



CONSEIL D'ÉTAT

section de législation

avis 52.936/2
du 20 mars 2013

sur

un avant-projet de décret 'modifiant le décret du
17 juillet 2003 portant constitution d'un Institut wallon de
formation en alternance et des indépendantes et petites et
moyennes entreprises'

Le 26 février 2013, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Vice-Président et Ministre du Budget, des Finances, de l'Emploi, de la Formation, des Sports et de la Politique aéroportuaire de la Région wallonne à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de décret 'modifiant le décret du 17 juillet 2003 portant constitution d'un Institut wallon de formation en alternance et des indépendantes et petites et moyennes entreprises'.

L'avant-projet a été examiné par la deuxième chambre le 20 mars 2013. La chambre était composée de Yves KREINS, président de chambre, Pierre VANDERNOOT et Martine BAGUET, conseillers d'État, Yves DE CORDT et Christian BEHRENDT, assesseurs, et Bernadette VIGNERON, greffier.

Le rapport a été présenté par Patrick RONVAUX, auditeur.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 20 mars 2013.

*

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1°, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, tel qu'il est remplacé par la loi du 2 avril 2003, la section de législation limite son examen au fondement juridique de l'avant-projet, à la compétence de l'auteur de l'acte ainsi qu'à l'accomplissement des formalités préalables, conformément à l'article 84, § 3, des lois coordonnées précitées.

Sur ces trois points, l'avant-projet appelle les observations suivantes.

EXAMEN DE L'AVANT-PROJET

FORMALITÉS PRÉALABLES

L'article 19, § 2, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 22 décembre 2000 'fixant les principes généraux du statut administratif et pécuniaire des agents de l'État applicables au personnel des services des Gouvernements de Communauté et de Région et des Collèges de la Commission communautaire commune et de la Commission communautaire française ainsi qu'aux personnes morales de droit public qui en dépendent' (ci-après dénommé : l'arrêté royal du 22 décembre 2000) dispose que

« (...) les autorités auxquelles le présent arrêté est applicable sont tenues d'informer l'autorité fédérale compétente en matière de pensions de tout projet ou proposition de décret, d'ordonnance ou de règlement contenant des mesures pouvant avoir une incidence sur la situation en matière de pension de leur personnel nommé à titre définitif ou y assimilé ».

Cet arrêté s'applique donc aux services de la Région wallonne ainsi qu'aux organismes publics qui en dépendent, parmi lesquels l'Institut.

La modification en projet à l'article 23 de l'avant-projet a trait précisément au régime de pension des membres du personnel de l'Institut. Or, il ne résulte pas du dossier soumis au Conseil d'État que le Ministre des Pensions en a bien été formellement informé.

Si ce n'est chose faite, l'auteur de l'avant-projet veillera à accomplir la formalité requise.

DISPOSITIF

Article 2

À l'article 2, 4°, en projet, la Région wallonne n'est pas compétente pour déterminer que l'apprentissage constitue une formation « qui répond à l'obligation scolaire ».

Les mots « qui répond à l'obligation scolaire » sont au surplus inutiles puisque l'article 1^{er}, § 1^{er}, alinéas 3 et 4, de la loi du 29 juin 1983 'concernant l'obligation scolaire' prévoient déjà que suivre ce type de formation satisfait à l'obligation scolaire.

Article 3

Au 1^o, dès lors que le décret du 17 juillet 2003 'portant constitution d'un Institut wallon de formation en alternance et des indépendantes et des petites et moyennes entreprises' a notamment pour objet de créer l'Institut wallon de formation en alternance et des indépendants et petites et moyennes entreprises, la section de législation n'aperçoit pas pourquoi l'alinéa en projet, qui remplace l'article 3, alinéa 1^{er}, du décret du 17 juillet 2003, ne prévoit plus que l'IFAPME « est créé » par le décret qui l'institue.

Article 4

En ce qui concerne l'alinéa 1^{er}, dès lors que les lois du service public s'appliquent d'office à tout organisme d'intérêt public, la disposition en projet est inutile. Elle ne présenterait un intérêt que si elle déterminait concrètement le contenu normatif et les obligations qu'imposent les principes qu'elle énonce, ce qu'elle reste en défaut de faire ¹.

Le même constat est applicable aux « principes généraux de transparence et de lisibilité de son action, de simplification administrative, d'efficacité et d'efficience publique visant à l'optimisation et à l'allocation optimale des moyens et ressources disponibles » qui sont visés à l'alinéa 2 : l'action d'un organisme d'intérêt public est en effet soumise au respect des principes généraux du droit administratif lesquels, par nature, sont d'application en dehors de tout texte les prévoyant. Une intervention légale en ce domaine ne peut donc avoir de sens que si elle se donne pour objet d'énoncer les droits et les obligations qui se déduisent, dans la matière abordée par l'avant-projet, des « principes généraux » évoqués.

Quant à l'alinéa 3, il reste également en défaut de déterminer le régime juridique de la « gestion intégrée des plaintes » qu'il envisage.

L'article 4 doit donc ou bien être omis ou bien substantiellement complété en énonçant les droits et obligations concrets qui s'appliqueront à l'Institut en vertu des principes généraux et lois évoqués dans cette disposition.

¹ Sur l'identification des lois du service public, leur contenu et leur place dans la hiérarchie des normes, voir D. RENDERS et L. VAN SNICK, « La place des lois du service public dans la hiérarchie des normes » et F. TULKENS, « Transparence, qualité et efficacité : nouveaux ou futurs principes de fonctionnement des services publics » in H. DUMONT, P. JADOUL, B. LOMBAERT, F. TULKENS, S. VAN DROOGHENBROEK (dir.) *Le service public, 2. Les lois du service public*, bibliothèque de droit administratif, n° 10, la charte, 2009.

Article 8

Compte tenu du fait que les missions du comité de gestion sont dorénavant mentionnées, en vertu de l'article 10 de l'avant-projet, à l'article 10 du décret précité du 17 juillet 2003, les mots « , organe compétent pour accomplir tous les actes nécessaires ou utiles à la réalisation des missions de celui-ci » devraient être supprimés de l'article 8 du même décret.

Article 9

Dès lors que la disposition en projet tend à confier une mission précise au Comité de gestion qui est un organe de l'Institut, il y a lieu de remplacer les mots « l'Institut trois mois avant le renouvellement du Comité de gestion » par les mots « le Comité de gestion trois mois avant son renouvellement ».

Article 14

1. Conformément au principe de légalité qui se déduit de l'article 9 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, les éléments essentiels des missions et du fonctionnement du comité d'audit doivent résulter du texte en projet et non d'une « Charte » que ledit comité aurait établie lui-même dans les conditions visées à l'article 10^{ter}, § 2, alinéa 3, en projet.

2. L'article 9, 4°, de l'avant-projet modifie l'article 9, § 2, alinéa 1^{er}, première phrase, du décret précité du 17 juillet 2003 pour fixer la durée du mandat des membres du comité de gestion à cinq ans, cette durée étant fixée à quatre ans dans le texte actuel.

À l'article 10^{ter}, § 2, alinéa 4, 3°, en projet à l'article 14, il y a lieu en conséquence de remplacer le mot « quatre » par le mot « cinq ».

Article 15

Aucune habilitation décrétable n'étant requise pour poser des actes dans le respect des législations et réglementations en vigueur, l'article 10^{quater}, en projet, est inutile.

Il doit donc ou bien être omis ou bien mieux précisé quant à l'objet et à la nature du régime juridique qu'il entendrait organiser.

Article 17

Quant à la forme, le 2° reste en défaut d'indiquer où s'insère la modification en projet : il s'agit à l'évidence du paragraphe 2 de l'article 12 du décret précité du 17 juillet 2003.

Quant au fond, pour éviter de créer une confusion entre les pouvoirs des divers organes, il serait utile de préciser dans le 2°*bis*, en projet, si le pouvoir dévolu à l'administrateur général de « décider de l'organisation interne des services » signifie que cette question échappe désormais aux compétences du comité de gestion ou plutôt si ce pouvoir doit être exercé dans le respect des directives éventuelles données par ledit comité.

Article 19

Au 1°, c'est « le décret du 12 février 2004 relatif aux commissaires du Gouvernement et aux missions de contrôle des réviseurs au sein des organismes d'intérêt public pour les matières réglées en vertu de l'article 138 de la Constitution » qu'il faut viser.

Article 22

1. Il va de soi que la fixation des règles générales applicables au personnel sous contrat de travail ne pourra se faire que dans le respect notamment de la loi du 3 juillet 1978 'relative aux contrats de travail'.

2. Le nouvel alinéa en projet se bornant à rappeler une faculté qui découle déjà de l'arrêté royal du 22 décembre 2000, ce texte figurerait plus adéquatement dans l'exposé des motifs.

Articles 27 et 28

1.1. Au 1°, l'article 21, § 1^{er}, alinéa 2, en projet, du décret précité du 17 juillet 2003 est rédigé comme suit :

« L'agrément d'un centre constitue un mandatement à gérer un S.S.I.G. pour les missions de services publics qui lui sont confiées et le subventionnement permet de compenser, pour la partie de la formation qui repose sur une activité de production de services, la perte de productivité liée aux obligations de service public».

1.2. Du point de vue du droit interne, compte tenu de l'article 58, alinéa 1^{er}, du décret du 15 décembre 2011 'portant organisation du budget et de la comptabilité des Services du Gouvernement wallon', cette disposition précise utilement l'objet de la subvention dans le décret lui-même.

1.3. Compte tenu de sa formulation, cette disposition doit également être mise en relation avec les règles de l'Union européenne relatives aux aides d'État et à leurs conditions d'application aux compensations octroyées pour la prestation de services d'intérêt économique général ².

Selon ces règles, lorsque le prestataire d'un service d'intérêt général doit être considéré comme une entreprise au sens autonome de cette notion en droit européen des aides d'État, il convient de vérifier, pour assurer une concurrence non faussée, que le financement que ce prestataire reçoit en vue de compenser les missions de service public dont il est chargé ne lui procure pas un avantage constitutif d'une aide d'État.

1.4. L'on peut à ce stade observer qu'il résulte de la communication de la Commission relative à l'application des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État aux compensations octroyées pour la prestation de services d'intérêt économique général, singulièrement de ses considérants 26 à 31, que la matière de la « formation professionnelle » présente une nature non économique qui empêche de considérer, en principe, que les organismes qui la dispensent seraient des entreprises pour l'application des règles relatives aux aides d'État.

Toutefois, il ne peut être exclu que dans certains cas de figure particuliers, la subvention puisse malgré tout recevoir la qualification d'aides d'État.

Dans cette éventualité, il convient de rappeler que les divers instruments juridiques dont il est question à la note 2, se fondant eux-mêmes sur la jurisprudence de la Cour de Justice en la matière, ont déterminé les conditions à remplir pour que des compensations de service public ne constituent pas des aides d'État.

En substance, sont successivement analysés :

- la question de savoir si l'on est ou non en présence d'un service d'intérêt économique général ;
- les conditions à remplir pour charger correctement un prestataire d'effectuer des obligations de service public ;

² Concernant les règles européennes applicables, voir spécialement : la Communication du 20 décembre 2011 de la Commission relative à l'application des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État aux compensations octroyées pour la prestation de services d'intérêt économique général (*J.O.*, C-8, p. 4) ; le règlement (UE) n° 360/2012 de la Commission du 25 avril 2012 relatif à l'application des articles 107 et 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides *de minimis* accordées à des entreprises fournissant des services d'intérêt économique général (*J.O.*, L-114, p. 8) ; la décision de la Commission du 20 décembre 2011 relative à l'application de l'article 106, paragraphe 2, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides d'État sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de service d'intérêt économique général (*J.O.*, L-7, p. 3) ; la communication de la Commission concernant l'encadrement de l'Union européenne applicable aux aides d'État sous forme de compensations de service public (*J.O.*, C-8, p.15). Pour un commentaire de ces différents instruments, voir A. LEPIECE, « Le paquet post-Altmark II – Réforme de la réglementation européenne sur le financement des services publics », *J.D.E.*, 2012, pp. 205-212).

- les paramètres à prendre en compte pour calculer la compensation ;
- la nécessité d'éviter toute surcompensation ;
- les règles à respecter pour sélectionner le ou les prestataires du service.

Au regard du degré de détail et d'exigence des règles prévues dans les instruments juridiques précités, l'alinéa en projet, dont la teneur a été rappelée ci-dessus, serait alors inopérant pour rencontrer ces critères.

La réponse à la question de savoir si le mandat donné aux différents centres de formation professionnelle et les subventionnements qui leur sont procurés sont ou non conformes aux règles de l'Union ne dépend en effet pas de l'alinéa en projet mais de l'examen de l'ensemble des textes actuellement en vigueur dans le domaine de la formation professionnelle en Région wallonne, examen dont la section de législation ne saurait être considérée comme saisie sur la base de l'insertion du seul alinéa en projet.

2. Au 2°, le paragraphe 2, en projet, prévoit que « des objectifs pour l'affectation des subventions » seront déterminés dans une convention. Il est rappelé qu'une telle convention ne peut régler les éléments essentiels d'une subvention qui participeraient du régime organique de celle-ci.

3. Les paragraphes 3 à 6 que le 2° insère à l'article 21 du décret précité du 17 juillet 2003 imposent des contraintes importantes aux centres de formation, lesquels sont des personnes morales de droit privé.

Selon le paragraphe 3, le Gouvernement est ainsi habilité à fixer des obligations « pour favoriser la visibilité et la notoriété du Réseau IFAPME ». Au paragraphe 4, il est imposé aux centres de transmettre annuellement à l'Institut toute une série d'informations sur sa gestion et ses objectifs, informations susceptibles de contenir des données personnelles liées aux rémunérations (voir le paragraphe 4, 7°) et le Gouvernement est habilité à établir l'ordre de priorité concernant le plan d'affectation des bonis de l'association. Le paragraphe 5 oblige, quant à lui, les centres à ouvrir « tous leurs comptes financiers et tous leurs placements et de verser tous leurs avoirs et leurs placements auprès de la même entreprise de crédit que celle de l'Institut » et à confier à cette entreprise de crédit « l'exécution matérielle de ses opérations de recettes et dépenses et la tenue de tous ses comptes financiers dans les mêmes conditions que celles applicables à l'Institut ». Le même paragraphe précise encore que « les centres qui sont titulaires d'un ou plusieurs comptes financiers et/ou de placements auprès d'une autre entreprise de crédit sont tenus de clôturer lesdits comptes » et que, sauf dérogation motivée, « le centre n'est pas autorisé à contracter une ligne de crédit sur son compte courant ». Le paragraphe 6 soumet toutes les modifications au statut à l'approbation du Gouvernement. Quant à l'article 28 de l'avant-projet, il prévoit à l'article 22, en projet, du décret précité du 17 juillet 2003 la présence obligatoire d'un membre du personnel de l'Institut pour assister de plein droit aux réunions de tout organe décisionnel

du centre et cet agent de l'Institut dispose du pouvoir « d'intervenir » à l'encontre de toute décision qu'il estimerait contraire à l'intérêt général et à la loi et de la suspendre.

Les modalités de fonctionnement des centres et le régime de tutelle auquel ils sont soumis en vertu des dispositions précitées sont donc similaires à celles que l'on rencontre traditionnellement pour des organismes d'intérêt public.

Or, la section de législation a souvent rappelé qu'au regard du principe de la liberté d'association, il ne peut être admis que, fût-ce sous le couvert de conditions d'agrément ou d'octroi de subventions, l'autorité publique en vienne à fixer des règles affectant profondément l'existence, l'organisation et le fonctionnement d'associations de droit privé ou à imposer aux activités de ces associations des contraintes telles que celles-ci seraient dénaturées dans leur essence même.

En l'espèce, constituent à tout le moins des ingérences excessives les dispositions citées ci-avant par lesquelles l'avant-projet permet au Gouvernement d'interférer dans l'affectation des bonis dégagés par l'association, impose une centralisation financière de tous les avoirs des centres et soumet ceux-ci à une tutelle de légalité et d'intérêt général pour toutes leurs décisions.

Les justifications avancées dans le commentaire de l'article 27 pour légitimer les ingérences concernées au regard du principe de la liberté d'association ne convainquent à cet égard pas car le parallélisme qui y est fait entre le régime applicable aux OIP et le régime applicable aux centres omet justement de rendre compte de ce que les centres ne sont pas des personnes morales de droit public mais des personnes morales de droit privé. Quant aux explications avancées liées à la saine gestion des deniers publics, elles ne sauraient justifier l'extension du périmètre de la centralisation financière aux deniers propres des centres. Enfin la considération selon laquelle seuls des centres ayant sollicité un agrément seront soumis à la réglementation en projet ne peut avoir pour effet de transformer une ingérence excessive en une ingérence admissible par le simple fait du consentement - supposé non contraint - des intéressés.

L'auteur de l'avant-projet paraît d'ailleurs avoir perdu de vue que la législation organique relative à l'octroi des subventions confère déjà à l'Institut de larges pouvoirs pour s'assurer de la bonne utilisation des deniers publics par ces derniers et qu'au delà de cette bonne utilisation, l'autorité n'a pas de titre particulier à faire valoir pour s'immiscer plus avant dans le contrôle interne de la gestion d'associations privées.

Les dispositions précitées seront donc revues pour éviter toute ingérence illégitime au regard de la liberté d'association dont bénéficie chaque centre.

Article 29

Quant à l'abrogation des articles existants relatifs à la commission de recours sans que ceux-ci soient remplacés par un nouveau régime de gestion des plaintes dont les

éléments essentiels seraient réglés par le décret, il est renvoyé à l'observation concernant l'alinéa 3, en projet, sous l'article 4 du présent avis.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

Bernadette VIGNERON

Yves KREINS