



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 60.910/1
van 3 maart 2017

avis 60.910/1
du 3 mars 2017

over

sur

een voorontwerp van
ordonnantie 'houdende de
bepalingen betreffende het
beheer van de verbintenissen
die worden gewaarborgd door
het Brussels Hoofdstedelijk
Gewest'

un avant-projet d'ordonnance
'contenant les dispositions
relatives à la gestion des
engagements garantis par la
Région de Bruxelles-Capitale'

Op 26 januari 2017 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering, bevoegd voor Financiën, Begroting, Externe Betrekkingen en Ontwikkelingssamenwerking verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een voorontwerp van ordonnantie 'houdende de bepalingen betreffende het beheer van de verbintenissen die worden gewaarborgd door het Brussels Hoofdstedelijk Gewest'.

Het voorontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 23 februari 2017. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Wilfried VAN VAERENBERGH en Wouter PAS, staatsraden, Marc RIGAUX en Michel TISON, assessoren, en Wim GEURTS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Kristine BAMS, eerste auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Wilfried VAN VAERENBERGH, staatsraad.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 3 maart 2017.

*

Le 26 janvier 2017, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Ministre de la Région de Bruxelles-Capitale, chargé des Finances, du Budget, des Relations extérieures et de la Coopération au développement à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet d'ordonnance 'contenant les dispositions relatives à la gestion des engagements garantis par la Région de Bruxelles-Capitale'.

L'avant-projet a été examiné par la première chambre le 23 février 2017. La chambre était composée de Marnix VAN DAMME, président de chambre, Wilfried VAN VAERENBERGH et Wouter PAS, conseillers d'État, Marc RIGAUX et Michel TISON, assesseurs, et Wim GEURTS, greffier.

Le rapport a été présenté par Kristine BAMS, premier auditeur.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise de l'avis a été vérifiée sous le contrôle de Wilfried VAN VAERENBERGH, conseiller d'État.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 3 mars 2017.

*

1. Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft de afdeling Wetgeving zich toegespitst op het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond,¹ alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

2. Zoals het opschrift ervan aangeeft, strekt het om advies voorgelegde voorontwerp van ordonnantie ertoe inhoudelijke en procedurele voorwaarden vast te stellen waaronder het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest ten gunste van een entiteit de nakoming van haar verbintenissen kan waarborgen ten opzichte van de schuldeisers van die verbintenissen. Het ontwerp is ingedeeld in zes hoofdstukken. Hoofdstuk I bevat definities (artikel 2 van het ontwerp) waarna in hoofdstuk II de doelstelling wordt bepaald, zijnde de beheersing van de risico's die verbonden zijn aan de verbintenissen die het gewest waarborgt (artikel 3). Hoofdstuk III regelt de toekenningsprocedure en de voorwaarden van de waarborg (artikelen 4 tot 9), waarna in hoofdstuk IV de opvolgingsprocedure wordt vastgesteld (artikelen 10 en 11). Hoofdstuk V heeft betrekking op de procedure volgens welke een beroep wordt gedaan op de waarborg (artikel 12). Hoofdstuk VI bevat slotbepalingen (artikelen 13 en 14).

VORMVEREISTEN

3. De ontworpen regeling, zoals verduidelijkt in de memorie van toelichting, is hoofdzakelijk opgevat als het formaliseren van de procedure voor het toekennen van de waarborg van het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest. Nochtans bevat het ontwerp ook algemene, transversale² bepalingen die betrekking hebben op de omvang en de duur van de door het gewest te verstrekken waarborg (artikel 6, 4° en 5°, van het ontwerp) en de vergoeding die door de verzoekende entiteit als tegenprestatie dient te worden betaald (artikel 7 van het ontwerp). Die laatste aspecten zijn mede relevant om vast te stellen of de ontworpen regeling al dan niet een maatregel inzake staatssteun uitmaakt in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) die met toepassing van artikel 108, lid 3, VWEU voorafgaandelijk dient aangemeld te worden bij de Europese Commissie. Volgens de gemachtigde is dergelijke aanmelding niet gebeurd.

Een bijkomende moeilijkheid in dit verband vormt het gegeven dat uit de ontworpen regeling niet met zekerheid het concrete toepassingsgebied kan worden afgeleid, doordat het begrip “entiteit”, zijnde de “entiteiten” die om het verlenen van de gewestwaarborg kunnen verzoeken of er de begunstigde van zijn, niet nader wordt omschreven. Het lijkt dan ook niet uitgesloten dat ook entiteiten die actief zijn in een concurrentiële markt een beroep kunnen doen op de waarborgregeling.

¹ Aangezien het om een voorontwerp van ordonnantie gaat, wordt onder “rechtsgrond” de overeenstemming met de hogere rechtsnormen verstaan.

² Artikel 4 van het ontwerp bepaalt dat de Brusselse Hoofdstedelijke Regering de waarborg slechts kan verlenen op voorwaarde dat een (specifieke) ordonnantie in die mogelijkheid voorziet.

De ontworpen regeling bevat ook een bepaling die in strijd lijkt te zijn met de artikelen 3.2. c), en 3.4. c), van de Mededeling van de Commissie ‘betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het EG-Verdrag op staatssteun in de vorm van garanties’ (2008/C 155/02). Volgens die bepalingen mag de garantie, teneinde niet te kunnen worden beschouwd als staatssteun, niet meer dekken dan 80% van de uitstaande lening of andere financiële verplichting. Artikel 6, 5°, van het ontwerp bepaalt echter dat het bedrag de waarde van de gewaarborgde verbintenis niet mag overschrijden, wat kan neerkomen op een volledige dekking.³

Rekening houdend met de twijfel over de mogelijke kwalificatie van de door het ontwerp ingevoegde maatregelen als staatssteun in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU, doet de steller van het ontwerp er goed aan om het ontwerp nog eens grondig te onderzoeken, en dit het best in samenspraak met de bevoegde diensten van de Europese Commissie. Mocht na het voormeld onderzoek nog twijfel blijven bestaan over de mogelijke kwalificatie van de maatregelen als staatssteun, dan wordt de adviesaanvrager aangeraden om in elk geval een aanmelding te doen van het ontwerp in het kader van de Europese staatssteunregeling,⁴ waarna het aan de Europese Commissie zal zijn om hieromtrent formeel standpunt in te nemen.

Indien de aan de Raad van State voorgelegde tekst ten gevolge van deze aanmelding nog wijzigingen zou ondergaan, moeten de gewijzigde of toegevoegde bepalingen, ter inachtneming van het voorschrift van artikel 3, § 1, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, nog aan de afdeling Wetgeving worden voorgelegd.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Algemene opmerking

4. Ter wille van de rechtszekerheid, en mede in het licht van hetgeen hiervoor is opgemerkt nopens de naleving van de vormvereisten, dient in het ontwerp een regeling te worden opgenomen waarbij het toepassingsgebied ervan nader wordt omschreven, onder meer wat betreft de in aanmerking komende entiteiten.

5. Het ontwerp vertoont tal van gebreken op wetgevingstechnisch vlak. Er kan worden gewezen op het volgende:

-bij het ontwerp ontbreekt een indieningsbesluit. De tekst van het ontwerp van ordonnantie dient te worden geïncorporeerd in een besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering dat

³ Artikel 3.2. c), van de Mededeling van de Commissie hanteert het 80%-plafond niet voor ondernemingen waarvan de activiteiten uitsluitend bestaan uit het beheer van een dienst van algemeen economisch belang. Aangezien het begrip “entiteit”, zoals hiervoor is opgemerkt, niet nader is omschreven, kan echter niet uitgemaakt worden of de ontworpen regeling tot die ondernemingen is beperkt.

⁴ Hierbij mag immers niet uit het oog worden verloren dat, in het geval de ontworpen regeling of een deel ervan zou worden beschouwd als een regeling inzake staatssteun, het miskennen van de aanmeldingsverplichting de onwettigheid van de betrokken staatssteun tot gevolg heeft, zelfs al zou die in se verenigbaar met het unierecht kunnen worden verklaard, alsmede, in beginsel, de verplichting tot terugvordering van de onrechtmatig toegekende steun (bijv. HvJ 8 december 2011, C-275/10, Residex Capital IV CV).

de bevoegde minister gelast het ontwerp bij het Parlement van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest in te dienen;

-het is voorbarig om in het ontwerp een formule betreffende de bekrachtiging en de afkondiging van de ontworpen ordonnantie op te nemen;

-alle artikelen van het ontwerp dienen te worden betrokken bij de indeling in hoofdstukken. Artikel 1 dient dan ook te worden opgenomen in een nieuw hoofdstuk met als opschrift “Hoofdstuk I: Inleidende bepaling”. De daaropvolgende hoofdstukken dienen te worden vernummerd;

-de nummering in artikel 6 van het ontwerp dient te worden nagekeken, waarbij de Nederlandse en de Franse tekst met elkaar in overeenstemming moeten worden gebracht;

-de uitvoeringsbepaling in artikel 13 van het ontwerp moet worden weggelaten.

Artikel 3

6. In artikel 3, tweede lid, b), van het ontwerp moet melding worden gemaakt van de “Verzoekende Entiteit”, niet van de “Begunstigde Entiteit”.⁵

*

⁵ Zie immers in dezelfde zin artikel 5, § 2, b), van het ontwerp.

1. En application de l'article 84, § 3, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation a fait porter son examen essentiellement sur la compétence de l'auteur de l'acte, le fondement juridique¹ et l'accomplissement des formalités prescrites.

*

PORTÉE ET FONDEMENT JURIDIQUE DU PROJET

2. Comme l'indique son intitulé, l'avant-projet d'ordonnance soumis pour avis a pour objet de fixer les conditions de fond et de procédure auxquelles la Région de Bruxelles-Capitale peut garantir, en faveur d'une entité, le respect de ses engagements vis-à-vis de ses créanciers. Le projet est divisé en six chapitres. Le chapitre I^{er} contient des définitions (article 2 du projet), tandis que le chapitre II fixe l'objectif, à savoir la maîtrise des risques relatifs aux engagements que la région garantit (article 3). Le chapitre III règle la procédure d'octroi et les conditions de la garantie (articles 4 à 9), après quoi le chapitre IV fixe la procédure de suivi (articles 10 et 11). Le chapitre V concerne la procédure en cas d'appel à la garantie (article 12). Le chapitre VI contient des dispositions finales (articles 13 et 14).

FORMALITÉS

3. Comme le précise l'exposé des motifs, le régime en projet est essentiellement conçu comme la formalisation de la procédure d'octroi de la garantie de la Région de Bruxelles-Capitale. Néanmoins, le projet contient également des dispositions générales et transversales² concernant l'importance et la durée de la garantie à fournir par la région (article 6, 4^o et 5^o, du projet) et la rémunération que l'entité demanderesse est tenue de payer en contrepartie (article 7 du projet). Ces derniers aspects sont également pertinents pour établir si le régime en projet constitue ou non une mesure d'aide d'État au sens de l'article 107, paragraphe 1, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) qui, en application de l'article 108, paragraphe 3, du TFUE, doit être préalablement notifiée à la Commission européenne. Selon le délégué, pareille notification n'a pas eu lieu.

À cet égard, une difficulté supplémentaire tient en ce que le champ d'application concret ne peut être déduit avec certitude du régime en projet, la notion d'« entité », à savoir les « entités » susceptibles de demander l'octroi de la garantie de la région ou qui en sont les bénéficiaires, n'étant pas définie plus avant. Il ne paraît dès lors pas exclu que les entités actives dans un marché concurrentiel puissent également faire appel au régime de garantie.

Le régime en projet contient également une mesure qui semble contraire aux articles 3.2. c), et 3.4. c), de la Communication de la Commission 'sur l'application des

¹ S'agissant d'un avant-projet d'ordonnance, on entend par « fondement juridique » la conformité avec les normes supérieures.

² L'article 4 du projet énonce que le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale ne peut octroyer la garantie qu'à la condition qu'une ordonnance (spécifique) prévoie cette possibilité.

articles 87 et 88 du traité CE aux aides d'État sous forme de garanties' (2008/C 155/02). Selon ces dispositions, la garantie, pour ne pas être considérée comme une aide d'État, ne peut pas couvrir plus de 80 % du solde restant dû du prêt ou autre obligation financière. L'article 6, 5°, du projet prévoit cependant que le montant ne peut être supérieur à la valeur de l'engagement garanti, ce qui peut s'analyser en une couverture complète³.

Compte tenu des incertitudes quant à la qualification éventuelle des mesures insérées par le projet comme aides d'État au sens de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE, mieux vaudrait que l'auteur du projet réexamine le projet en profondeur, et ce en concertation avec les services compétents de la Commission européenne. Si des incertitudes subsistent à l'issue de l'examen précité, il est recommandé qu'en tout état de cause le demandeur d'avis notifie le projet dans le cadre du régime européen des aides d'État⁴, après quoi il appartiendra à la Commission européenne de prendre formellement position.

Si à la suite de cette notification, le texte soumis au Conseil d'État devait encore être modifié, les dispositions modifiées ou ajoutées devraient encore être soumises au Conseil d'État, section de législation, conformément à la prescription de l'article 3, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État.

EXAMEN DU TEXTE

Observation générale

4. Par souci de sécurité juridique et eu égard notamment à l'observation formulée ci-dessus au sujet du respect des formalités, il convient d'intégrer dans le projet un régime définissant plus avant son champ d'application, notamment en ce qui concerne les entités entrant en ligne de compte.

5. Le projet présente de nombreuses lacunes sur le plan de la légistique. On peut relever les points suivants :

- le projet ne contient pas d'arrêté de présentation. Le texte du projet d'ordonnance doit être incorporé dans un arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale chargeant le ministre compétent de déposer le projet au Parlement de la Région de Bruxelles-Capitale.

- il est prématuré d'insérer dans le projet une formule relative à la sanction et à la promulgation de l'ordonnance en projet ;

³ L'article 3.2. c), de la Communication de la Commission n'utilise pas le plafond de 80% pour des sociétés dont la seule activité consiste à fournir le service d'intérêt économique général. La notion d'« entité » n'étant pas définie plus en détail, ainsi qu'il a été observé ci-dessus, il ne peut toutefois être établi si le régime en projet est limité à ces sociétés.

⁴ À cet égard, on gardera en effet à l'esprit que, dans l'hypothèse où le dispositif en projet ou une partie de celui-ci devrait être considéré comme un régime d'aide d'État, la méconnaissance de l'obligation de notification emporterait l'illégalité de l'aide d'État en question, même si elle pouvait être déclarée compatible en soi avec le droit de l'Union européenne, de même qu'en principe, l'obligation de récupérer l'aide illégalement accordée (par ex. : CJUE, 8 décembre 2011, C-275/10, Residex Capital IV CV).

- tous les articles du projet doivent être impliqués dans la division en chapitres. Par conséquent, l'article 1^{er} doit être intégré dans un nouveau chapitre intitulé « Chapitre I^{er} : Disposition introductive ». La suite des chapitres sera renumérotée ;

- la numérotation à l'article 6 du projet doit être vérifiée afin d'harmoniser les textes français et néerlandais ;

- Il y a lieu d'omettre l'exécutoire à l'article 13 du projet.

Article 3

6. L'article 3, alinéa 2, b), du projet doit mentionner « Entité demanderesse » au lieu de « Entité bénéficiaire »⁵.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Wim GEURTS

Marnix VAN DAMME

⁵ Voir, en effet, dans le même sens l'article 5, § 2, b), du projet.