CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

avis 55.361/2
55.362/2
55.363/2

du 12 mars 2014

sur

- un avant-projet de décret de la Région wallonne 'portant assentiment à l'Accord de coopération entre la Région wallonne et la Communauté française relatif à la gouvernance dans l'exécution des mandats publics au sein des organismes publics et des entités dérivées de l'autorité publique' (55.361/2) ;

- un avant-projet de décret de la Région wallonne 'portant assentiment, pour les matières visées à l'article 138 de la Constitution, à l'Accord de coopération entre la Région wallonne et la Communauté française relatif à la gouvernance dans l'exécution des mandats publics au sein des organismes publics et des entités dérivées de l'autorité publique' (55.362/2) ;

- un avant-projet de décret de la Communauté française 'portant assentiment à l'accord de coopération entre la Région wallonne et la Communauté française relatif à la gouvernance dans l'exécution des mandats publics au sein des organismes publics et des entités dérivées de l'autorité publique' (55.363/2).

Le 12 février 2014, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Ministre-Président du Gouvernement wallon à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur :

- un avant-projet de décret de la Région wallonne 'portant assentiment à l'Accord de coopération entre la Région wallonne et la Communauté française relatif à la gouvernance dans l'exécution des mandats publics au sein des organismes publics et des entités dérivées de l'autorité publique' (55.361/2) ;

- un avant-projet de décret de la Région wallonne 'portant assentiment, pour les matières visées à l'article 138 de la Constitution, à l'Accord de coopération entre la Région wallonne et la Communauté française relatif à la gouvernance dans l'exécution des mandats publics au sein des organismes publics et des entités dérivées de l'autorité publique' (55.362/2).

Le 12 février 2014, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Ministre-Président du Gouvernement de la Communauté française à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de décret de la Communauté française 'portant assentiment à l'accord de coopération entre la Région wallonne et la Communauté française relatif à la gouvernance dans l'exécution des mandats publics au sein des organismes publics et des entités dérivées de l'autorité publique' (55.363/2).

Les avant-projets ont été examinés par la deuxième chambre le 12 mars 2014. La chambre était composée de Pierre VANDERNOOT, conseiller d'État, président, Martine BAGUET et Luc DETROUX, conseillers d'État, Sébastien VAN DROOGHENBROECK et Jacques ENGLEBERT, assesseurs, et Bernadette VIGNERON, greffier.

Le rapport a été présenté par Patrick RONVAUX, auditeur.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 12 mars 2014.

*

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1er, alinéa 1er, 2°, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, 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

Dans l'intitulé, l'Accord de coopération auquel il est porté assentiment doit aussi être identifié par la date à laquelle il a été conclu, à savoir le 6 février 2014.

EXAMEN DE L'ACCORD DE COOPÉRATION

DISPOSITIF

Article 1er

1. Dès lors que la conclusion d'un accord de coopération répond en l'espèce à l'intention d'uniformiser la réglementation applicable « à la gouvernance dans l'exécution de mandats publics » entre la Communauté française et la Région wallonne, réglementation dont les parties à l'accord souhaitent qu'elle leur soit commune, il n'y aurait normalement guère de sens, au paragraphe 1er, de rendre applicable à l'accord de coopération les définitions qui sont contenues dans les cinq décrets visés au paragraphe 1er.

En effet, comme ces décrets peuvent être modifiés unilatéralement selon les cas soit par le Parlement wallon, soit par le Parlement de la Communauté française, le mode opératoire choisi ne garantit pas à première vue que la réglementation concernée demeure à l'avenir commune aux deux parties à l'accord puisqu'elle est placée à la merci de modifications de définitions qui pourraient être apportées par une seule des parties.

Toutefois, en l'espèce, la référence qui est faite aux définitions contenues dans les cinq décrets énumérés au paragraphe 1er doit se comprendre comme une référence figée à ces décrets tels qu'ils sont actuellement en vigueur puisque les parties à l'accord ont pris le soin de se référer aux cinq décrets concernés « tel que modifié[s] », ce qui, selon les règles usuelles de la légistique formelle, a pour effet de figer la référence qui est faite.

Ainsi compris, le paragraphe 1er ne soulève pas de difficulté.

2. Au paragraphe 2, 2° et 3°, la question se pose de savoir pourquoi il est fait mention « d'organismes publics » au 2° et « d'organismes » au 3°.

Article 2

À l'alinéa 1, 2°, le Conseil d'État se demande quel est le sens des mots « directe ou indirecte ». En effet, une relation statutaire a une nature juridique propre qui n'est qualifiable ni de directe ni d'indirecte.

Article 3

1. Au paragraphe 2, l'on ne peut exclure qu'il soit difficile pour le destinataire de cette règle de déterminer au moment de la nomination la plus récente que celle-ci aura pour effet d'entraîner un dépassement du plafond admissible. Il n'est en outre pas exclu que le plafond soit atteint en cours de mandat en raison d'une augmentation de la rémunération d'un des mandats.

Mieux vaudrait dès lors envisager que les mesures nécessaires soient prises par l'intéressé dans le mois à dater de la première perception de la somme qui pose problème plutôt qu'à dater de la nomination la plus récente.

2. Au paragraphe 3, la précision que les « avantages de toute nature » visent les avantages assimilés à de la rémunération au sens du Code des impôts sur les revenus devrait être prévue dans le dispositif, ainsi que la précision selon laquelle ces avantages sont évalués à la valeur qui leur est donnée pour l'application du même Code.

Article 4

Il n'apparaît pas clairement si l'intention est que la rémunération liée à l'exercice du mandat dérivé revienne à l'organisme au sein duquel le mandat dérivé est exercé ou à l'organisme dont est issue la personne qui exerce le mandat dérivé.

Article 5

1. L'avant-projet énonce en substance trois règles liées à la gouvernance dans l'exécution des mandats publics : l'interdiction d'être titulaire de plus de trois mandats publics (article 2), l'interdiction de dépasser un plafond de rémunération pour l'exercice par une personne déterminée de l'ensemble des mandats publics qui lui sont confiés (article 3) et l'obligation pour le titulaire d'un mandat dérivé d'exercer celui-ci à titre gratuit (article 4).

L'article 5 détermine, quant à lui, les procédures à suivre et les sanctions applicables en cas de violation des règles prévues par les articles 2 à 4 de l'avant-projet.

Le point de départ de la procédure est le suivant : il faut qu'existent dans le chef du titulaire d'un mandat public des « indices sérieux de violation des articles 2, 3 ou 4 » pour lesquels l'organe de contrôle « dresse un avis dans lequel figurent les manquements susceptibles de lui être reprochés ».

La notification de cet avis à l'« autorité » [1] ouvre une première procédure de suspension : « si l'intérêt d'une bonne gouvernance l'exige », l'autorité peut suspendre la personne concernée [2].

La même notification ouvre une phase d'instruction contradictoire et formalisée menée par l'organe de contrôle [3]. Pendant cette phase d'instruction, l'autorité suspend « d'office » la personne concernée « s'il ressort du dossier qu'il existe des indices avérés de violation des articles 2, 3 ou 4 ». Il s'agit donc là d'une seconde procédure de suspension.

À l'issue de la phase d'instruction, l'organe de contrôle « dresse un avis motivé définitif sur l'existence ou non d'une violation » des articles 2 à 4.

L'autorité rend alors sa décision (sur le fond) : en cas de constat d'une violation des articles 2 ou 4, il y a révocation « d'office » des mandats publics qu'elle a confiés à l'intéressé ; en cas de violation de l'article 3, l'autorité peut révoquer « les mandats publics » qu'elle a confiés à l'intéressé ou prendre « les mesures » pour garantir le respect du plafond visé à l'article 3.

2. La manière dont cet article est conçu pose problème en raison de son inutile complication.

Il superpose en effet deux procédures de suspension provisoire et une procédure débouchant sur une décision de fond, ces trois procédures étant de surcroît imbriquées les unes dans les autres.

Or, il faudrait mieux séparer la procédure de suspension, qui devrait être unique [4], et la procédure sur le fond car ces deux procédures répondent à des impératifs différents. Une procédure de suspension lorsque des indices de violation des règles applicables sont présents débouche sur l'adoption d'une simple mesure d'ordre qui ne préjuge en rien de la « culpabilité » future de celui qui en est l'objet. Elle vise à aménager une situation d'attente et peut être décidée dès que l'autorité l'estime souhaitable sur la base d'indices sérieux. En instaurant une seule possibilité de suspension, on évite également de préjuger de la décision définitive, ce qui pourrait être le cas lorsqu'une décision de suspension est adoptée au terme de la seconde procédure de suspension puisqu'une telle décision

[1] Dans le contexte de l'accord, l'« autorité » ne peut être que celle qui a nommé le commissaire du gouvernement ou l'administrateur public dans un organisme visé par l'accord. Il s'agira donc généralement du Gouvernement ou du Ministre qu'il a éventuellement délégué à cet effet.

[2] Il s'agira d'une suspension « de son mandat public le plus récent » en cas de violation de l'article 2 et « de son mandat le moins rémunéré » en cas de violation des articles 3 ou 4 « pour autant qu'après la suspension de ce mandat, le plafond de rémunération visé à l'article 3 ne soit pas dépassé ».

[3] Il est cependant déjà prévu dans la première procédure de suspension provisoire qu'il ne peut y avoir suspension du mandat public que si l'autorité a entendu préalablement l'intéressé.

[4] Le Conseil d'État n'aperçoit en effet pas ce qu'apporte l'instauration de la seconde possibilité de suspension qui est prévue en cas d'indices avérés de violation des règles applicables : si une telle hypothèse se présente, l'autorité n'aura pas manqué de suspendre l'intéressé sur le fondement de la première procédure de suspension qui est subordonnée à la présence d'indices sérieux des mêmes violations. Et, à supposer qu'elle ne l'ait pas encore fait, elle peut toujours le faire à ce moment puisque l'article 5, § 2, de l'accord n'impose pas que la procédure de suspension qu'il envisage soit décidée dans un certain délai suivant l'avis reçu.

implique, selon l'article 5, § 3, alinéa 9, que les indices de violation des règles applicables sont « avérés » ; or, si ces indices sont déjà tenus pour « avérés » dans le cadre de la suspension, comment l'autorité pourra-t-elle encore aborder l'affaire de manière impartiale au moment où elle doit statuer sur le fond ?

L'article 5 sera donc revu quant à sa conception.

3. À cette occasion, il sera tenu compte des observations qui suivent :

1°) Au paragraphe 2, alinéa 1er, l'hypothèse visée *in fine* est envisagée de manière trop elliptique ; si l'on s'en tient à la suspension du mandat le moins rémunéré, on ne pourra pas toujours descendre en-dessous du plafond de rémunération visé à l'article 4, ce dont l'auteur du texte est d'ailleurs conscient. La disposition doit donc être rédigée différemment sur ce point pour permettre que la suspension puisse porter sur un autre mandat que le moins rémunéré dans l'hypothèse où la suspension de ce dernier ne permet pas de respecter le plafond convenu.

2°) Au paragraphe 3, l'alinéa 9, qui prévoit la seconde procédure de suspension dont il est question ci-avant, sera omis.

3°) Au paragraphe 4, alinéa 1er, et dans les dispositions qui suivent, le mot « définitif » est sans objet et doit être omis.

4°) Au paragraphe 5, alinéa 2, il n'apparaît pas clairement si l'intention est de concevoir l'avis de l'organe de contrôle comme un avis simple, qui ne lie pas l'autorité, ou si l'intention est de considérer que les mots « en cas de constat d'une violation des dispositions des articles 2 ou 4 » doivent en réalité se lire comme « en cas de constat par l'avis motivé d'une violation des dispositions des articles 2 ou 4 », auquel cas il s'agirait d'un avis conforme. L'ambiguïté est également cultivée par le paragraphe 5, alinéa 1er, duquel il paraît ressortir que la « décision » est « rendue » par l'autorité, ce qui ne paraît pas correspondre aux intentions poursuivies par les parties à l'accord, qui semblent être de confier le contrôle des règles contenues dans l'accord à l'organe de contrôle.

5°) Le paragraphe 5 reste en défaut de prévoir comment se prend la décision visée à l'article 5, § 4, lorsque les mandats ont été confiés par plusieurs autorités.

6°) Au paragraphe 5, alinéa 4, il serait plus logique que le remboursement de la rémunération perçue en violation des règles envisagées soit fait en faveur de l'organisme qui les a payées plutôt qu'en faveur de l'autorité.

7°) Au même alinéa, il est question de « jours ouvrables ». Cette dernière notion ne recevant aucune qualification juridique précise et l'arrêté ayant vocation à s'appliquer dans des contextes dans lesquels la notion de jour ouvrable peut varier, il conviendrait soit de la définir, soit, de préférence, de prévoir un délai calculé en « jours ». Cette dernière suggestion paraît d'autant plus devoir être retenue qu'il pourrait être malaisé de calculer le délai de manière correcte lorsqu'il est relativement long, comme celui de soixante jours ouvrables dont il est question à la deuxième phrase.

Par ailleurs, dans d'autres dispositions de l'avant-projet, il est inutile d'ajouter le mot « calendrier » après le mot « jour ».

Article 7

La portée des mots « renouvellement intégral » n'apparaît pas.

LE GREFFIER LE PRÉSIDENT

Bernadette VIGNERON Pierre VANDERNOOT