.

Comme déjà exposé, un tel réexamen ne peut être réalisé de manière utile et efficace qu'à la condition que la notion de PPP soit définie avec plus de précision. À cet égard, il est renvoyé à l'observation générale I.A.

⁴⁴ Voir, sur ce point, l'avis donné par l'Inspecteur des Finances sur le texte en projet, le 25 mars 2011.

Article 9 de l'avant-projet

L'article 9 de l'avant-projet à l'examen est ainsi rédigé :

« Le Gouvernement et les organes compétents des organismes régionaux peuvent, moyennant motivation spéciale et détaillée, constituer des droits réels sur les biens immeubles appartenant au domaine public, pour autant que les droits réels constitués ne soient pas manifestement incompatibles avec la destination de ces biens.

La constitution de droits réels d'une durée supérieure à 30 ans doit être spécifiquement motivée ».

Cette disposition trouve son pendant à l'égard des communes, des régies communales, des intercommunales, et des personnes morales créées en vertu de l'article 10, alinéa 1^{er}, en projet, respectivement dans l'article 237bis, en projet, *sub* article 14, dans l'article 263sexies, § 1^{er}, alinéa 2, en projet, *sub* article 14, dans l'article 27bis, en projet, *sub* article 15 et dans l'article 10, alinéa 4, de l'avant-projet à l'examen ⁴⁵.

Selon le commentaire de l'article 9 de l'avant-projet,

« Cet article confère au Gouvernement ainsi qu'aux organes compétents des organismes régionaux la compétence de constituer des droits réels sur des biens immeubles appartenant au domaine public régional.

Cette compétence est toutefois encadrée par l'obligation de motiver cette décision et que celle-ci n'entraîne pas la constitution de droits réels incompatibles avec la destination des biens concernés, condition de base permettant selon la doctrine et la jurisprudence (Cour de cassation, arrêt du 18 mai 2007) une telle constitution.

Pleinement applicable dès lors qu'elle est fixée par voie d'ordonnance, l'autorisation instituée par les dispositions de cet article revêt une importance majeure puisqu'elle permet au partenaire privé ou à la société d'économie mixte à laquelle ces droits ont été cédés de financer et de construire l'ouvrage concerné ».

Il ressort de l'exposé des motifs que l'auteur de l'avant-projet a pleinement connaissance de la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la domanialité publique, spécialement son arrêt du 18 mai 2007, et qu'il entend s'inscrire dans les limites ainsi fixées par la jurisprudence en ce qui concerne la constitution de droits réels sur une dépendance du domaine public.

⁴⁵ Sur l'article 10, alinéa 4, voir, en outre, l'observation particulière faite ci-après sur cet article.

Sur ce point, l'attention de l'auteur de l'avant-projet doit être attirée sur ce que cette jurisprudence subordonne la constitution de droits réels sur le domaine public à des conditions strictes.

Ainsi, dans son arrêt précité du 18 mai 2007 ⁴⁶, la Cour de cassation a rappelé que « si un bien appartient au domaine public et est, de ce fait, destiné à l'usage de tous, personne ne peut y acquérir un droit privé qui limiterait cet usage et qui pourrait porter atteinte au droit de l'autorité de le régler en tout temps en fonction de cet usage » ; toutefois, selon la Cour, « pour autant qu'un droit privé de superficie ne porte pas atteinte à la destination précitée, il peut être établi sur un bien domanial ».

La jurisprudence dont entend s'inspirer l'auteur de l'avant-projet admet donc que des droits réels puissent être constitués sur une dépendance du domaine public si ces droits :

1° ne limitent pas l'usage de tous, auquel le bien concerné est destiné ;

2° ne portent pas atteinte au droit de l'autorité de régler ce bien en tout temps en fonction de cet usage.

Ces conditions s'avèrent nettement plus strictes que les conditions fixées par le texte en projet, à savoir :

1° la motivation spéciale et détaillée de la constitution du droit réel, ainsi qu'une motivation spécifique si le droit dépasse trente ans ;

2° le fait que le droit réel ne soit pas « manifestement incompatible » avec la destination du bien.

⁴⁶ Sur cette décision et sur la constitution de droits réels sur une dépendance du domaine public, voir notamment F. MOÏSES, J.-F. JAMINET et A. VANDEBURIE, « Promotion immobilière publique – Partenariats public-privé en Région wallonne et en Communauté française », pp. 324 et s. (spéc., s'agissant de l'arrêt et des commentaires qui y ont été consacrés, note infrapaginale 703), Larcier, Bruxelles, 2009 ; voir aussi, s'agissant d'une étude antérieure à l'arrêt de la Cour de cassation du 18 mai 2007, P. BOUCQUEY et V. OST, *La domanialité publique à l'épreuve des partenariats public-privé*, in « Les partenariats public-privé (P.P.P.) : un défi pour le droit des services publics », La Charte, Bruxelles, 2005, pp. 233 et s.

Par ailleurs, comme la section de législation l'a déjà souligné, « la notion de domanialité publique contribue à ce que le principe général de droit de la continuité du service public soit garanti »⁴⁷.

Or, il n'est pas discutable que conférer des droits réels sur le domaine public peut nuire à la continuité du service public concerné. Sur ce point, force est de constater que les conditions mises par le texte en projet à la constitution de droits réels sur le domaine public s'avèrent trop imprécises et manquent de la rigueur qui apparaît nécessaire pour garantir avec certitude la continuité du service public.

Ainsi, une motivation « spéciale et détaillée », voire « spécifique », est exigée mais le critère retenu est trop vague et imprécis ; ainsi il est seulement exigé que la constitution de droit réel ne soit pas « manifestement incompatible » avec la destination du bien.

Le texte en projet doit être revu de sorte qu'il mette en place un mécanisme basé sur des exigences et procédures plus strictes et précises de nature à garantir que les droits réels concernés ne seront constitués que si leur constitution n'est pas, effectivement et concrètement, de nature à porter atteinte à la continuité du service public concerné.

Article 10 de l'avant-projet

Outre ce qui a été dit sous l'observation générale I.B., l'alinéa 4 de la disposition à l'examen appelle une observation similaire à celle formulée ci-avant à propos de l'article 9.

Article 12 de l'avant-projet

L'article 12 en projet est en défaut de régler le sort du PPP qui, le cas échéant, nécessiterait un permis de lotir⁴⁸.

⁴⁷ Voir, en ce sens, l'avis 40.372/1/2/3/4, donné le 8 mai 2006, sur les dispositions devenues les articles 28 à 30 de la loi-programme du 20 juillet 2006 (*Doc. parl.*, Chambre, n° 51-2517/001, p. 102) ; voir aussi l'avis 42.245/2, donné le 28 février 2007, sur un avant-projet devenu la loi du 9 mai 2007 relative à la constitution d'une société commerciale immobilière par l'État (*Doc. parl.*, Chambre, n° 51-2995/001, pp. 8-11) ; sur le principe de continuité du service public, voir D. DE ROY, « Le principe de continuité du service public et la situation de l'usager » note sous Cass., 12 février 2004, R.C.J.B., 2005, pp. 207-249.

⁴⁸ Voir l'article 175 du CoBAT, qui déroge tant à l'article 98 (permis d'urbanisme) qu'à l'article 103 (permis de lotir) de ce code.

Le texte en projet doit être complété en conséquence.

Article 13 de l'avant-projet

1. L'article 13 de l'avant-projet est rédigé comme suit :

« Le Gouvernement est autorisé à accorder la garantie de la Région pour les montants dus, dans le cadre d'un projet PPP régional, par les organismes régionaux, dans les limites du montant maximal fixé par ordonnance ».

Cette disposition trouve son pendant, en ce qui concerne les PPP locaux des communes et des intercommunales, dans l'article 237sexies en projet, *sub* article 14, et dans l'article 27sexies en projet, *sub* article 15.

Comme la section de législation du Conseil d'État l'a souvent rappelé, lorsque le législateur entend autoriser le pouvoir exécutif à octroyer la garantie de la Région, il lui appartient de fixer le plafond à concurrence duquel cette garantie peut être octroyée, eu égard à l'incidence de cette garantie sur le budget de la Région ⁴⁹.

C'est en ce sens qu'est rédigée la disposition à l'examen.

Toutefois, celle-ci ne fixe pas elle-même le plafond de la garantie ; elle renvoie, pour ce faire, à un « montant maximal fixé par ordonnance ».

L'ordonnance en projet renvoie donc à une autre ordonnance, encore à adopter.

Le commentaire de la disposition à l'examen, qui évoque le « principe de l'annualité budgétaire », porte à croire que le législateur fixera ce montant annuellement.

⁴⁹ En ce sens, voir notamment l'avis 24.108/9, donné le 8 mars 1995, sur un avant-projet devenu le décret du 6 avril 1995 relatif à la gestion des hôpitaux psychiatriques de la Région wallonne, (*Doc. parl.*, Parl. wall., 1994-1995, n° 332/1), l'avis 29.782/2, donné le 17 janvier 2000, sur un avant-projet de décret devenu le décret du 24 mars 2000 relatif à l'octroi d'une garantie de la Région wallonne à certaines entreprises touchées par la crise de la dioxine de 1999 (*Doc. parl.*, Parl. wall., 1999-2000, n° 87/1) et l'avis 33.120/2, donné le 24 avril 2002, sur un avant-projet devenu le décret du 11 juillet 2002 organisant le statut de la Société Wallonne de Financement et de Garantie des petites et moyennes entreprises en abrégé «SOWALFIN», (*Doc. parl.*, Parl. wall., 2001-2002, n° 371/1, pp. 19-25). Voir également l'avis 30.997/2, donné le 11 décembre 2000, sur un avant-projet devenu l'ordonnance du 28 juin 2001 relative au Fonds pour le financement de la politique de l'eau (*Doc. parl.*, Parl. R.B.C., 2000-2001, n° A-175/1, pp. 12-15), l'avis 41.456/4, donné le 16 octobre 2006, sur le projet d'arrêté royal devenu l'arrêté royal du 10 novembre 2006 modifiant les structures de gestion de l'infrastructure ferroviaire, ainsi que l'avis 41.662/1/2/3/4, donné les 14, 16 et 17 novembre 2006, sur un avant-projet devenu la loi-programme (I) du 27 décembre 2006 (*Doc. parl.*, Chambre, n° 51-2773/002, p. 436).

Le texte en projet sera utilement complété afin de le faire apparaître clairement.

Par ailleurs, telle qu'elle est rédigée, la disposition à l'examen pourrait être comprise comme permettant l'octroi de la garantie de la Région par le Gouvernement, même lorsque le législateur ordonnantiel n'a pas fixé de plafond en la matière ⁵⁰.

Pour le motif rappelé ci-avant, une telle solution ne peut être admise. Le texte en projet doit être rédigé de manière à faire apparaître clairement qu'aucune garantie ne pourra être octroyée si le législateur ordonnantiel a omis de fixer le plafond de celle-ci.

2. Le procédé qui consiste à permettre au Gouvernement d'accorder la garantie de la Région pour des opérations économiques ⁵¹ dans lesquelles interviennent notamment des partenaires privés est susceptible d'être qualifié d'aide d'État au sens des articles 107 et 108 du TFUE ⁵².

Les garanties qui seront octroyées en matière de PPP devraient donc, en principe ⁵³, faire l'objet de la notification requise par le droit européen en matière d'aides d'État.

Sauf à compléter le texte en projet dans le sens indiqué sous l'observation 1 ci-dessus, cette notification devrait avoir lieu dès à présent.

⁵⁰ Dans ce cas, par hypothèse, la garantie ne saurait jamais dépasser le « montant maximal fixé par ordonnance ».

⁵¹ En l'espèce, vraisemblablement des opérations immobilières, pour l'essentiel.

⁵² Comparez avec l'avis 45.275/2, donné le 2 octobre 2008, sur un avant-projet devenu la loi du 15 octobre 2008 portant des mesures visant à promouvoir la stabilité financière et instituant en particulier une garantie d'État relative aux crédits octroyés et autres opérations effectuées dans le cadre de la stabilité financière (*Doc. parl.*, Chambre, 2008-2009, n° 1470/1, pp. 15 à 21, spéc. p. 16) ; voir aussi l'avis 46.046/2/4, donné le 23 février 2009, sur un avant-projet de décret de la Région wallonne « portant des mesures du plan anti-crise Gouvernemental du 5 décembre 2008 et des dispositions diverses » (*Doc. parl.*, Parl. wall., 2008-2009, n° 954/1, pp. 14-16). Sur la nécessité de tenir compte des règles en matière d'aides d'État lorsqu'une garantie de l'autorité publique est octroyée à un opérateur financier, voir aussi, par analogie, les considérations figurant dans le rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 10 décembre 2008 relatif à la garantie de certains risques assumés par des institutions financières (*Moniteur belge*, 19 décembre 2008, 2^e éd., pp. 67231 à 67233, spéc. p. 67232).

⁵³ Voir toutefois, s'agissant des aides *de minimis*, le règlement CE) n° 1998/2006 de la Commission du 15 décembre 2006 concernant l'application des articles 87 et 88 du traité aux aides *de minimis*.

Article 14 de l'avant-projet

Article 237bis en projet

Il est renvoyé à l'observation faite ci-avant à propos de l'article 9 de l'avant-projet.

Article 237ter en projet (en relation avec l'article 27ter en projet, sub article15)

Sous réserve de l'observation générale I.C., l'article 237ter en projet, appelle encore les observations suivantes.

L'article 237ter, en projet, de la Nouvelle loi communale, est ainsi rédigé :

«Art. 237ter. Pour la réalisation de projets PPP locaux au sens de l'ordonnance relative au partenariat public-privé en Région de Bruxelles-Capitale, la commune peut créer des établissements, associations ou entreprises sur la base du droit privé des sociétés ou des associations, ou y prendre une participation pour autant que ceci n'implique pas de transfert de compétence ».

Cette disposition doit être lue en parallèle avec la disposition appelée à former l'article 27ter, nouveau, de la loi du 22 décembre 1986 relative aux intercommunales (*sub* article 15 de l'avant-projet à l'examen), qui est rédigée comme suit :

« Art. 27ter. Pour la réalisation de projets PPP locaux au sens de l'ordonnance relative au partenariat public-privé en Région de Bruxelles-Capitale, l'intercommunale peut, dans le respect de la législation sur les marchés publics, créer des établissements, associations ou entreprises sur la base du droit privé des sociétés ou des associations, ou y prendre une participation pour autant que l'objet social de cette personne soit compatible avec celui de l'intercommunale, et que cette décision soit adoptée par l'assemblée générale ».

Lues ensemble, ces dispositions appellent les observations suivantes :

1. L'article 237ter en projet prévoit que les communes peuvent constituer des établissements, associations ou entreprises, « pour autant que ceci n'implique pas de transfert de compétence ».

Cette précision vise à imposer aux communes une limite qui, en réalité, va de soi. Elle est donc inutile. Par ailleurs, dès lors qu'elle ne figure pas à l'article 27ter en projet, cela peut laisser penser, *a contrario*, que cette limitation ne vaudrait pas lorsqu'une

intercommunale participe à une association ou une société en vertu dudit article 27^{ter}, ce qui est inexact et ne trouve d'ailleurs aucun appui dans l'exposé des motifs.

Dans ce contexte, et afin d'éviter toute ambiguïté sur le sujet, à l'article 237^{ter}, en projet, il convient d'omettre les mots « pour autant que ceci n'implique pas de transfert de compétence ».

2. L'article 27^{ter}, en projet autorise les intercommunales à créer des établissements, associations ou entreprises sur la base du droit privé, « dans le respect de la législation sur les marchés publics ». Il ressort du commentaire de l'article que l'auteur de l'avant-projet n'entend pas élargir le champ d'application de la législation sur les marchés publics, mais souhaite rappeler que les opérations visées peuvent constituer des marchés publics au sens du droit européen et du droit interne.

Le texte en projet entend donc « imposer » aux intercommunales une limite qui, en réalité, va de soi : dans les hypothèses où les opérations autorisées constituent des marchés publics au sens de la réglementation en la matière, l'intercommunale est tenue au respect de cette réglementation.

Cette précision est inutile. Au demeurant, il n'appartient pas à la Région de Bruxelles-Capitale de rappeler l'applicabilité de règles qui ne relèvent pas de sa compétence, telles les règles générales en matière de marchés publics.

Par ailleurs, dès lors qu'elle ne figure pas à l'article 237^{ter} en projet, on pourrait être tenté d'en déduire, *a contrario*, que cette limitation ne vaudrait pas lorsqu'une commune participe à une association ou une société en vertu dudit article 237^{ter}, ce qui est faux et ne trouve aucun appui dans l'exposé des motifs.

Aussi convient-il, à l'article 27^{ter}, en projet, d'omettre les mots « dans le respect de la législation sur les marchés publics ».

3. En conclusion, l'article 237^{ter}, en projet, de la nouvelle loi communale, ainsi que l'article 27^{ter}, en projet, de la loi du 22 décembre 1986 relative aux intercommunales seront revus à la lumière des observations qui précèdent.

Article 237quinquies en projet

Il est renvoyé à l'observation faite ci-avant à propos de l'article 12 de l'avant-projet.

Article 237sexies en projet

Il est renvoyé à l'observation faite ci-avant à propos de l'article 13 de l'avant-projet.

Article 263sexies, § 1^{er}, alinéa 2, en projet

Il est renvoyé à l'observation faite ci-avant à propos de l'article 9 de l'avant-projet.

Article 15 de l'avant-projet

Article 27bis en projet

Il est renvoyé à l'observation faite ci-avant à propos de l'article 9 de l'avant-projet.

Article 27ter en projet

Pour rappel, l'article 27ter en projet entend permettre que, pour la réalisation de projets PPP locaux, les intercommunales puissent créer des sociétés ou des associations, ou y prendre une participation, et ce, notamment « pour autant que l'objet social de cette personne soit compatible avec celui de l'intercommunale ».

L'emploi du mot « compatible » est inapproprié. En effet, il peut laisser penser que l'intercommunale pourrait créer une société ou une association ou y prendre des participations dans tous les cas où cela n'est pas susceptible de nuire au but qu'elle poursuit, et ce, même si cette opération ne concourt pas à la réalisation de son objet social.

Une telle autorisation méconnaît le principe de la spécialité des personnes morales.

Il serait plus adéquat de remplacer les mots « pour autant que l'objet social de cette personne soit compatible avec celui de l'intercommunale » par les mots « pour autant que l'opération envisagée concourt à la réalisation de l'objet social de l'intercommunale »⁵⁴.

Pour le surplus, il est renvoyé aux observations particulières faites à propos de l'article 237*ter*, en projet, *sub* article 14.

Article 27quinquies en projet

Il est renvoyé à l'observation faite ci-avant à propos de l'article 12 de l'avant-projet.

Article 27sexies en projet

Il est renvoyé à l'observation faite ci-avant à propos de l'article 13 de l'avant-projet.

Articles 14 et 15 de l'avant-projet

Il convient dans les dispositions en projet de viser par sa date l'ordonnance relative au partenariat public-privé en Région de Bruxelles-Capitale.

⁵⁴ Comparez avec l'article L1512-5 du Code wallon de la démocratie locale et de la décentralisation.

La chambre était composée de

Messieurs	R. ANDERSEN,	premier président du Conseil d'État,
	J. JAUMOTTE,	conseillers d'État,
	L. DETROUX,	
Madame	C. GIGOT,	greffier.

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

LE GREFFIER

LE PREMIER PRÉSIDENT

C. GIGOT

R. ANDERSEN

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 49.775/4
VAN 11 JULI 2011

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling Wetgeving, vierde kamer, op 30 mei 2011 door de Minister-President van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen verlengd met vijftien dagen, van advies te dienen over een voorontwerp van ordonnantie “betreffende publiek-private samenwerking in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest”, 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 vervangen is 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.

Voorafgaande vormvereisten

1. Het eerste en tweede lid van artikel 7 van het Brussels Wetboek van Ruimtelijke Ordening (hierna BWRO genoemd) bepalen het volgende:

“Er wordt een Gewestelijke Ontwikkelingscommissie opgericht, hierna de ‘Gewestelijke Commissie’ genoemd.

De Regering vraagt het advies van de Gewestelijke Commissie betreffende de voorontwerpen van ordonnantie en de ontwerpbesluiten die betrekking hebben op de aangelegenheden bedoeld in dit Wetboek die een aanzienlijke impact hebben op de ontwikkeling van het Gewest. De Gewestelijke Commissie brengt haar advies uit binnen dertig dagen na ontvangst van de aanvraag.”

In het onderhavige geval strekt de ontworpen tekst ertoe een “facilitair” kader voor de gewestelijke en lokale publiek-private samenwerking op te zetten. Hiertoe voorziet hij voor deze samenwerkingen in afwijkende regelingen inzake vervreemding, vestiging van zakelijke rechten op onroerende goederen – inzonderheid het openbaar domein – en procedure voor de toekenning van stedenbouwkundige vergunningen en milieuvergunningen¹. Dit voorontwerp lijkt dan ook, althans voor een groot deel, enerzijds betrekking te hebben op een aangelegenheid waarover het BWRO handelt, en anderzijds tot doel te hebben bij te dragen aan de ontwikkeling van het Gewest.

¹ Zie de artikelen 7 tot 10, 14 en 15 van het voorontwerp van ordonnantie.

Bovendien gaat het om een voorontwerp van ordonnantie².

Er moet derhalve van uit worden gegaan dat de Gewestelijke Ontwikkelingscommissie om advies moet worden verzocht over het voorliggende voorontwerp.

Uit het aan de Raad van State bezorgde dossier blijkt niet dat dit advies is gevraagd.

De steller van het voorontwerp dient erop toe te zien dat het voorgeschreven vormvereiste vervuld wordt³.

2. Artikel 12 van het onderzochte voorontwerp bepaalt dat voor de uitreiking van een milieuvergunning de gewestelijke PPS-projecten onderworpen zijn aan de regels die gelden voor milieuvergunningen aangevraagd door een publiekrechtelijke persoon of met betrekking tot werken van openbaar nut in de zin van artikel 14 van de ordonnantie van 5 juni 1997 betreffende de milieuvergunningen.

Het ontworpen artikel 237*quinquies* (onder artikel 14 van het voorontwerp) en het ontworpen artikel 27*quinquies* (onder artikel 15 van het voorontwerp) bevatten gelijksoortige bepalingen inzake de PPS van de gemeenten en de intercommunales.

Het voorliggende voorontwerp heeft dus, althans wat de voornoemde bepalingen betreft, rechtstreeks betrekking op de milieuaangelegenheid.

² Tijdens de debatten in de Commissie voor de Ruimtelijke Ordening, de Stedenbouw en het Grondbeleid van het Brussels Hoofdstedelijk Parlement zijn de volgende verklaringen afgelegd in verband met het begrip “aanzienlijke impact” in de zin van het nieuwe artikel 7, tweede lid, van het BWRO:

“De Minister-President legt uit dat de GOC haar advies moet kunnen uitbrengen over alles wat een verordenende strekking heeft, aangezien alles wat verordenend is een aanzienlijke impact kan hebben.

Deze interpretatie van de besproken bepaling is een vooruitgang ten opzichte van de oude tekst.

De bepaling is dus van toepassing op bijna alle ordonnanties.

Wat de besluiten betreft, moet wellicht - bijvoorbeeld - een benoemingsbesluit niet worden voorgelegd aan de GOC.

(...)

De Minister-President antwoordt dat het besproken artikel daarom en zekere beoordelingsvrijheid aan de Regering laat door de term ‘aanzienlijke impact’ te gebruiken.” (*Parl.St. Br.Parl.* 2007-08, nr. A-527/2, 80-81).

³ Voor een soortgelijke opmerking, zie advies 47.684/4, door de afdeling Wetgeving van de Raad van State gegeven op 1 februari 2010, over een voorontwerp van ordonnantie dat heeft geleid tot de twee besluiten van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 30 september 2010 tot wijziging van de ordonnantie van 13 mei 2004 houdende ratificatie van het BWRO.

In dit opzicht moet erop worden gewezen dat volgens artikel 4, § 2, van het besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Executieve van 15 maart 1990 houdende de regeling van de oprichting, de samenstelling en de werking van de Raad voor het Leefmilieu voor het Brusselse Hoofdstedelijk Gewest

“De Raad (...) advies uit(brengt) over alle ordonnantie- en reglementaire besluitsontwerpen inzake leefmilieu betreffende het Brusselse Hoofdstedelijk Gewest”.

Uit het aan de Raad van State overgezonden dossier blijkt niet dat om dit advies is verzocht.

De steller van het voorontwerp behoort erop toe te zien dat aan het voorgeschreven vormvereiste voldaan wordt.

3. Inzake een eventuele aanmelding van artikel 13 van het voorontwerp aan de Europese Commissie met toepassing van artikel 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie wordt verwezen naar opmerking 2 die bij dit artikel is gemaakt.

Algemene opmerkingen

I. Lacunes en onduidelijkheden in de ontworpen ordonnantie – beginselen van gelijkheid en wettigheid

I.A. De definitie van de PPS en het toepassingsgebied van de ontworpen ordonnantie

1. Het voorliggende voorontwerp strekt ertoe een “facilitair kader” te scheppen voor het opzetten en het tot stand brengen van publiek-private samenwerkingen (hierna PPS genoemd), met dien verstande, zoals in de memorie van toelichting wordt vermeld, dat “het (...) mogelijk (is en blijft) PPS op te zetten buiten het kader van deze ordonnantie”.

Het voorontwerp beoogt aldus initiatieven te bevorderen van zogenaamde “gewestelijke”, “lokale” en “gemengde” PPS-projecten.

Het PPS-project wordt omschreven als het “project dat door publiek- en privaatrechtelijke partijen, gezamenlijk en in een samenwerkingsverband, wordt verwezenlijkt om een toegevoegde waarde voor die partijen tot stand te brengen”⁴.

⁴ Artikel 2, 1°, van het voorontwerp.

Het “gewestelijk PPS-project” wordt zijnerzijds omschreven als het “PPS-project van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest (...) of van de gewestelijke instellingen die opgenomen zijn op een door de Regering vastgestelde lijst (afgekort: de gewestelijke instellingen), dat de gewestelijke Regering, na het advies te hebben ingewonnen van het competentiecentrum voor publiek-private samenwerking, erkend heeft als project waarop het via deze ordonnantie uitgewerkte facilitair kader kan worden toegepast”⁵.

De adviezen van het Competentiecentrum, die voorafgaan aan de erkenning van de PPS als gewestelijk PPS, “moeten betrekking hebben op de voor- en nadelen van de eventuele opstart van een PPS-project, vergeleken bij klassieke vormen van de overheidsopdracht of vereniging. Zij kunnen enkel gunstig zijn als het PPS-project een toegevoegde waarde inhoudt voor de publiekrechtelijke partij.”⁶.

Het “lokaal PPS-project” is zijnerzijds het “PPS-project van de lokale besturen”, met dien verstande dat men “onder lokaal bestuur verstaat (...) de gemeente, het autonoom gemeentebedrijf, de intercommunale en de rechtspersoon belast met het beheer van de temporaliën van een erkende eredienst”⁷.

Voor deze categorie van PPS is in geen enkele procedure van voorafgaande erkenning voorzien.

Het “gemengd PPS-project” ten slotte is het “PPS-project dat door een onder 2° bedoelde gewestelijke partij en een onder 3° bedoeld lokaal bestuur is aangegaan met een privaatrechtelijke partij. In dat geval wordt het PPS-project beschouwd als een (...) gewestelijk PPS-project”⁸.

2. Het facilitair kader dat bij de ontworpen tekst wordt ingevoerd kan als volgt worden samengevat.

2.1. Wat de gewestelijke PPS betreft, omvat het hoofdzakelijk het volgende:

1° voor de regering, een regeling tot afwijking van de artikelen 100 tot 103 van de organieke ordonnantie van 23 februari 2006 houdende de bepalingen die van toepassing zijn op de begroting, de boekhouding en de controle; ingevolge deze afwijkende regeling, die

⁵ Artikel 2, 2°, van het voorontwerp.

⁶ Artikel 6 van het voorontwerp.

⁷ Artikel 2, 3°, van het voorontwerp.

⁸ Artikel 2, 6°, van het voorontwerp.

per definitie soepeler is dan de algemene regeling, is o.m. het optreden van het aankoopcomité niet verplicht voor vastgoedoperaties waarvan de verwezenlijking kadert in een PPS-project, en kan een beroep worden gedaan op een dienstverlener uit de privésector voor de raming van het vervreemde goed; het is ook mogelijk zakelijke rechten te vestigen op de onroerende goederen die behoren tot het privaat domein van het Gewest, ongeacht de waarde ervan, zonder voorafgaande kennisgeving aan de personen die een zakelijk recht bezitten op de aangrenzende percelen⁹;

2° voor de gewestelijke instellingen, de mogelijkheid om in het kader van PPS onroerende goederen te verwerven, onroerende goederen die behoren tot hun privaat domein te vervreemden en op deze goederen zakelijke rechten te vestigen, zonder machtiging van de regering¹⁰;

3° de mogelijkheid, voor de regering en de gewestelijke instellingen, om in het kader van PPS zakelijke rechten te vestigen op hun respectieve openbaar domein, “voor zover de gevestigde zakelijke rechten niet kennelijk onverenigbaar zijn met de bestemming van deze goederen” en voor de vestiging van zakelijke rechten met een termijn van meer dan dertig jaar in een “bijzondere” motivering wordt voorzien¹¹;

4° de mogelijkheid voor de regering en de gewestelijke instellingen om “in het kader van PPS-projecten op grond van het private vennootschaps- of verenigingsrecht instellingen, verenigingen en ondernemingen op (te) richten of een participatie (te) nemen in het kapitaal hiervan”¹²; wat de regering betreft, wordt in het voorontwerp gepreciseerd dat de oprichting van dit soort instelling, vereniging of onderneming “(...) enkel een bevoegdheidsoverdracht (mag) inhouden mits het Parlement hiermee middels een ordonnantie instemt”¹³; wat de gewestelijke instellingen betreft, wordt de bevoegdheidsoverdracht afhankelijk gesteld van de voorwaarde dat “de Regering hier (...) mee instemt”¹⁴. Ten slotte wordt bepaald dat “de rechtspersonen die aldus worden opgericht (...) mits een bijzondere en omstandige motivering zakelijke rechten (kunnen) vestigen op de onroerende goederen die behoren tot het openbaar domein, voor zover de gevestigde zakelijke rechten niet kennelijk onverenigbaar zijn met de bestemming van deze goederen”¹⁵.

⁹ Artikel 7 van het voorontwerp.

¹⁰ Artikel 8 van het voorontwerp.

¹¹ Artikel 9 van het voorontwerp.

¹² Artikel 10 van het voorontwerp.

¹³ *Idem*, tweede lid.

¹⁴ *Idem*, derde lid.

¹⁵ *Idem*, vierde lid.

5° Artikel 11 van het voorontwerp bepaalt:

“Niettegenstaande enige andersluidende bepaling mag de omstandigheid dat de private partij houder is van een eigendoms- of enig ander zakelijk recht op de infrastructuur waarop het gewestelijk PPS-project betrekking heeft, geen beletsel zijn voor de storting van gewestelijke subsidies”.

6° Inzake de procedures voor de toekenning van de milieuvergunning en de stedenbouwkundige vergunning die moeten worden verkregen om een PPS tot stand te kunnen brengen, zijn de bijzondere procedures van toepassing die gelden voor de milieuvergunningen en de stedenbouwkundige vergunningen die worden aangevraagd door een publiekrechtelijke persoon of die betrekking hebben op werken van openbaar nut¹⁶.

7° Ten slotte wordt bepaald: “De Regering is gemachtigd de gewestelijke waarborg te verlenen voor de bedragen die in het kader van een gewestelijk PPS-project verschuldigd zijn door de gewestelijke instellingen, en dit binnen de perken van het bij ordonnantie vastgestelde maximumbedrag”¹⁷.

2.2. Inzake de lokale PPS omvat het facilitair kader in hoofdzaak:

1° voor de gemeenten, de autonome gemeentebedrijven en hun filialen, alsook de intercommunales, de mogelijkheid om in het kader van PPS-projecten zakelijke rechten te vestigen op hun respectievelijke openbaar domein, “voor zover de gevestigde zakelijke rechten niet kennelijk onverenigbaar zijn met de bestemming van deze goederen” en voor de vestiging van zakelijke rechten van meer dan dertig jaar in een “bijzondere” motivering wordt voorzien¹⁸;

2° de mogelijkheid voor de gemeenten en de intercommunales om in het kader van PPS op grond van het private vennootschaps- of verenigingsrecht instellingen, verenigingen en ondernemingen op te richten of erin deel te nemen¹⁹.

¹⁶ Artikel 12 van het voorontwerp.

¹⁷ Artikel 13 van het voorontwerp.

¹⁸ Artikel 237bis, onder artikel 14 van het voorontwerp (gemeenten), artikel 263sexies, onder artikel 14 van het voorontwerp (autonome gemeentebedrijven en hun filialen), artikel 27bis, onder artikel 15 van het voorontwerp (intercommunales).

¹⁹ Artikel 237ter, onder artikel 14 van het voorontwerp (gemeenten), artikel 27ter, onder artikel 15 van het voorontwerp (intercommunales).

3° Er wordt ook bepaald: “Niettegenstaande enige andersluidende bepaling mag de omstandigheid dat de private partij eigenaar is van of houder is van een zakelijk recht op de infrastructuur waarop het lokaal PPS-project betrekking heeft, geen beletsel zijn voor de storting van subsidies”²⁰.

4° Inzake de procedures voor de toekenning van de milieuvergunning en de stedenbouwkundige vergunning die moeten worden verkregen om een PPS tot stand te kunnen brengen, zijn de bijzondere procedures van toepassing die gelden voor de milieuvergunningen en de stedenbouwkundige vergunningen die worden aangevraagd door een publiekrechtelijke persoon of die betrekking hebben op werken van openbaar nut²¹.

5° Ten slotte wordt bepaald: “De Regering is gemachtigd de gewestelijke waarborg te verlenen voor de bedragen die in het kader van een lokaal PPS-project verschuldigd zijn door de gemeente/intercommunale, en dit binnen de perken van het bij ordonnantie vastgestelde maximumbedrag”²².

3. Het aldus ingestelde facilitair kader is in verschillende opzichten vatbaar voor kritiek.

3.1. Eerst en vooral behoort eraan herinnerd te worden dat het op grond van het gelijkheidsbeginsel en het non-discriminatiebeginsel, die beide inzonderheid gehuldigd worden in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, mogelijk is om operaties die tot onderscheiden categorieën behoren, een verschillende behandeling te geven.

Aan het verlenen van een onderscheiden behandeling zijn vercheidene voorwaarden verbonden.

In de vaste rechtspraak van het Grondwettelijk Hof wordt aldus uitgegaan van de volgende stelling:

“De grondwettelijke regels van de gelijkheid en de niet-discriminatie sluiten niet uit dat een verschil in behandeling tussen categorieën van personen wordt ingesteld, voor zover dat verschil op een objectief criterium berust en het redelijk verantwoord is. Het bestaan van een dergelijke verantwoording moet worden

²⁰ Artikel 237^{quater}, onder artikel 14 van het voorontwerp (gemeenten), artikel 27^{quater}, onder artikel 15 van het voorontwerp (intercommunales).

²¹ Artikel 237^{quinquies}, onder artikel 14 van het voorontwerp (gemeenten), artikel 27^{quinquies}, onder artikel 15 van het voorontwerp (intercommunales).

²² Artikel 237^{sexies}, onder artikel 14 van het voorontwerp (gemeenten), artikel 27^{sexies}, onder artikel 15 van het voorontwerp (intercommunales).

beoordeeld rekening houdend met het doel en de gevolgen van de betwiste maatregel en met de aard van de ter zake geldende beginselen; het gelijkheidsbeginsel is geschonden wanneer vaststaat dat er geen redelijk verband van evenredigheid bestaat tussen de aangewende middelen en het beoogde doel”²³.

Om na te gaan of in een welbepaald geval aan die voorwaarden effectief is voldaan, is het noodzakelijk dat de categorie die in aanmerking komt voor een onderscheiden behandeling op voldoende precieze wijze gedefinieerd wordt. Zo niet, is het immers onder andere onmogelijk om na te gaan of die categorie gedefinieerd is op grond van een objectief criterium en of de onderscheiden behandeling die zij geniet in een redelijke verhouding staat tot het nagestreefde doel.

In dat verband is het voorontwerp vatbaar voor kritiek, in hoofdzaak gelet op de grote onduidelijkheid in verband met de toepassings sfeer ervan en met de voorwaarden die de ontworpen tekst koppelt aan het voordeel van de afwijkende regelingen waarin deze voorziet.

3.1.1. Aldus wordt, ter herinnering, een PPS gedefinieerd als volgt: “een project dat door publiek- en privaatrechtelijke partijen, gezamenlijk en in een samenwerkingsverband, wordt verwezenlijkt om een toegevoegde waarde voor die partijen tot stand te brengen”²⁴.

Deze definitie is dermate algemeen en onnauwkeurig dat daarmee elke vorm van contractueel, institutioneel of ander gezamenlijk optreden of samenwerkingsverband bedoeld kan worden, tussen een “publiekrechtelijke partij” en een “privaatrechtelijke partij”.

Dat lijkt evenwel niet de bedoeling te zijn van de steller van het voorontwerp, aangezien deze blijkbaar niet van plan is om te voorzien in een algemeen kader voor welke operatie dan ook, maar wel om een facilitair kader vast te leggen voor projecten die voldoen aan de voorwaarden die bepaald worden in de ontworpen tekst.

Aldus kunnen gewestelijke PPS-projecten²⁵ alleen in aanmerking komen voor het facilitair kader op voorwaarde dat deze als zodanig erkend zijn door de regering.

²³ GwH, arrest 15/2009 van 5 februari 2009, B.9. Vaste rechtspraak, zoals vermeld in M.-F. RIGAUX en B. RENAULD, “La Cour constitutionnelle”, uittreksel uit *Répertoire pratique du droit belge, Complément*, tome X, 2007, Bruylant, Bruxelles, 2009, 79.

²⁴ Artikel 2, 1°, van het voorontwerp.

²⁵ En gemengde PPS-projecten die, zoals reeds gesteld is, onderworpen zijn aan de regeling die geldt voor de gewestelijke PPS-projecten, krachtens artikel 2, 6°, van het voorontwerp van ordonnantie.

In dat verband behoort opgemerkt te worden dat de vooropgestelde regeling wat de erkenning betreft, uitermate gebrekkig is.

Hoewel de erkenning als gewestelijk PPS-project weliswaar gegeven wordt door de regering, na voorafgaand advies van het Competentiecentrum, dient op het volgende te worden gewezen:

1° de regering is gemachtigd om de lijst op te stellen van de gewestelijke instellingen²⁶, maar in het voorontwerp worden niet de criteria bepaald die daarvoor in aanmerking genomen moeten worden;

2° de ontworpen tekst regelt niet de samenstelling van het Competentiecentrum, waardoor de zin en de strekking van de verplichte voorafgaande raadpleging in werkelijkheid uitgehold worden, aangezien de instantie die geraadpleegd moet worden, in feite niet nader bepaald wordt²⁷;

3° het enige echte criterium in de ontworpen tekst dat als leidraad moet dienen voor de beoordeling door het centrum, en bijgevolg ook voor de erkenning van de operatie als gewestelijk PPS-project, is bijzonder vaag: immers, volgens artikel 6, derde lid, van het voorontwerp moeten de adviezen van het centrum “betrekking hebben op de voor- en nadelen van de eventuele opstart van een PPS-project, vergeleken bij klassieke vormen van de overheidsopdracht of vereniging”, en die adviezen kunnen enkel gunstig zijn “als het PPS-project een toegevoegde waarde inhoudt voor de publiekrechtelijke partij”. De vraag rijst echter welke de “klassieke” vormen van overheidsopdrachten zijn? In de ontworpen tekst worden deze niet nader bepaald: gaat het om alle soorten operaties waarvan sprake is in de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten, of slechts om een aantal daarvan? Indien het de bedoeling is ervan uit te gaan dat de promotieovereenkomsten en de concessies voor openbare werken geen klassieke vormen van overheidsopdrachten zijn, behoort dit gepreciseerd te worden in de tekst. Zo ook rijst de vraag welke de “klassieke vormen van vereniging” zijn? Ook dat wordt in de ontworpen tekst niet nader bepaald. Tot slot rijst de vraag welke aspecten van de operatie en welke criteria in aanmerking genomen moeten worden om na te gaan of er al dan niet sprake is van “een toegevoegde waarde voor de publiekrechtelijke partij”?;

²⁶ Artikel 2, 2°, van het voorontwerp.

²⁷ Voor een meer volledige en specifieke kritiek op de bepalingen van het voorontwerp aangaande het “Competentiecentrum”, wordt verwezen naar algemene opmerking II hierna.

4° in artikel 6, tweede lid, van het voorontwerp van ordonnantie wordt de regering gemachtigd om “de erkenning (te) koppelen aan de voorwaarde dat het haar voorgelegde project wordt aangepast”, maar wordt niet nader bepaald welke categorieën van aanpassingen aldus kunnen worden opgelegd, noch met welke criteria of beperkingen de regering in dat opzicht rekening moet houden;

5° bovendien bepaalt artikel 6, vierde lid, van het voorontwerp zich tot het voorzien in een zeer ruime machtiging van de regering om “de voorwaarden die aan deze erkenning verbonden zijn” nader te bepalen.

Daarom kan worden gesteld dat, aangezien de erkenningsregeling steunt op een advies dat gegeven wordt op grond van uitermate vage criteria, door een instantie waarvan de samenstelling niet nader bepaald wordt, deze eigenlijk een lege schelp vormt, waarvan de doelstelling uit wetgevend oogpunt louter formeel lijkt te zijn.

Overigens is die erkenningsregeling hoe dan ook enkel uitgewerkt voor de gewestelijke PPS-projecten, en niet voor de lokale PPS, zodat het facilitair kader eigenlijk -zoals bijvoorbeeld de mogelijkheid voor de regering om de gewestelijke waarborg te verlenen - , wat de lokale PPS betreft aan geen enkele voorwaarde gekoppeld is behalve dan aan de eerder vanzelfsprekende voorwaarde dat het om een “lokale PPS” moet gaan²⁸.

Samengevat kan worden gesteld dat, aangezien de ontworpen tekst nalaat om zijn toepassingsgebied *ratione materiae* en *ratione personae* nauwkeurig te bepalen, en om op strikte wijze en ondubbelzinnig de voorwaarden vast te leggen waaraan voldaan moet worden om in aanmerking te komen voor de gunstige afwijkende behandeling die daarin wordt vooropgesteld, de conformiteit ervan met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet niet kan worden nagegaan of vastgesteld, inzonderheid wat betreft het redelijk evenredigheidsverband tussen de beoogde maatregelen en het nagestreefde doel.

3.2. Daarbij komt nog dat de meeste begrippen die in het voorontwerp gebezigd worden erg vaag en dubbelzinnig zijn en dat de machtigingen die aan de regering verleend worden erg ruim zijn, waardoor het wettigheidsbeginsel geschonden wordt in aangelegenheden waarbij de Grondwet of de bijzondere wetten tot hervorming der instellingen stellen dat de wetgever zelf de essentiële elementen van een welbepaald rechtsstelsel dient te bepalen.

²⁸ Wat de “lokale PPS” betreft, wordt enkel bepaald dat de regering “procedureregels (kan) vastleggen met betrekking tot het onderzoek van lokale PPS-projecten door het competentiecentrum” (artikel 4, § 2, van het voorontwerp).

De ontworpen tekst geeft met betrekking tot die aangelegenheden geen nauwkeurige definitie van de operaties waarop hij betrekking heeft, noch van de criteria die in aanmerking genomen dienen te worden, en laat aldus een veel te ruime beoordelingsbevoegdheid aan de regering, de gewestelijke instanties en de lokale besturen, wat betreft essentiële aspecten van het facilitair kader die uitsluitend tot de bevoegdheidssfeer van de wetgever behoren.

In dat verband doen de hierboven vernoemde vaagheden en dubbelzinnigheden een probleem rijzen, meer in het bijzonder wat betreft artikel 9 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen (wettelijkheidsbeginsel inzake de oprichting van gedecentraliseerde overheden door de gemeenschappen en de gewesten), welk artikel in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest toepasselijk verklaard is bij artikel 4 van de bijzondere wet van 12 januari 1989 met betrekking tot de Brusselse instellingen en bij artikel 162, vierde lid, van de Grondwet (wettelijkheidsbeginsel inzake vereniging van gemeenten).

Wat deze twee problemen betreft, wordt verwezen naar de algemene opmerkingen I.B. en I.C. hierna.

4. Het besluit is dan ook dat het voorontwerp van ordonnantie moet worden herzien ten einde de daarin gebezigde begrippen nauwkeuriger te bepalen, inzonderheid “PPS”²⁹, “gewestelijke instellingen”, “klassieke vormen van de overheidsopdracht of vereniging”, alsook de voorwaarden of criteria waaraan voldaan moet worden opdat de betrokken PPS in aanmerking kunnen komen voor de vooropgestelde afwijkende stelsels.

I.B. De oprichting van instellingen, verenigingen en ondernemingen door de regering en de gewestelijke instellingen

Artikel 10 van het voorontwerp van ordonnantie is gesteld als volgt:

“De Regering en de bevoegde organen van de gewestelijke instellingen kunnen in het kader van gewestelijke PPS-projecten op grond van het private vennootschaps- of verenigingsrecht instellingen, verenigingen en ondernemingen oprichten of een participatie nemen in het kapitaal hiervan.

²⁹ Van dit begrip een nauwkeurigere definitie geven dan die welke gegeven wordt in het voorontwerp van ordonnantie is zeker geen onmogelijke opdracht: zie inzonderheid in dat verband S. DE KEYSER en B. LOMBAERT, “Droit public/partenariat privé/public”, in *Les 25 marchés émergents du droit*, gezamenlijk werk o.l.v. L. MARLIÈRE, Bruylant, Brussel, 2006, 538-544, alsook het Groenboek over publiek-private samenwerking en het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten van 30 april 2004, COM (2004) 327 def., dat door die auteurs geciteerd wordt.

De oprichting van dit soort instelling, vereniging of onderneming door de Regering mag enkel een bevoegdheidsoverdracht inhouden mits het Parlement hiermee middels een ordonnantie instemt.

De oprichting van dit soort instelling, vereniging of onderneming door een gewestelijke instelling mag enkel een bevoegdheidsoverdracht inhouden mits de Regering hier vooraf mee instemt. De verleende machtigingen worden aan het Parlement meegedeeld binnen de dertig werkdagen nadat zij zijn aangenomen.

De rechtspersonen die aldus worden opgericht kunnen mits een bijzondere en omstandige motivering zakelijke rechten vestigen op de onroerende goederen die behoren tot het openbaar domein, voor zover de gevestigde zakelijke rechten niet kennelijk onverenigbaar zijn met de bestemming van deze goederen”.

Deze bepaling dient te worden onderzocht in het licht van artikel 9 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, dat luidt als volgt:

“In de aangelegenheden die tot hun bevoegdheid behoren, kunnen de Gemeenschappen en de Gewesten gedecentraliseerde diensten, instellingen en ondernemingen oprichten of kapitaalsparticipaties nemen.

Het decreet kan aan voornoemde organismen rechtspersoonlijkheid toekennen en hun toelaten kapitaalsparticipaties te nemen. Onverminderd artikel 87, § 4, regelt het hun oprichting, samenstelling, bevoegdheid, werking en toezicht”.

In het licht van deze bepaling geeft artikel 10 van de ontworpen ordonnantie aanleiding tot verschillende opmerkingen.

1. In zoverre de onderzochte bepaling de regering of de gewestelijke instellingen machtigt om participaties te nemen in privaatrechtelijke vennootschappen of verenigingen, lijkt deze *a priori* niet te kunnen slaan op de oprichting van “publiekrechtelijke rechtspersonen”, met andere woorden rechtspersonen opgericht door de overheid, die onder de hoge leiding van de overheid staan en waarop een bijzondere regeling van toepassing is, die bedoeld is om deze in staat te stellen een taak van openbare dienst te vervullen³⁰.

³⁰ Op te merken valt dat het loutere feit dat een openbare overheid aandeelhouder is van een vennootschap of alle of een deel van de activiteiten daarvan financiert of mee helpt financieren, niet voldoende is om deze vennootschap te kwalificeren als een publiekrechtelijke rechtspersoon, en derhalve als een instelling van openbaar nut. Omgekeerd doet de omstandigheid dat een publiekrechtelijke rechtspersoon opgericht is in de vorm van een vennootschap of vereniging of volgens de nadere regels bepaald door het vennootschaps- of verenigingsrecht, niets af aan het “publiekrechtelijke” aspect ervan.

In het eerste lid van artikel 10 van het voorontwerp wordt evenwel naar andere gevallen verwezen en worden ook andere operaties toegestaan. Aldus valt de oprichting van rechtspersonen die, gelet op hun samenstelling, het toezicht erop en hun opdrachten, als “publiekrechtelijke rechtspersonen” gekwalificeerd zouden moeten worden, binnen het toepassingsgebied van het aldus gestelde eerste lid van de thans voorliggende bepaling. Dat geldt in het bijzonder voor de operaties die bestaan in de “oprichting” van “instellingen” of “ondernemingen” door de regering of door de gewestelijke instellingen.

Wel is het zo dat de oprichting van een publiekrechtelijke rechtspersoon niet onderworpen is aan dezelfde regels als die welke gelden voor een privaatrechtelijke rechtspersoon, zodat de wetgever beide voornoemde gevallen niet op dezelfde wijze mag behandelen.

Wat de oprichting van publiekrechtelijke rechtspersonen betreft

Zoals de afdeling Wetgeving reeds herhaaldelijk heeft opgemerkt, huldigt het Grondwettelijk Hof de volgende opvatting:

“Door zelf aan te geven in welke aangelegenheden de bij het eerste lid van artikel 9 aan de gemeenschappen en de gewesten toegewezen bevoegdheid slechts bij decreet kan worden uitgeoefend, dit wil zeggen door sommige bevoegdheden aan de wetgevende overheden van de gemeenschappen en de gewesten voor te behouden, heeft de bijzondere wetgever een eis tot uitdrukking gebracht die moet worden beschouwd als een bevoegdheidverdelende regel in de zin van artikel 1, 1°, van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof.

De bevoegdheidsregel van voormeld artikel 9, luidens hetwelk het aan de decreetgever staat de oprichting, samenstelling, bevoegdheid, werking en toezicht van de eigen instellingen te regelen - (...) -, verplicht de decreetgever ertoe de basisregels daarvan vast te stellen. Die regel staat evenwel niet eraan in de weg dat hij de nadere uitwerking van die basisregels aan de uitvoerende macht overlaat”³¹.

Daaruit volgt dat, wanneer het de bedoeling is een publiekrechtelijke rechtspersoon op te richten, de basisregels van de oprichting, de samenstelling, de bevoegdheid en de werking ervan en van het toezicht erop moeten worden vastgesteld door de

³¹ Zie arrest nr. 75/2001 van 31 mei 2001, B.10 en B.11; zie ook, in het kader van artikel 9 van de bijzondere wet, voor de verdeling van de bevoegdheid tussen de wetgevende macht en de uitvoerende macht, arrest nr. 39/97 van 14 juli 1997, B.5.2. tot B.5.3.3.

wetgever en dat die regels zo geformuleerd dienen te worden dat ze de publiekrechtelijke aard van de aldus opgerichte rechtspersoon garanderen³².

De ontworpen tekst beantwoordt kennelijk niet aan hetgeen artikel 9 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 voorschrijft.

Zo maakt in de eerste plaats de uiterst ruime definitie die in het voorontwerp wordt gegeven van de “gewestelijke PPS-projecten” het niet mogelijk om zelfs maar het wezen van de “bevoegdheid” van de desbetreffende vennootschappen of verenigingen vast te stellen. Om dezelfde reden wordt de “oprichting” van de instellingen in kwestie slechts in zeer geringe mate beperkt en slechts naar de vorm gereguleerd door het bepaalde dat de voorgenomen initiatieven volgens artikel 10 van het voorontwerp “in het kader van gewestelijke PPS-projecten” plaatsvinden.

Daarnaast houdt artikel 10 van het voorontwerp geen regeling in van de “samenstelling” van de in het vooruitzicht gestelde vennootschappen of verenigingen en worden daarbij niet de hoofdbestanddelen bepaald van het “toezicht” dat daarop wordt uitgeoefend.

Ten slotte kan in verband met de werking van die rechtspersonen de uiterst algemene en veel te vage verwijzing naar “het private vennootschaps- en verenigingsrecht” niet geacht worden te voldoen aan het voormelde artikel 9, voor zover die bepaling de wetgever verplicht de oprichting te regelen, alsook de samenstelling, de bevoegdheid en de werking van en van het toezicht op de publiekrechtelijke rechtspersonen waarvan hij de oprichting toestaat.

³² Zie in verband met de reikwijdte van artikel 9 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, inzonderheid advies 30.511/4, dat op 13 november 2000 door de afdeling Wetgeving is uitgebracht over een voorontwerp dat geleid heeft tot het decreet van het Waals Gewest van 7 maart 2001 houdende hervorming van de *Société wallonne des Distributions d'Eau* (*Parl.St. W.Parl.* 2000-01, nr. 171/1, 32), advies 39.442/2/4, dat op 19 december 2005 door de afdeling Wetgeving van de Raad van State is uitgebracht over een voorontwerp dat geleid heeft tot het programmadecreet van het Waals Gewest van 23 februari 2006 betreffende de prioritaire acties voor de toekomst van Wallonië (*Parl.St. W.Parl.* 2005-06, nr. 296/1, 37-39, de opmerkingen betreffende de *Société Wallonne de Stimulation Economique* (afgekort als “SOWALSTIME”) en advies 41.869/4, dat op 4 januari 2007 is uitgebracht over een voorontwerp dat geleid heeft tot het decreet van het Waals Gewest van 15 februari 2007 houdende oprichting van de publiekrechtelijke naamloze vennootschap “*Société de rénovation et d’assainissement des sites industriels* (SORASI)” (*Parl.St. W.Parl.* 2006-07, nr. 534/1, 7-11).

Wat de oprichting van privaatrechtelijke rechtspersonen betreft

Dezelfde moeilijkheid doet zich niet voor wanneer het de bedoeling is dat de regering of de gewestelijke instellingen meewerken aan de oprichting van privaatrechtelijke rechtspersonen of een participatie nemen in het kapitaal ervan.

Artikel 9 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980, welk artikel alleen van toepassing is wanneer het de bedoeling is publiekrechtelijke rechtspersonen op te richten, houdt dan ook geen enkel verband met de oprichting van een privaatrechtelijke rechtspersoon door overheden.

De recente rechtsleer gaat zelfs zover dat ze ervan uitgaat dat het meewerken aan de oprichting van louter privaatrechtelijke vennootschappen of verenigingen of het nemen van een participatie in zulke vennootschappen deel uitmaakt van de natuurlijke handelingsbekwaamheid van publiekrechtelijke rechtspersonen, zodat voor zulke verrichtingen geen enkele machtiging door de wetgever vereist zou zijn³³.

Als die gedachtegang gevolgd zou worden, zou artikel 10, eerste lid, van de ontworpen ordonnantie dus overbodig zijn en zou die bepaling moeten vervallen doordat ze ertoe strekt machtiging te verlenen tot het meewerken aan de oprichting van louter privaatrechtelijke vennootschappen of verenigingen en tot het nemen van een participatie in zulke vennootschappen. Doordat de rechtsleer op dit punt echter verdeeld blijft³⁴, is het wellicht verkieslijk dat een uitdrukkelijke wettelijke bepaling wordt vastgesteld teneinde elke dubbelzinnigheid weg te nemen inzake de bekwaamheid van de regering en van de gewestelijke instellingen om aan de voormelde initiatieven deel te nemen.

³³ Voor de rechtsleer ter zake, zie inzonderheid D. DÉOM, “Les instruments du droit administratif à l’épreuve des ‘partenariats public-privé’ (P.P.P.)”, in “Les partenariats public-privé (P.P.P.): Un défi pour le droit des services publics”, gezamenlijk werk o.l.v. B. LOMBAERT, Bibliothèque de droit administratif, Die Keure, Brussel, 2005, 189 e.v.; S. DE KEYSER en B. LOMBAERT, op. cit., 552-554; D. D’HOOGHE, “De mogelijkheid voor openbare besturen om beleidsovereenkomsten te sluiten en deel te nemen aan de oprichting van rechtspersonen” in *Tijdschrift voor gemeenten*, 1995, 75-105. Zie in dit verband en voor rechtspraak in andersluidende zin, ook D. D’HOOGHE en F. VANDENDRIESSCHE, *Publiek-Private samenwerking*, Die Keure, 2003, 181-186.

Wat de adviespraktijk van de afdeling Wetgeving van de Raad van State betreft, behoort eraan te worden herinnerd dat de afdeling Wetgeving in haar advies 42.245/2, uitgebracht op 28 februari 2007 over een voorontwerp dat geleid heeft tot de wet van 9 mei 2007 betreffende de oprichting van een commerciële vastgoedmaatschappij door de Staat, het volgende geoordeeld heeft met betrekking tot de Belgische Staat: “Het is inherent aan de rechtspersoonlijkheid van de Staat dat die, zonder dat die daartoe van de wetgever een bijzondere machtiging hoeft te hebben ontvangen, over een volle bevoegdheid beschikt om overeenkomsten te sluiten, welke bevoegdheid uiteraard alleen mag worden uitgeoefend binnen de perken van zijn materiële bevoegdheid” (*Parl.St. Kamer*, nr. 51 2995/001, 11).

³⁴ Zie inzonderheid D. DÉOM, op. cit., 205-207.

Kortom, de ontworpen tekst dient opnieuw onderzocht te worden rekening houdend met de twee hypothesen die hiervoren beschreven zijn.

2. Wat artikel 10, tweede lid, van het voorontwerp betreft, vloeit reeds uit het voormelde artikel 9 en uit het beginsel van de wettelijkheid van de oprichting van publiekrechtelijke rechtspersonen voort dat wanneer de regering instellingen, verenigingen of ondernemingen van die aard opricht daarbij alleen bevoegdheid kan worden overgedragen als die overdracht van bevoegdheid toegestaan en geregeld is door de wetgever, zulks bovendien binnen de perken van hetgeen toegestaan is krachtens de Grondwet en de bijzondere wet van 12 januari 1989 met betrekking tot de Brusselse instellingen.

Aan dat basisbeginsel behoort niet herinnerd te worden. Het tweede lid van de onderzochte bepaling dient dan ook te vervallen.

3. Gelet op het beginsel van de wettelijkheid dat voortvloeit uit het artikel 9 dat hiervoren weergegeven is, kan de ontworpen tekst de regering niet toestaan de gewestelijke instelling te machtigen een instelling, een vereniging of een onderneming op te richten, indien zulks een “overdracht van bevoegdheid” zou impliceren, ook al moet die machtiging aan het parlement worden meegedeeld.

Het derde lid van artikel 10 van het voorontwerp dient dan ook te vervallen.

I.C. De oprichting van instellingen, verenigingen en ondernemingen door gemeenten

Het ontworpen artikel 237^{ter} van de nieuwe gemeentewet (onder artikel 14 van het voorontwerp van ordonnantie) luidt als volgt:

“Artikel 237^{ter}. Voor de verwezenlijking van lokale PPS-projecten in de zin van de ordonnantie betreffende publiek-private samenwerking in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest kan de gemeente op grond van het private vennootschaps- of verenigingsrecht instellingen, verenigingen en ondernemingen oprichten of erin deelnemen, voor zover dit geen bevoegdheidsoverdracht inhoudt.”

Zoals die bepaling gesteld is, heeft ze een uiterst ruime strekking. Hoewel ze alleen betrekking heeft op de totstandkoming van lokale PPS-projecten, en dus verband houdt met het gemeentelijk belang in de zin van artikel 41 van de Grondwet³⁵, kan die bepaling evenwel worden toegepast op verscheidene gevallen, namelijk de oprichting van een privaatrechtelijke rechtspersoon door de gemeente alleen, door de gemeente met particuliere of publieke partners die geen gemeente zijn, of door verscheidene gemeenten samen, in voorkomend geval met partners van andere aard.

Volgens de artikelsgewijze bespreking zou met deze bepaling het volgende doel nagestreefd worden:

“Het nieuwe artikel 237^{ter} verleent de gemeente een wettelijke basis om zich rechtstreeks te verenigen met een particuliere derde teneinde een op het private vennootschapsrecht gebaseerde vereniging of gemengde-economiebedrijf op te richten, of teneinde een participatie, in voorkomend geval zelfs een minderheidsparticipatie, te nemen in een dergelijke vennootschap. Artikel 237^{ter} koppelt echter twee beperkingen aan de uitoefening van deze mogelijkheid: de rechtstreekse vereniging met een particuliere derde moet uitdrukkelijk kaderen in een project voor lokale publiek-private samenwerking en mag geenszins een bevoegdheidsoverdracht van de gemeente naar deze nieuw opgerichte entiteit inhouden.

De door deze ontwerpordonnantie ingevoerde machtiging vormt een belangrijke doorbraak binnen het gemeenterecht, aangezien de gemeente zich thans enkel kan verenigen binnen het heel restrictieve kader van een intercommunale of via het filiaal van een autonoom gemeentebedrijf. Het vierde lid van artikel 162 van de Grondwet bepaalt inderdaad dat ‘ter uitvoering van een wet, aangenomen met de in artikel 4, laatste lid, bepaalde meerderheid, het decreet of de in artikel 134 bedoelde regel de voorwaarden waaronder en de wijze waarop verscheidene gemeenten zich met elkaar kunnen verstaan of zich kunnen verenigen, regelt’. Deze grondwetsbepaling heeft gediend als basis voor artikel 5 van de wet van 22 december 1986 betreffende de intercommunales, waarin op beperkende wijze de rechtsvormen die deze vereniging kan aannemen, bepaald worden. Artikel 3 van diezelfde wet verbiedt hiervoor ieder handelskarakter. Dit komt er anders gesteld op neer dat een gemeente, krachtens deze bepalingen, enkel via de formule van de intercommunale een, desgevallend commerciële, associatie kan aangaan en een gemeente niet kan toetreden tot een naamloze vennootschap die niet gestoeld is op de organieke wet betreffende de intercommunales. Om dezelfde reden kan een gemeente niet deelnemen in een tijdelijke vereniging (gedefinieerd door artikel 175 van titel IX van het Wetboek van Koophandel) die gekenmerkt wordt door het ontbreken van

³⁵ De ontworpen tekst strekt er immers toe lokale PPS-projecten te bevorderen en aldus gunstiger voorwaarden te bieden aan de gemeente die een vennootschap of een vereniging zou willen oprichten of daarin zou willen deelnemen in het kader van de totstandkoming van een lokaal project. Wij bevinden ons hier dus wel degelijk in het kader van het beheer van het louter gemeentelijk belang.

iedere rechtspersoonlijkheid die zich onderscheidt van die van de vennoten. Deze verenigingsvorm wordt evenmin geregeld door de wet van 22 december 1986. Enkel via het autonome gemeentebedrijf en de mogelijkheid tot het oprichten van filialen krachtens de artikelen 263*bis* tot 263*decies* van de Nieuwe Gemeentewet kan een gemeente thans (derhalve onrechtstreeks) participeren in een handelsvennootschap. De Raad van State hanteert vaste rechtspraak in dat verband: op dit ogenblik is het voor een gemeente niet mogelijk een associatie aan te gaan die niet geregeld wordt door de wet van 22 december 1986 of in voorkomend geval door een specifieke wet: er dient opgemerkt dat artikel 180 van de wet van 21 december 1994 houdende sociale en diverse bepalingen (BS van 23 december 1994) de gemeenten toeliet rechtstreeks of onrechtstreeks te participeren in bedrijven voor productie, vervoer en distributie van energie. Deze wet heeft voorzien in een wettelijke machtiging voor de gemeenten die een associatie wensen aan te gaan met de elektriciteitsproductiesector. De situatie ligt echter anders voor de openbare centra voor maatschappelijk welzijn, waarvoor de bepalingen van artikel 79 van de wet van 8 juli 1976 een wettelijke basis bieden voor bepaalde verenigingsvormen (type Hoofdstuk XII)”.

Uit de uitleg die aldus in de memorie van toelichting verstrekt is, blijkt dat de ontworpen tekst weliswaar in zeer algemene bewoordingen gesteld is, maar de bedoeling er in de eerste plaats in bestaat een gemeente de mogelijkheid te bieden zich rechtstreeks te verenigen met een particuliere derde teneinde een op het private vennootschapsrecht gebaseerde vereniging of gemengde-economiebedrijf op te richten, of teneinde een participatie te nemen in een dergelijke vennootschap. De steller van het voorontwerp is van mening dat het, gelet op de bewoordingen van artikel 162, vierde lid, van de Grondwet en van de bewoordingen van de wet van 22 december 1986 betreffende de intercommunales, onontbeerlijk is dat de wetgever ter zake optreedt om het voor de gemeente mogelijk te maken in die zin te handelen.

Op dit punt moet evenwel een onderscheid gemaakt worden tussen verscheidene gevallen, die alle ter sprake komen in de thans ontworpen tekst.

Wat de verrichting betreft waarbij verscheidene gemeenten betrokken zijn

Hier wordt het geval besproken waarbij verscheidene gemeenten een vereniging of een vennootschap oprichten overeenkomstig de regels van het privaatrecht³⁶, het geval waarbij verscheidene gemeenten een participatie nemen in zo een vereniging of vennootschap en het geval waarbij een enkele gemeente een participatie neemt in een vereniging of een vennootschap waarvan een andere gemeente reeds deel uitmaakt.

³⁶ Met of zonder openbare of private partners die geen gemeente zijn.

In die gevallen zal de verrichting in kwestie tot gevolg hebben dat verscheidene gemeenten verenigd zijn binnen eenzelfde vennootschap of vereniging die volgens de regels van het privaatrecht is opgericht, zulks in het kader van lokale projecten.

Artikel 162, vierde lid, van de Grondwet is dus van toepassing³⁷.

Die bepaling luidt als volgt:

“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 voorwaarden waaronder en de wijze waarop verscheidene provincies of verscheidene gemeenten zich met elkaar kunnen verstaan of zich kunnen verenigen. Evenwel kan aan verscheidene provincieraden of aan verscheidene gemeenteraden niet worden toegestaan samen te beraadslagen.”

Die bepaling is uitgevoerd bij artikel 6, § 1, VIII, 1°, dat 8° is geworden, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen³⁸, waarin wordt bepaald dat de gewesten bevoegd zijn voor “de verenigingen van provincies en gemeenten tot nut van het algemeen, met uitzondering van het door de wet georganiseerde specifiek toezicht inzake brandbestrijding”.

³⁷ Zie in deze zin arrest-DRIESSENS et. al., nr. 40.314 van 15 september 1992, arrest-vzw Centre hospitalier de Soignies et de Braine-le-Comte, 45.716 van 21 januari 1994 en arrest-GECOLI, nr. 46.709 van 28 maart 1994, *Droit communal*, 1995, 140-143, en noot J. VANHAEVERBEEK. Zie voorts de adviezen van de afdeling Wetgeving 23.330/2, gegeven op 3 juni 1994 over een voorontwerp van decreet “fixant l’organisation générale de l’enseignement supérieur et grandes écoles” (*Parl.St. Fr.Gem.Parl.* 1993-94, nr. 171/1, 52) en 26.627/4, gegeven op 15 oktober 1997, over een voorstel van decreet “modifiant le décret du 16 juillet 1985 relatif aux parcs naturels” (*Parl.St. W.Parl.* 1996-97, nr. 251/2). Zie eveneens in verband met een vereniging van gemeenten krachtens de wetgeving inzake de verenigingen zonder winstoogmerk, Cass., 14 oktober 2002, in *C.D.P.K.* 2003, 106-111, noot van F. VANDENDRIESSCHE. Zie eveneens GwH, arrest nr. 166/2004 van 28 oktober 2004 (inzonderheid B.5.: “Krachtens artikel 41 en artikel 162, vierde lid, van de Grondwet hebben de gemeenten het recht zich te verenigen, zij het dat dit uitsluitend kan met het oog op de gezamenlijke behartiging van aangelegenheden van gemeentelijk belang”).

³⁸ Welke bepaling op het Brussels Hoofdstedelijk Gewest toepasselijk is verklaard bij artikel 4 van de bijzondere wet van 12 januari 1989 met betrekking tot de Brusselse instellingen.

Zoals de afdeling Wetgeving al eerder heeft benadrukt, zijn die bepalingen alleen bedoeld om toepassing te vinden op het geval dat er onder de leden van de vereniging of de vennootschap in kwestie op zijn minst twee gemeenten zijn. Wanneer slechts een gemeente lid is, is er immers geen “vereniging van gemeenten” in de zin van artikel 162, vierde lid, van de Grondwet of in de zin van artikel 6, § 1, VIII, 8°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen³⁹.

In het licht van die grondwettelijke bepaling dienen kritische opmerkingen te worden gemaakt over het voorontwerp van ordonnantie, en inzonderheid over de bepaling die artikel 237*ter* van de nieuwe gemeentewet zou moeten worden.

Uit artikel 162, vierde lid, van de Grondwet volgt immers dat het aan de ordonnantiegever staat om te regelen “onder welke voorwaarden en op welke wijze (...) verscheidene gemeenten zich met elkaar kunnen verstaan of zich kunnen verenigen”.

In casu worden deze beide aspecten in de ontworpen tekst niet of op zijn minst niet in voldoende mate geregeld.

Ten eerste kan aan de hand van de uiterst ruime definitie die in het voorontwerp van “lokale PPS-projecten” gegeven wordt en mede door de ontstentenis van enige regeling van erkenning of van criteria waaraan PPS-projecten moeten voldoen om in aanmerking te kunnen komen voor het facilitair kader, niet naar behoren vastgesteld worden aan welke “voorwaarden” voldaan moet zijn opdat de gemeenten in kwestie zich zouden kunnen verenigen.

Ten tweede kan er door de zeer algemene verwijzing naar het “private vennootschaps- of verenigingsrecht”, bij ontstentenis van nadere precisering, moeilijk van uit worden gegaan dat de wetgever aldus zou hebben voorzien in een regeling van “de wijze waarop verscheidene gemeenten zich met elkaar kunnen verstaan of zich kunnen verenigen”.

³⁹ Zie inzonderheid in deze zin advies 23.236/2, gegeven op 25 mei 1994 over een voorstel dat geleid heeft tot de wet van 28 maart 1995 tot wijziging van titel VI, hoofdstuk V, van de nieuwe gemeentewet (*Parl.St.* Senaat 1991-92, nr. 349/2, 5 en 6), alsook advies 26.496/2/V, dat op 28 juli 1997 door de afdeling Wetgeving is uitgebracht over een voorontwerp dat geleid heeft tot het decreet van het Waals Gewest van 25 juni 1998 houdende goedkeuring van het Akkoord tussen het Land Noordrijn-Westfalen, het Land Rijnland-Palts, het Waalse Gewest en de Duitstalige Gemeenschap van België inzake grensoverschrijdende samenwerking tussen de territoriale samenwerkingsverbanden en andere openbare instanties, ondertekend te Mainz op 8 maart 1996 (*Parl.St.* W.Parl. 1997-98, nr. 375/1).

Kortom, het valt te betwijfelen of het ontworpen artikel 237ter van de nieuwe gemeentewet (onder artikel 14 van het voorontwerp van ordonnantie) geacht kan worden de wezenlijke bestanddelen te bevatten die de Brusselse wetgever dient te regelen krachtens artikel 162, vierde lid, van de Grondwet en artikel 6, § 1, VIII, 8°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen.

Wat de verrichting betreft waarbij slechts een enkele gemeente betrokken is

Hier wordt het geval besproken waarbij een enkele gemeente, al dan niet met particuliere of publieke partners die geen gemeente zijn, een vereniging of een vennootschap opricht overeenkomstig de regels van het privaatrecht, en het geval waarbij een enkele gemeente een participatie neemt in een verenging of vennootschap waarvan geen andere gemeente reeds deel uitmaakt.

In dit geval is de vraag of het specifieke optreden van de ordonnantiegever vereist is opdat een enkele gemeente kan meewerken aan de oprichting van een vennootschap of vereniging volgens de regels van het privaatrecht of in zo een vennootschap of vereniging kan deelnemen, het voorwerp van een controverse.

Hoewel, zoals hiervoren uiteengezet is, artikel 162, vierde lid, van de Grondwet *a priori* niet van toepassing is op zo een geval, blijft het immers de vraag of voor de medewerking van een gemeente aan de oprichting van een rechtspersoon of voor het nemen van een participatie in het kapitaal van zo een rechtspersoon niet in alle gevallen, los van het voormelde artikel 162, het optreden van de wetgever vereist is.

Zoals reeds vermeld is, lijkt de recente rechtsleer in dit verband ervan uit te gaan dat het meewerken aan de oprichting van louter privaatrechtelijke vennootschappen of verenigingen of het nemen van een participatie in zulke vennootschappen deel uitmaakt van de natuurlijke handelingsbekwaamheid van publiekrechtelijke rechtspersonen, tot welke categorie ook de gemeenten behoren, zodat voor zulke verrichtingen geen enkele machtiging door de wetgever vereist zou zijn⁴⁰. Gelet op de onduidelijkheid ter zake is het evenwel verkieslijk dat een uitdrukkelijke wettelijke bepaling wordt vastgesteld teneinde elke dubbelzinnigheid weg te nemen inzake de bekwaamheid van gemeenten om aan de voormelde verrichtingen deel te nemen.

⁴⁰ Voor de rechtsleer ter zake, zie inzonderheid D. DÉOM, *op. cit.*, S. DE KEYSER en B. LOMBAERT, *op. cit.*, 553; zie in dit verband, en inzonderheid voor andersluidende rechtspraak, ook D. D'HOOGHE en F. VANDENDRIESSCHE, *op. cit.*, 191 e.v.; zie eveneens P. BLONDIAU, "Les communes peuvent-elles participer à une société commerciale", *Mouv. Comm.*, 1998/11, 584 e.v.

II. Het Competentiecentrum voor publiek-private samenwerking

1. Bij de ontworpen ordonnantie wordt een “Competentiecentrum voor publiek-private samenwerking” opgericht.

Met uitzondering van artikel 3, tweede lid, waarin bepaald wordt dat het centrum “uitsluitend samengesteld is uit overheidsvertegenwoordigers”, bevat het voorliggende voorontwerp geen enkele bepaling betreffende de samenstelling en de werkwijze van het centrum. Artikel 4, § 1, van het voorliggende voorontwerp zijnerzijds bepaalt de taken van het centrum als volgt:

“1° de adviezen voorbereiden [lees: verstrekken] voor de erkenning van gewestelijke PPS-projecten, overeenkomstig artikel 6 van deze ordonnantie;

2° op verzoek van de Regering, een gewestelijke instelling of een lokaal bestuur alle informatie verstrekken om de door één van deze partijen overwogen of aangevangen PPS-projecten te faciliteren, met inbegrip van een eerste beoordeling van het feit of het aangewezen is om tot een PPS-project over te gaan en een voorafgaand onderzoek van de belangrijkste denkbare opties;

3° op verzoek van de Regering, een gewestelijke instelling of een lokaal bestuur een begeleidingscomité organiseren dat ermee belast wordt op lange termijn de uitvoering te controleren van de verplichtingen waartoe elk van de bij het PPS-project betrokken publiekrechtelijke en privaatrechtelijke partijen zich hebben verbonden;

4° het beleid inzake gewestelijke PPS-projecten voorbereiden en evalueren;

5° instaan voor de opvolging van gewestelijke en lokale PPS-projecten, alsook een gegevensbank creëren waarin deze projecten zijn opgenomen en waarin de beschikbare gegevens en documenten ter zake zijn samengebracht, zoals aankondigingen van opdrachten, bestekken, of de belangrijkste contracten;

6° sensibiliseren en verspreiden van de kennis over PPS alsook een bemiddelende rol spelen tussen de publieke en de private sector”.

In paragraaf 2 van datzelfde artikel wordt de regering ertoe gemachtigd deze taken nader te omschrijven en uit te breiden en procedureregels vast te leggen met betrekking tot het onderzoek van lokale PPS-projecten door het Competentiecentrum, dat, naast de taken bepaald in artikel 4, § 1, ermee belast wordt ieder jaar een activiteitenverslag te bezorgen aan de regering, die dit doorstuurt aan het Brussels Hoofdstedelijk Parlement en aan de Economische en Sociale Raad voor het Brussels Hoofdstedelijk Gewest.

Ten slotte wordt het centrum bij artikel 5 van de ontworpen ordonnantie gemachtigd om samen te werken met soortgelijke instellingen die bestaan in België, in de buurlanden en op het niveau van de Europese Unie.

2. De reden waarom de samenstelling en de werkwijze van het Competentiecentrum bij de ontworpen tekst niet, al was het maar in grote lijnen, geregeld wordt, is volgens de bespreking van artikel 3 van het voorontwerp de volgende:

“Aangezien het de taak is van de uitvoerende macht om in te staan voor de organisatie van haar bestuur (in toepassing van de artikelen 107 van de Grondwet en 40 van de bijzondere wet van 12 januari 1989 met betrekking tot de Brusselse instellingen), is het aan de Regering om de vorm die het competentiecentrum zal aannemen, nader te bepalen”.

Die stelling kan niet gevolgd worden.

Uit de artikelen 2, 2°, 4, § 1, 1°, en 6, tweede lid, van het voorontwerp van ordonnantie blijkt immers dat het inwinnen van het advies van het Competentiecentrum in sommige gevallen verplicht zal zijn.

Zoals de afdeling Wetgeving van de Raad van State reeds vaak opgemerkt heeft⁴¹, volgt, inzake de oprichting en de organisatie van de overheidsdiensten, zowel uit de artikelen 37 en 107, tweede lid, van de Grondwet, wat de federale overheid betreft, als uit artikel 87 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen en uit artikel 4 van de bijzondere wet van 12 januari 1989 met betrekking tot de Brusselse instellingen, wat de gemeenschappen en de gewesten betreft, dat de commissies, comités, raden, adviesorganen en andere "observatieposten" die aan de uitvoerende macht verbonden zijn, door die uitvoerende macht moeten worden opgericht en geregeld, en niet door de wetgever, die zich met deze aangelegenheid niet hoort te bemoeien.

Wanneer daarentegen de raadpleging van het opgerichte orgaan verplicht is, de adviezen ervan de overheid kunnen binden of verplichtingen worden opgelegd aan derden⁴², dienen de oprichting, de opdrachten en de samenstelling ervan, de vergoedingen of

⁴¹ Zie bijvoorbeeld advies 40.040/2, dat op 10 april 2006 is uitgebracht over een voorontwerp dat geleid heeft tot de wet van 20 juli 2006 tot instelling van de Commissie voor de Modernisering van de Rechterlijke Orde en de Algemene Raad van de Partners van de Rechterlijke Orde (*Parl.St.* Senaat 2005-06, nr. 1720/001, 38-44).

⁴² Bijvoorbeeld wanneer bepaalde instellingen ermee belast worden kandidaten voor te dragen met het oog op de samenstelling van het orgaan in kwestie.

bezoldigingen die eventueel aan de leden ervan worden toegekend, alsmede de essentiële regels inzake de werkwijze ervan door de wetgever te worden bepaald⁴³.

De ontworpen ordonnantie behoort dienovereenkomstig te worden herzien.

Enerzijds dient ze aldus te worden aangevuld dat de samenstelling van het centrum, de vergoedingen of bezoldigingen die eventueel aan de leden ervan worden toegekend, alsmede de essentiële regels inzake de werkwijze ervan worden bepaald.

Anderzijds mag de regering, wat de taken van het Competentiecentrum betreft, er bij artikel 4, § 2, van de ontworpen ordonnantie niet toe gemachtigd worden de taken van het centrum uit te breiden als niet bepaald wordt welke criteria daartoe in aanmerking moeten worden genomen

Hoe dan ook, indien het de bedoeling is verplichtingen op te leggen aan de gemeenten, is de machtiging onaanvaardbaar op basis van het wettelijkheidsbeginsel vastgelegd in artikel 162, vierde lid, van de Grondwet.

Artikel 4, § 2, van het voorontwerp moet dienovereenkomstig worden herzien.

Bijzondere opmerkingen

Artikel 2 van het voorontwerp

Het is de afdeling Wetgeving niet duidelijk waarom in de definitie van “lokaal PPS-project” in artikel 2, 3°, van het voorontwerp ook “de rechtspersoon belast met het beheer van de temporalien van een erkende eredienst” wordt genoemd, aangezien geen enkele bepaling van de ontworpen regeling voorziet in een “facilitair kader” voor die categorie rechtspersonen.

Artikel 4 van het voorontwerp

Los van wat gezegd is in algemene opmerking II, blijkt uit artikel 6 van het voorontwerp dat het Competentiecentrum voorafgaandelijk aan de erkenning van enige PPS door de regering zijn advies moet geven.

⁴³ Zie in die zin advies 43.685/4, gegeven op 12 maart 2008 over een voorontwerp dat geleid heeft tot het decreet van het Waals Gewest van 6 november 2008 houdende rationalisatie van de adviesverlenende functie (*Parl.St. W.Parl. 2007-08, nr. 820/1, 16*).

In artikel 4, § 1, 1°, schrijve men dus niet dat het centrum ermee belast wordt “de adviezen voor (te) bereiden voor de erkenning van gewestelijke PPS-projecten, overeenkomstig artikel 6 van deze ordonnantie”, maar dat ze ermee belast wordt die adviezen te “verstrekken”.

Artikel 7 van het voorontwerp

Zoals hierboven is uiteengezet, voert artikel 7 van het voorontwerp een regeling in die afwijkt van die bepaald in de artikelen 100 tot 103 van de organieke ordonnantie van 23 februari 2006 houdende de bepalingen die van toepassing zijn op de begroting, de boekhouding en de controle.

Die bepaling geeft aanleiding tot de volgende opmerkingen.

1. In de eerste plaats rijst de vraag of het de bedoeling is dat artikel 7 van het voorontwerp volledig in de plaats komt van de voornoemde artikelen 100 tot 103, zodat die artikelen niet meer van toepassing zouden zijn, zelfs niet wanneer artikel 7 van het voorontwerp daarvan niet uitdrukkelijk afwijkt, dan wel dat de artikelen 100 tot 103 van toepassing blijven voor zover artikel 7 daarvan niet uitdrukkelijk afwijkt.

De ontworpen regeling moet worden herzien zodat daaromtrent alle onduidelijkheid wordt weggenomen.

2. Ongeacht de strekking van de ingevoerde afwijkende regeling moet de steller van het voorontwerp in staat zijn elk van de voorgenomen afwijkende maatregelen naar behoren te wettigen en aan te tonen dat elk van die maatregelen in verhouding staat tot het doel dat met de ontworpen ordonnantie wordt nagestreefd.

Wat dat betreft, en los van wat uiteengezet is in algemene opmerking I.A., doet de ontworpen regeling vragen rijzen, inzonderheid voor zover ze ertoe strekt in alle gevallen, ongeacht de waarde van het betreffende goed en de aard van de verrichting, het optreden van het aankoopcomité af te schaffen⁴⁴, en voor zover ze de regering in de gelegenheid stelt, weliswaar bij een met redenen omklede beslissing, het goed niet door de Grondregie van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest te laten ramen, maar door andere ambtenaren, of meer in het bijzonder door “dienstverleners”.

⁴⁴ Zie wat dat betreft het advies van de inspecteur van Financiën van 25 maart 2011 over de ontworpen regeling.

Het ontworpen artikel 7 moet zo worden herzien dat de afwijkende regeling die daarbij wordt ingevoerd, beperkt wordt tot de maatregelen die noodzakelijk zijn om de totstandkoming van PPS-projecten te bevorderen en die in verhouding staan tot dat doel, waarbij gewaarborgd moet worden dat ter zake van het onroerend erfgoed van het gewest een gezond beleid wordt gevoerd.

Zoals reeds uiteengezet is, is zulk een herziening slechts nuttig en doeltreffend op voorwaarde dat het begrip PPS nauwkeuriger wordt gedefinieerd. Wat dat betreft, wordt verwezen naar algemene opmerking I.A.

Artikel 9 van het voorontwerp

Artikel 9 van het voorliggende voorontwerp luidt als volgt:

“De Regering en de bevoegde organen van de gewestelijke instellingen kunnen mits een bijzondere en omstandige motivering zakelijke rechten vestigen op de onroerende goederen die behoren tot het openbaar domein, voor zover de gevestigde zakelijke rechten niet kennelijk onverenigbaar zijn met de bestemming van deze goederen.

Voor de vestiging van zakelijke rechten met een termijn van meer dan 30 jaar dient in een bijzondere motivering te worden voorzien”.

Voor wat de gemeenten, de gemeentebedrijven, de intercommunales en de rechtspersonen opgericht krachtens het ontworpen artikel 10, eerste lid, betreft, vindt deze bepaling respectievelijk haar tegenhanger in het ontworpen artikel 237*bis*, onder artikel 14, in het ontworpen artikel 263*sexies*, § 1, tweede lid, onder artikel 14, in het ontworpen artikel 27*bis*, onder artikel 15, en in artikel 10, vierde lid, van het voorliggende voorontwerp⁴⁵.

In de bespreking van artikel 9 van het voorontwerp staat het volgende:

“Dit artikel machtigt de Regering evenals de bevoegde organen van de gewestelijke instellingen om zakelijke rechten te vestigen op onroerende goederen die behoren tot het openbaar domein van het Gewest.

⁴⁵ Zie ook, wat artikel 10, vierde lid, betreft, de bijzondere opmerking die hierna over dat artikel wordt gemaakt.

Deze bevoegdheid gaat evenwel gepaard met de verplichting om een dergelijke beslissing met redenen te omkleden en erop toe te zien dat zij niet leidt tot de vestiging van zakelijke rechten die onverenigbaar zijn met de bestemming van de betrokken goederen, wat volgens de rechtsleer en de rechtspraak (Hof van Cassatie, arrest van 18 mei 2007) een basisvoorwaarde vormt voor een dergelijke vestiging.

De door de bepalingen van dit artikel ingevoerde machtiging, die volledig van toepassing is aangezien zij vastgesteld is bij ordonnantie, is van groot belang, daar zij het voor de privé-partner of het gemengde-economiebedrijf waaraan deze rechten zijn overgedragen, mogelijk maakt het betrokken bouwwerk te financieren en te verwezenlijken”.

Uit de memorie van toelichting blijkt dat de steller van het voorontwerp volledig op de hoogte is van de rechtspraak van het Hof van Cassatie met betrekking tot het openbaar domein, inzonderheid van het arrest van 18 mei 2007, en zich wil houden aan de grenzen die aldus door de rechtspraak zijn vastgesteld met betrekking tot het vestigen van zakelijke rechten op een goed dat tot het openbaar domein behoort.

Wat dat betreft, moet de aandacht van de steller van het voorontwerp erop worden gevestigd dat die rechtspraak strikte voorwaarden oplegt voor het vestigen van zakelijke rechten op het openbaar domein.

Zo heeft het Hof van Cassatie in zijn voornoemd arrest van 18 mei 2007⁴⁶ erop gewezen dat “(indien) een goed tot het openbare domein (behoort) en (...) het zodoende bestemd (is) tot het gebruik van allen, (...) niemand een privaat recht (kan) verwerven dat het bedoelde gebruik zou kunnen belemmeren en dat afbreuk zou kunnen doen aan het recht van de overheid om het te allen tijde, gelet op dat gebruik, te regelen”; volgens het Hof evenwel “(kan) voor zover (...) een privaat recht van opstal voormelde bestemming niet verhindert, (...) het worden gevestigd op een goed van het openbare domein”.

⁴⁶ Zie met betrekking tot deze beslissing en tot het vestigen van zakelijke rechten op een goed dat tot het openbaar domein behoort, inzonderheid F. MOÏSES, J.-F. JAMINET en A. VANDEBURIE, “Promotion immobilière publique – Partenariats public-privé en Région wallonne et en Communauté française”, 324 e.v. (inz. Voetnoot 703 wat betreft het arresten de commentaren erop), Larcier, Brussel, 2009 ; zie ook, voor een studie (daterend van vóór het arrest van het Hof van Cassatie van 18 mei 2007, P. BOUCQUEY en V. OST, *La domanialité publique à l’épreuve des partenariats public-privé*, in “Les partenariats public-privé (P.P.P.) : un défi pour le droit des services publics”, Die Keure, Brussel, 2005, 233 e.v.

De rechtspraak waarop de steller van het voorontwerp zich naar eigen zeggen baseert, aanvaardt dus dat zakelijke rechten kunnen worden gevestigd op een goed dat tot het openbaar domein behoort indien die rechten:

1° het gebruik door iedereen, waartoe het goed bestemd is, niet belemmeren;

2° geen afbreuk doen aan het recht van de overheid om te allen tijde en gelet op dat gebruik regels uit te vaardigen aangaande dat goed .

Die voorwaarden blijken heel wat strenger te zijn dan de voorwaarden die in de ontworpen regeling worden gesteld, namelijk:

1° een bijzondere en omstandige motivering van de vestiging van het zakelijk recht, en voor een recht van meer dan 30 jaar een bijzondere (lees: “specifieke”) motivering;

2° het zakelijk recht mag niet “kennelijk onverenigbaar” zijn met de bestemming van het goed.

Bovendien draagt de rechtsfiguur van het openbaar domein ertoe bij dat de inachtneming van het algemene rechtsbeginsel van de continuïteit van de openbare dienst gewaarborgd wordt, zoals de afdeling Wetgeving reeds heeft opgemerkt⁴⁷.

Het lijkt echter geen twijfel dat het verlenen van zakelijke rechten op het openbaar domein de continuïteit van de betreffende openbare dienst in het gedrang kan brengen. Wat dat betreft, moet worden vastgesteld dat de voorwaarden gesteld door de ontworpen regeling voor het vestigen van zakelijke rechten op het openbaar domein te vaag blijken te zijn en de gestrengheid ontberen die nodig lijkt om de continuïteit van de openbare dienst met zekerheid veilig te stellen.

Zo bijvoorbeeld wordt een “bijzondere en omstandige” motivering, of zelfs een “specifieke” motivering vereist, maar het gehanteerde criterium is te vaag en onduidelijk; zo wordt enkel vereist dat de vestiging van het zakelijk recht niet “kennelijk onverenigbaar” is met de bestemming van het goed.

⁴⁷ Zie in die zin advies 40.372/1/2/3/4, op 8 mei 2006 gegeven over de bepalingen die de artikelen 28 tot 30 van de programmawet van 20 juli 2006 zijn geworden (*Parl.St.* Kamer, nr. 51-2517/001, 102); zie ook advies 42.245/2, op 28 februari 2007 gegeven over een voorontwerp dat geleid heeft tot de wet van 9 mei 2007 betreffende de oprichting van een commerciële vastgoedmaatschappij door de Staat (*Parl.St.* Kamer, nr. 51-2995/001, 8-11); zie wat betreft het principe van de continuïteit van de openbare dienst, D. DE ROY, “Le principe de continuité du service public et la situation de l’usager” noot bij Cass., 12 februari 2004, R.C.J.B., 2005, 207-249.

De ontworpen tekst moet zo worden herzien dat een regeling wordt ingevoerd die gebaseerd is op strengere en duidelijkere eisen en procedures, zodat gewaarborgd wordt dat de betreffende zakelijke rechten alleen gevestigd worden indien daardoor in de praktijk daadwerkelijk geen afbreuk wordt gedaan aan de continuïteit van de betreffende openbare dienst.

Artikel 10 van het voorontwerp

Los van wat gezegd is in algemene opmerking I.B., geeft het vierde lid van de voorliggende bepaling aanleiding tot een soortgelijke opmerking als die welke hierboven is gemaakt bij artikel 9.

Artikel 12 van het voorontwerp

Het ontworpen artikel 12 laat na te regelen wat de gevolgen zijn voor een PPS-project waarvoor in voorkomend geval een verkavelingsvergunning nodig is⁴⁸.

De ontworpen tekst moet wat dat betreft worden aangevuld.

Artikel 13 van het voorontwerp

1. Artikel 13 van het voorontwerp luidt als volgt:

“De Regering is gemachtigd de gewestelijke waarborg te verlenen voor de bedragen in het kader van een gewestelijk PPS-project verschuldigd zijn door de gewestelijke instellingen, en dit binnen de perken van het bij ordonnantie vastgestelde maximumbedrag”.

De tegenhanger van deze bepaling voor de lokale PPS-projecten van de gemeenten en de intercommunales is terug te vinden in het ontworpen artikel 237^{sexies}, onder artikel 14, en in het ontworpen artikel 27^{sexies}, onder artikel 15.

⁴⁸ Zie artikel 175 van het BWRO, dat zowel afwijkt van artikel 98 (stedenbouwkundige vergunning) als van artikel 103 (verkavelingsvergunning) van dat wetboek.

Zoals de afdeling Wetgeving van de Raad van State reeds vaak in herinnering heeft gebracht, staat het aan de wetgever, wanneer hij de uitvoerende macht wil machtigen om de gewestelijke waarborg te verlenen, het plafond vast te stellen ten belope waarvan die waarborg kan worden toegekend, gelet op de weerslag van deze waarborg op de begroting van het gewest⁴⁹.

De voorliggende bepaling is in die zin gesteld.

Ze stelt echter niet zelf het plafond van de waarborg vast; ze verwijst daartoe naar een “bij ordonnantie vastgesteld maximumbedrag”.

De ontworpen ordonnantie verwijst dus naar een andere ordonnantie die nog uitgevaardigd moet worden.

De bespreking van de voorliggende bepaling, waarin sprake is van “het beginsel van de jaarperiodiciteit van de begroting”, wekt de indruk dat de wetgever dat bedrag jaarlijks zal vaststellen.

De ontworpen regeling moet zo worden aangevuld dat zulks duidelijk blijkt.

De onderzochte bepaling zou bovendien, zoals ze is gesteld, begrepen kunnen worden alsof ze toestaat dat de regering de gewestelijke waarborg ook kan verlenen wanneer de ordonnantiegever terzake geen plafond heeft vastgesteld⁵⁰.

⁴⁹ Zie in die zin inzonderheid advies 24.108/9, op 8 maart 1995 gegeven over een voorontwerp dat het decreet van 6 april 1995 betreffende het beheer van psychiatrische ziekenhuizen in het Waals Gewest is geworden (*Parl.St.* W.Parl. 1994-95, nr. 332/1), advies 29.782/2, op 17 januari 2000 gegeven over een voorontwerp van decreet dat geleid heeft tot het decreet van 24 maart 2000 waarbij een waarborg van het Waals Gewest wordt verleend aan bepaalde bedrijven die door de dioxinecrisis van 1999 werden getroffen (*Parl.St.* W.Parl. 1999-2000, nr. 87/1) en advies 33.120/2, op 24 april 2002 gegeven over een voorontwerp dat geleid heeft tot het decreet van 11 juli 2002 houdende organisatie van het statuut van de “*Société wallonne de financement et de garantie des petites et moyennes entreprises*” (Waalse maatschappij voor de financiering en de waarborg van de kleine en middelgrote ondernemingen), in het kort “SOWALFIN” (*Parl.St.* W.Parl. 2001-02, nr. 371/1, 19-25). Zie ook advies 30.997/2, op 11 december 2000 gegeven over een voorontwerp dat de ordonnantie van 28 juni 2001 betreffende het Fonds voor de financiering van het waterbeleid is geworden (*Parl.St.* Br.Parl. 2000-01, nr. A-175/1, 12-15), advies 41.456/4, op 16 oktober 2006 gegeven over het ontwerp van koninklijk besluit dat het koninklijk besluit van 10 november 2006 tot wijziging van de beheersstructuren van de spoorweginfrastructuur is geworden, en advies 41.662/1/2/3/4, op 14, 16 en 17 november 2006 gegeven over een voorontwerp dat de programmawet (I) van 27 december 2006 is geworden (*Parl.St.* Kamer nr. 51-2773/002, 436).

⁵⁰ In dat geval kan de waarborg uiteraard nooit het “bij ordonnantie vastgestelde maximumbedrag” overschrijden.

Om de hierboven genoemde reden is zulk een regeling onaanvaardbaar. De ontworpen tekst moet zo worden gesteld dat duidelijk blijkt dat geen enkele waarborg kan worden verleend indien de ordonnantiegever verzuimd heeft het plafond daarvan vast te stellen.

2. De werkwijze waarbij de regering de mogelijkheid wordt geboden de gewestelijke waarborg te verlenen voor economische transacties⁵¹ waarbij onder meer privépartners betrokken zijn, kan beschouwd worden als staatssteun in de zin van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie⁵².

De waarborgen die inzake PPS-projecten verleend zullen worden, zouden dus in principe⁵³ moeten worden aangemeld, zoals vereist bij het Europees recht inzake staatssteun.

Tenzij de ontworpen regeling wordt aangevuld zoals aangegeven in de bovenstaande opmerking 1, moet die aanmelding nu reeds plaatsvinden.

Artikel 14 van het voorontwerp
Ontworpen artikel 237bis

Verwezen wordt naar de opmerking die hierboven aangaande artikel 9 van het voorontwerp is gemaakt.

⁵¹ *In casu* klaarblijkelijk voornamelijk vastgoedtransacties.

⁵² Vergelijk met advies 45.275/2, op 2 oktober 2008 gegeven over een voorontwerp dat geleid heeft tot de wet van 15 oktober 2008 houdende maatregelen ter bevordering van de financiële stabiliteit en inzonderheid tot instelling van een staatsgarantie voor verstrekte kredieten en andere verrichtingen in het kader van de financiële stabiliteit (*Parl.St.* Kamer 2008-09, nr. 1470/1, 15 tot 21, inz. 16); zie ook advies 46.046/2/4, op 23 februari 2009 verstrekt over een voorontwerp van decreet van het Waals Gewest “portant des mesures du plan anti-crise Gouvernementale du 5 décembre 2008 et des dispositions diverses” (*Parl.St.* W. Parl. 2008-09, nr. 954/1, 14-16). Over de noodzaak om rekening te houden met de regels inzake staatssteun wanneer een waarborg van de overheid toegekend wordt aan een financieel ondernemer, zie ook, bij analogie, de overwegingen in het verslag aan de Koning dat voorafgaat aan het koninklijk besluit van 10 december 2008 houdende de waarborg van bepaalde risico's opgelopen door financiële instellingen (*Belgisch Staatsblad*, 19 december 2008, 2^e uitg., 67231 tot 67233, inz. 67232).

⁵³ Zie evenwel, waar het gaat om de-minimissteun, verordening (EG) nr. 1998/2006 van de Commissie van 15 december 2006 betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het Verdrag op de-minimissteun.

Ontworpen artikel 237ter (in samenhang met het ontworpen artikel 27ter, onder artikel 15)

Onder voorbehoud van algemene opmerking I.C. geeft het ontworpen artikel 237ter voorts aanleiding tot de volgende opmerkingen.

Het ontworpen artikel 237ter van de nieuwe gemeentewet luidt als volgt:

“Art. 237ter. Voor de verwezenlijking van lokale PPS-projecten in de zin van de ordonnantie betreffende publiek-private samenwerking in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest kan de gemeente op grond van het private vennootschaps- of verenigingsrecht instellingen, verenigingen en ondernemingen oprichten of erin deelnemen, voor zover dit geen bevoegdheidsoverdracht inhoudt”.

Deze bepaling moet gelezen worden in samenhang met de bepaling die het nieuwe artikel 27ter zou moeten worden van de wet van 22 december 1986 betreffende de intercommunales (onder artikel 15 van het voorliggende voorontwerp), dat luidt als volgt:

“Art. 27ter. Voor de verwezenlijking van lokale PPS-projecten in de zin van de ordonnantie betreffende publiek-private samenwerking in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest kan de intercommunale, in naleving van de wetgeving op de overheidsopdrachten, op grond van het private vennootschaps- of verenigingsrecht instellingen, verenigingen en ondernemingen oprichten of erin deelnemen, voorzover het maatschappelijk doel van deze rechtspersoon verenigbaar is met dat van de intercommunale en deze beslissing goedgekeurd wordt door de algemene vergadering”.

Wanneer ze in onderlinge samenhang worden gelezen, geven deze bepalingen aanleiding tot de volgende opmerkingen:

1. Het ontworpen artikel 237ter bepaalt dat de gemeenten instellingen, verenigingen en ondernemingen kunnen oprichten “voor zover dit geen bevoegdheidsoverdracht inhoudt”.

Die precisering strekt ertoe de gemeenten een grens op te leggen die eigenlijk vanzelf spreekt. Ze is dus overbodig. Bovendien kan, doordat ze niet voorkomt in het ontworpen artikel 27ter, *a contrario* de indruk worden gewekt dat die beperking niet geldt wanneer een intercommunale in een vereniging of een vennootschap deelneemt krachtens het genoemde artikel 27ter, wat onjuist is en waarvoor overigens geen steun gevonden kan worden in de memorie van toelichting.

Bijgevolg behoren, om iedere onduidelijkheid in dat verband te voorkomen, in het ontworpen artikel 237ter de woorden “voor zover dit geen bevoegdheidsoverdracht inhoudt” te worden geschrapt.

2. Het ontworpen artikel 27ter voorziet in de mogelijkheid voor intercommunales om op basis van het privaatrecht instellingen, verenigingen of ondernemingen op te richten “in naleving van de wetgeving op de overheidsopdrachten”. Uit de bespreking van het artikel blijkt dat de steller van het voorontwerp niet de bedoeling heeft het toepassingsgebied van de wetgeving op de overheidsopdrachten uit te breiden, maar er wenst aan te herinneren dat de bedoelde handelingen overheidsopdrachten kunnen vormen in de zin van het Europees recht en het interne recht.

De ontworpen tekst beoogt dus aan de intercommunales een grens “op te leggen”, die in werkelijkheid vanzelfsprekend is: in de gevallen waarin de handelingen die kunnen worden gesteld overheidsopdrachten vormen in de zin van de regelgeving ter zake, is de intercommunale ertoe gehouden deze regelgeving na te leven.

Deze precisering is overbodig. Het komt de Brusselse Hoofdstedelijke Regering overigens niet toe eraan te herinneren dat bepaalde regels die niet tot haar bevoegdheid behoren, zoals de algemene regels inzake overheidsopdrachten, van toepassing zijn.

Doordat deze beperking niet voorkomt in het ontworpen artikel 237ter, zou men bovendien geneigd kunnen zijn hieruit *a contrario* af te leiden dat ze niet geldt wanneer een gemeente in een vereniging of een vennootschap deelneemt krachtens het genoemde artikel 237ter, wat onjuist is en geen enkele steun vindt in de memorie van toelichting.

In het ontworpen artikel 27ter dienen derhalve de woorden “in naleving van de wetgeving op de overheidsopdrachten” te vervallen.

3. Tot slot moeten het ontworpen artikel 237ter van de nieuwe gemeentewet, alsmede het ontworpen artikel 27ter van de wet van 22 december 1986 betreffende de intercommunales worden herzien in het licht van de opmerkingen die voorafgaan.

Ontworpen artikel 237quinquies

Er wordt verwezen naar de bovenstaande opmerking betreffende artikel 12 van het voorontwerp.

Ontworpen artikel 237sexies

Verwezen wordt naar de bovenstaande opmerking betreffende artikel 13 van het voorontwerp.

Ontworpen artikel 263sexies, § 1, tweede lid

Er wordt verwezen naar de bovenstaande opmerking betreffende artikel 9 van het voorontwerp.

Artikel 15 van het voorontwerp

Ontworpen artikel 27bis

Er wordt verwezen naar de bovenstaande opmerking betreffende artikel 9 van het voorontwerp.

Ontworpen artikel 27ter

Er zij aan herinnerd dat het ontworpen artikel 27ter ertoe strekt het intercommunales mogelijk te maken om voor de verwezenlijking van lokale PPS-projecten vennootschappen of verenigingen op te richten of erin deel te nemen, inzonderheid “voor zover het maatschappelijk doel van deze rechtspersoon verenigbaar is met dat van de intercommunale”.

Het woord “verenigbaar” is verkeerd gebruikt. Het kan immers de indruk wekken dat de intercommunale een vennootschap of vereniging zou kunnen oprichten of er participaties in zou kunnen nemen in alle gevallen waarin dit geen afbreuk kan doen aan het doel dat ze nastreeft, zelfs indien deze handeling niet bijdraagt aan de verwezenlijking van haar doel.

Met een dergelijke machtiging wordt het beginsel van de specialiteit van rechtspersonen geschonden.

Het zou beter zijn de woorden “voor zover het maatschappelijk doel van deze rechtspersoon verenigbaar is met dat van de intercommunale” te vervangen door de woorden “voor zover de beoogde handeling bijdraagt tot de verwezenlijking van het doel van de intercommunale”⁵⁴.

Voor het overige wordt verwezen naar de bijzondere opmerkingen over het ontworpen artikel 237^{ter}, onder artikel 14.

Ontworpen artikel 27^{quinquies}

Er wordt verwezen naar de bovenstaande opmerking betreffende artikel 12 van het voorontwerp.

Ontworpen artikel 27^{sexies}

Verwezen wordt naar de bovenstaande opmerking betreffende artikel 13 van het voorontwerp.

Artikelen 14 en 15 van het voorontwerp

In de ontworpen bepalingen dient de ordonnantie betreffende de publiek-private samenwerking in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest met haar datum te worden vermeld.

⁵⁴ Vergelijk met artikel L1512-5 van het Waals Wetboek van de plaatselijke democratie en de decentralisatie.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	R. ANDERSEN,	eerste voorzitter van de Raad van State,
	J. JAUMOTTE,	staatsraden,
	L. DETROUX,	
Mevrouw	C. GIGOT,	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 Heer J. JAUMOTTE.

DE GRIFFIER

DE EERSTE VOORZITTER

C. GIGOT

R. ANDERSEN