



CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

avis 57.991/4
du 23 septembre 2015

advies 57.991/4
van 23 september 2015

sur

over

un avant-projet d'ordonnance
de la Région de
Bruxelles-Capitale 'modifiant
l'ordonnance du 14 mai 1998
organisant la tutelle
administrative sur les
communes de la Région de
Bruxelles-Capitale, ainsi que
l'article 112 de la nouvelle loi
communale'

een voorontwerp van
ordonnantie van het Brussels
Hoofdstedelijk Gewest 'tot
wijziging van de ordonnantie
van 14 mei 1998 houdende
regeling van het administratief
toezicht op de gemeenten van
het Brussels Hoofdstedelijk
Gewest, alsook van artikel 112
van de nieuwe gemeentewet'

Le 24 juillet 2015, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Ministre-Président du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale à communiquer un avis, dans un délai de soixante jours, sur un avant-projet d'ordonnance 'modifiant l'ordonnance du 14 mai 1998 organisant la tutelle administrative sur les communes de la Région de Bruxelles-Capitale, ainsi que l'article 112 de la nouvelle loi communale'.

L'avant-projet a été examiné par la quatrième chambre le 23 septembre 2015. La chambre était composée de Pierre LIÉNARDY, président de chambre, Jacques JAUMOTTE et Bernard BLERO, conseillers d'État, Sébastien VAN DROOGHENBROECK et Marianne DONY, assesseurs, et Colette GIGOT, greffier.

Le rapport a été présenté par Patrick RONVAUX, premier auditeur.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise a été vérifiée sous le contrôle de Pierre LIÉNARDY.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 23 septembre 2015.

*

Op 24 juli 2015 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister-President van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering verzocht binnen een termijn van zestig dagen een advies te verstrekken over een voorontwerp van ordonnantie 'tot wijziging van de ordonnantie van 14 mei 1998 houdende regeling van het administratief toezicht op de gemeenten van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest, alsook van artikel 112 van de nieuwe gemeentewet'.

Het voorontwerp is door de vierde kamer onderzocht op 23 september 2015. De kamer was samengesteld uit Pierre LIÉNARDY, kamervoorzitter, Jacques JAUMOTTE en Bernard BLERO, staatsraden, Sébastien VAN DROOGHENBROECK en Marianne DONY, assessoren, en Colette GIGOT, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Patrick RONVAUX, eerste auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Pierre LIÉNARDY.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 23 september 2015.

*

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, 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.

FORMALITÉS PRÉALABLES

L'article 3, 2°, de l'ordonnance du 29 mars 2012 'portant intégration de la dimension de genre dans les lignes politiques de la Région de Bruxelles-Capitale' dispose que pour chaque « projet d'acte législatif », chaque ministre établit un rapport d'évaluation de l'impact du projet sur la situation respective des femmes et des hommes.

En vertu de l'article 13, § 2, de l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 24 avril 2014 'portant exécution de l'ordonnance du 29 mars 2012 portant intégration de la dimension de genre dans les lignes politiques de la Région de Bruxelles-Capitale', « le 'test genre' doit être complété avant la première mise à l'ordre du jour au Conseil des Ministres ».

En l'espèce, le dossier transmis au Conseil d'État ne contient aucun élément établissant que le « test genre » a été réalisé à propos de l'avant-projet d'ordonnance.

Il appartient à l'auteur du projet de veiller à l'accomplissement de la formalité prescrite préalablement à l'adoption de l'avant-projet d'ordonnance.

EXAMEN DE L'AVANT-PROJET

DISPOSITIF

Article 2

Conformément à l'ordonnance du 14 mai 1998 'organisant la tutelle administrative sur les communes de la Région de Bruxelles-Capitale' (ci-après dénommée : l'ordonnance), la tutelle administrative ordinaire sur les actes des communes de la Région de Bruxelles-Capitale est actuellement notamment organisée selon les principes suivants :

- les actes énumérés à l'article 13 de l'ordonnance sont soumis à une tutelle spéciale d'approbation ; en vertu de l'article 6, § 1^{er}, de l'ordonnance, les actes soumis à cette forme de tutelle sont transmis à l'autorité de tutelle par la commune dans les vingt jours de la date où ils ont été pris ;

- les actes non visés à l'article 13 de l'ordonnance sont soumis à une tutelle générale d'annulation et de suspension organisée par les articles 9 à 12 de l'ordonnance ; l'information de l'autorité de tutelle quant à l'existence des actes entrant dans le champ de cette tutelle générale ne se réalise pas selon une procédure uniforme ; en vertu de l'article 6, § 2, de

l'ordonnance, le Gouvernement est habilité à déterminer ceux de ces actes qui sont obligatoirement transmissibles à l'autorité de tutelle, ce qui a été fait dans l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 16 juillet 1998 'relatif à la transmission au Gouvernement des actes des autorités communales en vue de l'exercice de la tutelle administrative'; les actes qui échappent à l'obligation de transmission ainsi décidée par le Gouvernement doivent quant à eux être repris dans une liste que la commune est tenue, conformément à l'article 7 de l'ordonnance, de notifier à l'autorité de tutelle dans les vingt jours où les actes qui figurent sur la liste ont été pris; l'autorité de tutelle qui reçoit la liste dispose alors d'un délai de vingt jours pour réclamer la communication d'un acte figurant dans la liste;

- les délais impartis à l'autorité de tutelle pour exercer ses pouvoirs, que ce soit dans le cadre de la tutelle d'approbation ou dans le cadre de la tutelle générale, sont déterminés par l'ordonnance et démarrent à partir de la réception par elle de l'acte soumis à son contrôle.

L'article 2 de l'avant-projet, qui insère des paragraphes 4 à 6 à l'article 6 de l'ordonnance, modifie certains points du régime décrit ci-dessus en prévoyant que, pour les actes des communes qui présentent la double caractéristique d'entrer dans le champ de la tutelle générale et de faire partie de ceux qui doivent être obligatoirement transmis à l'autorité de tutelle, l'obligation de transmission n'existera plus si les actes concernés sont revêtus dans les quinze jours de leur adoption d'un visa émanant du secrétaire communal ou du receveur communal « attestant de la légalité et de la régularité » des actes concernés, visa dont le Gouvernement est chargé de déterminer « les conditions précises d'octroi ». Ces actes revêtus du visa et donc devenus non obligatoirement transmissibles à l'autorité de tutelle seront repris dans la liste communiquée à l'autorité de tutelle conformément à l'article 7 de l'ordonnance, liste contenant la mention des actes pris par la commune et un bref exposé de leur objet.

Une telle modification fait donc jouer au secrétaire communal et au receveur communal un rôle de première autorité intervenant dans le processus de tutelle puisqu'elle revient à charger ces deux fonctionnaires communaux de contrôler, *a posteriori* et sous la forme de la délivrance d'un visa, la légalité et la régularité d'actes communaux définitifs, leur intervention ayant pour effet d'aiguiller les décisions concernées vers des procédures de tutelle différentes au sein de la tutelle générale.

Or, l'« intervention de l'autorité de tutelle » au sens de l'article 162, alinéa 2, 6°, de la Constitution pour « empêcher que la loi ne soit violée ou l'intérêt général blessé » vise un contrôle nécessairement exercé à l'intervention d'un organe qui soit extérieur à l'institution communale contrôlée ou à tout le moins qui jouisse de conditions d'indépendance telles que cet organe puisse agir en toute indépendance au regard de l'institution contrôlée.

À cet égard, bien qu'il se donne pour seul objet de régler les modalités d'information de l'autorité de tutelle, le mécanisme pose question.

En effet, il revient à ce que le secrétaire communal ou le receveur communal, tout en restant par ailleurs des agents travaillant sous l'autorité du collège et placés sous le pouvoir de nomination et de sanction du conseil communal, pose, après que ces organes ont adopté une décision qui bénéficie d'une présomption de légalité, un acte qui est de nature à influencer l'intervention postérieure de l'autorité de tutelle.

Plus fondamentalement encore, l'avant-projet perd de vue que ces fonctionnaires ont déjà pour mission légale au sein de la commune de vérifier la légalité et la régularité de toutes les décisions communales à l'élaboration ou à l'exécution desquelles ils concourent. Ils ne sauraient donc plus pouvoir être investis d'un contrôle identique à exercer à un autre titre et pour d'autres fins ¹ dans la suite de la procédure sans que cela ne suscite des interrogations quant à leur impartialité ou quant au fonctionnement harmonieux des divers organes communaux ².

Le mécanisme envisagé sera fondamentalement réexaminé.

Article 7

Conformément aux modifications que l'article 19 de l'ordonnance du 27 février 2014 'modifiant la Nouvelle loi communale' a apportées à l'article 112 de la Nouvelle loi communale, les deux premières phrases de l'alinéa 6, en projet, forment actuellement déjà l'alinéa 6 de l'article 112 de la Nouvelle loi communale.

Dès lors, plutôt qu'être présentée comme dans l'avant-projet, la disposition examinée devrait se donner pour objet de compléter l'article 112, alinéa 6, de la Nouvelle loi communale, inséré par l'ordonnance du 27 février 2014, par la seule troisième phrase de l'alinéa 6, en projet.

*

¹ Lorsque le secrétaire communal ou le receveur communal agit dans le cadre des missions que la Nouvelle loi communale lui confie, il concourt à la réalisation de l'intérêt communal et engage la responsabilité de la commune ; si le même agent intervient comme maillon d'une chaîne qui conduit à l'intervention du pouvoir central agissant dans le cadre de ses missions d'autorité de tutelle, il engage alors la responsabilité de la Région, ce qui pourrait faire naître des conflits assez complexes lorsqu'il s'agira de répartir les responsabilités entre la commune et la Région si un justiciable devait soutenir qu'un visa de légalité et de régularité délivré par le secrétaire communal ou le receveur communal sur un acte *in fine* illégal ou irrégulier lui a causé un préjudice.

² Voir notamment à cet égard, l'article 26 de la Nouvelle loi communale.

Aangezien de adviesaanvraag ingediend is op basis van artikel 84, § 1, eerste lid, 1°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, 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

Luidens artikel 3, 2°, van de ordonnantie van 29 maart 2012 ‘houdende de integratie van de genderdimensie in de beleidslijnen van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest’ stelt elke minister voor elk “wetgevend (...) ontwerp” een evaluatieverslag op van de impact ervan op de respectieve situatie van vrouwen en mannen.

Krachtens artikel 13, § 2, van het besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 24 april 2014 ‘houdende de uitvoering van de ordonnantie van 29 maart 2012 houdende de integratie van de genderdimensie in de beleidslijnen van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest’ “[wordt] de ‘gendertest’ [...] ingevuld voor de eerste toevoeging aan de agenda in de Ministerraad”.

In casu bevat het dossier dat aan de Raad van State is overgezonden geen enkel element waaruit blijkt dat de “gendertest” uitgevoerd zou zijn met betrekking tot het voorontwerp van ordonnantie.

De steller van het ontwerp moet erop toezien dat dit vormvereiste wordt vervuld voordat het voorontwerp van ordonnantie wordt aangenomen.

ONDERZOEK VAN HET VOORONTWERP

DISPOSITIEF

Artikel 2

Overeenkomstig de ordonnantie van 14 mei 1998 ‘houdende regeling van het administratief toezicht op de gemeenten van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest’ (hierna “de ordonnantie” genoemd), is het gewoon administratief toezicht op de akten van de gemeenten van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest thans volgens deze beginselen georganiseerd:

- de akten die in artikel 13 van de ordonnantie worden opgesomd, vallen onder een bijzonder goedkeuringstoezicht; krachtens artikel 6, § 1, van de ordonnantie worden de akten die onder die vorm van toezicht vallen binnen een termijn van twintig dagen nadat ze zijn vastgesteld, door de gemeente aan de toezichthoudende overheid toegezonden;

- de akten die niet in artikel 13 van de ordonnantie worden bedoeld, vallen onder een algemeen vernietigings- en schorsingstoezicht, geregeld bij de artikelen 9 tot 12 van de ordonnantie; het informeren van de toezichthoudende overheid over het bestaan van de akten die onder dat algemeen toezicht vallen, geschiedt niet volgens een uniforme procedure; krachtens artikel 6, § 2, van de ordonnantie is de regering gemachtigd om te bepalen welke van die akten verplicht moeten worden toegezonden aan de toezichthoudende overheid, hetgeen gedaan is in het besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 16 juli 1998 ‘betreffende de overlegging aan de Regering van de akten van de gemeenteoverheden met het oog op de uitoefening van het administratief toezicht’; de akten die ontsnappen aan de verplichting tot toezending waartoe de regering aldus besloten heeft, moeten worden opgenomen in een lijst die de gemeente overeenkomstig artikel 7 van de ordonnantie aan de toezichthoudende overheid moet meedelen binnen een termijn van twintig dagen nadat de akten die op die lijst voorkomen, zijn vastgesteld; de toezichthoudende overheid die de lijst ontvangt, beschikt dan over een termijn van twintig dagen om een akte die op de lijst staat, op te vragen;

- de termijnen die de toezichthoudende overheid worden toegemeten om haar bevoegdheden uit te oefenen, hetzij in het kader van het goedkeuringstoezicht, hetzij in het kader van het algemeen toezicht, worden door de ordonnantie bepaald en gaan in op het ogenblik waarop die overheid de akte ontvangt die onder haar toezicht valt.

Artikel 2 van het voorontwerp, waarbij artikel 6 van de ordonnantie aangevuld wordt met de paragrafen 4 tot 6, wijzigt bepaalde delen van de hierboven beschreven regeling doordat daarin wordt bepaald dat voor de akten van de gemeenten die onder het algemeen toezicht vallen en tegelijk behoren tot die welke verplicht aan de toezichthoudende overheid moeten worden toegezonden, de verplichting tot toezending vervalt indien de gemeentesecretaris of de gemeenteontvanger voor de akten in kwestie binnen een termijn van vijftien dagen na de vaststelling ervan een visum verleent ten bewijze van hun “wettigheid en regelmatigheid”, terwijl de regering ermee belast wordt de “nadere voorwaarden [te bepalen] voor het verlenen” van dat visum. Die akten waarvoor een visum is verleend en die dus niet meer verplicht aan de toezichthoudende overheid moeten worden toegezonden, worden opgenomen in de lijst die overeenkomstig artikel 7 van de ordonnantie aan de toezichthoudende overheid wordt meegedeeld, welke lijst de vermelding bevat van de akten die door de gemeente zijn vastgesteld, en een korte omschrijving van de inhoud ervan.

Door een wijziging in die zin dienen de gemeentesecretaris en de gemeenteontvanger dus een rol te spelen als eerste instantie die in de toezichtprocedure betrokken is, aangezien ze erop neerkomt dat die beide gemeenteambtenaren ermee belast worden *a posteriori* en door de afgifte van een visum de wettigheid en de regelmatigheid van definitieve gemeentelijke akten te controleren, waarbij hun optreden tot gevolg heeft dat de beslissingen in kwestie worden doorgestuurd ter behandeling volgens onderscheiden toezichtprocedures binnen het algemeen toezicht.

Met het “optreden van de toezichthoudende overheid [...] om te beletten dat de wet wordt geschonden of het algemeen belang geschaad”, in de zin van artikel 162, tweede lid, 6°, van de Grondwet wordt evenwel een toezicht bedoeld dat noodzakelijkerwijs wordt uitgeoefend door een orgaan van buiten de gecontroleerde gemeentelijke instelling of dat daarvan op zijn

minst in die mate onafhankelijk is dat het ten aanzien van de gecontroleerde instelling in alle onafhankelijkheid kan handelen.

Hoewel de regeling er alleen toe strekt de nadere regels vast te stellen voor het informeren van de toezichthoudende overheid, doet ze in dit verband vragen rijzen.

Ze komt er immers op neer dat de gemeentesecretaris of de gemeenteontvanger, ook al blijven zij overigens nog steeds ambtenaren die onder het gezag van het college werken en onder de benoemings- en bestraffingsbevoegdheid van de gemeenteraad vallen, wanneer die organen een beslissing hebben genomen waaraan een vermoeden van wettigheid kleeft, een handeling stellen die het latere optreden van de toezichthoudende overheid kan beïnvloeden.

Meer fundamenteel nog gaat het voorontwerp voorbij aan het feit dat die ambtenaren binnen de gemeente reeds de wettelijke opdracht hebben de wettigheid en de regelmatigheid na te gaan van alle gemeentelijke beslissingen die zij helpen opstellen of uitvoeren. Ze kunnen dus niet meer bekleed worden met de bevoegdheid om in het vervolg van de procedure een identieke controle uit te oefenen in een andere hoedanigheid en met andere doeleinden¹ zonder dat daarbij vragen rijzen over hun onpartijdigheid of over de harmonieuze werking van de onderscheiden gemeentelijke organen.²

De voorgenomen regeling dient aan een grondig heronderzoek te worden onderworpen.

Artikel 7

Door de wijzigingen die bij artikel 19 van de ordonnantie van 27 februari 2014 'tot wijziging van de Nieuwe Gemeentewet' in artikel 112 van de Nieuwe Gemeentewet zijn aangebracht, vormen de eerste twee zinnen van het ontworpen zesde lid nu reeds het zesde lid van artikel 112 van de Nieuwe Gemeentewet.

¹ Wanneer de gemeentesecretaris of de gemeenteontvanger handelt in het kader van de opdrachten waarmee de Nieuwe Gemeentewet hem belast, draagt hij bij tot de behartiging van het gemeentelijk belang en is de gemeente daarvoor aansprakelijk; als diezelfde ambtenaar handelt als schakel in een keten die leidt tot het optreden van de centrale overheid in het kader van haar opdrachten van toezichthoudende overheid, is het gewest daarvoor aansprakelijk, wat vrij ingewikkelde conflicten zou kunnen doen ontstaan, wanneer het erop aan zal komen vast te stellen of de gemeente dan wel het gewest aansprakelijk is, in het geval dat een rechtzoekende zou aanvoeren dat een visum van wettigheid en regelmatigheid, door de gemeentesecretaris of de gemeenteontvanger verleend aan een akte die uiteindelijk onwettig of onregelmatig bevonden is, hem schade heeft berokkend.

² Zie inzonderheid in dat verband artikel 26 van de Nieuwe Gemeentewet.

In plaats van te worden geformuleerd zoals in het voorontwerp, zou de voorliggende bepaling er derhalve beter toe strekken artikel 112, zesde lid, van de Nieuwe Gemeentewet, ingevoegd bij de ordonnantie van 27 februari 2014, aan te vullen met alleen de derde zin van het ontworpen zesde lid.

LE GREFFIER – DE GRIFFIER

LE PRÉSIDENT – DE VOORZITTER

Colette GIGOT

Pierre LIÉNARDY