CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

avis 62.922/2
du 26 février 2018

sur

une proposition de décret de la Communauté française 'visant la transmission au Parlement des budgets des organismes publics dépendant de la Communauté française'

‡LW-GGCSSBECG-GCJCCUV‡

Le 31 janvier 2018, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Président du Parlement de la Communauté française à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur une proposition de décret 'visant la transmission au Parlement des budgets des organismes publics dépendant de la Communauté française' déposée par M^me^ Françoise BERTIEAUX, MM Jean-Luc CRUCKE, Philippe KNAEPEN et Gaëtan VAN GOIDSENHOVEN' (*Doc. parl*., Parl. Comm. fr., 2016-2017, n° 407/001).

La proposition a été examinée par la deuxième chambre le 26 février 2018. La chambre était composée de Pierre VANDERNOOT, président de chambre, Luc DETROUX et Wanda VOGEL, conseillers d'État, Christian BEHRENDT et Jacques ENGLEBERT, assesseurs, et Béatrice DRAPIER, greffier.

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

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 26 février 2018.

*

‡LW-GGCSSBECG-GCJCCUV‡

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1er, alinéa 1er, 2°, des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation limite son examen au fondement juridique de la proposition ‡, 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, la proposition appelle les observations suivantes.

En tant que la proposition trouve à s'appliquer à des organismes dépendant de la Communauté française dont le régime juridique est celui de l'article 9 de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles', elle n'appelle pas d'observation.

En tant qu'ils entreraient dans le périmètre de consolidation des organismes non soumis à cette disposition, les obligations qui leur sont imposées ne pourraient l'être qu'à la condition de démontrer que les conditions du recours aux pouvoirs implicites sont réunies.

En effet, dans l'avis n° 62.717/VR donné ce 1er février 2018 par les chambres réunies de la section de législation sur un avant-projet de décret de l'autorité flamande qui entendait imposer à des organismes de droit privé dominés par l'autorité flamande des obligations d'agir dans un sens déterminé, les observations suivantes ont été formulées (traduction) :

> « 3. Selon l'exposé des motifs, il ressort notamment des articles 49 et 52 de la loi spéciale du 16 janvier 1989 'relative au financement des communautés et des régions' [1] et de l'article 9 de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles' que les régions et les communautés sont habilitées à définir une politique dans le cadre de leur autonomie budgétaire et financière. Dans la mesure où le dispositif en projet limiterait l'autonomie de gestion des sociétés commerciales et 'pour autant qu'il n'existerait pas de fondement de compétence spécifique', l'exposé des motifs invoque également, à titre de justification, l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980. À cet égard, il y a lieu d'observer ce qui suit.
>
> 3.1. L'article 49 de la loi spéciale du 16 janvier 1989 fixe le cadre réglementaire permettant aux régions, aux communautés et aux organismes d'intérêt public qui en dépendent de contracter des prêts. L'article 52 de la même loi spéciale concerne l'organisation de la trésorerie des communautés et des régions.
>
> L'avant-projet à l'examen règle toutefois la gestion de la trésorerie des entités publiques qui sont soumises à son application en imposant des exigences en matière d'investissement pour les sommes qui sont disponibles à long et à court terme et qui sont investies dans des instruments financiers émis par la Communauté flamande, la Région flamande ou une autre entité publique. Un tel dispositif ne se concilie pas avec les dispositions des articles 49 et 52 de la loi spéciale du 16 janvier 1989.

‡ S'agissant d'une proposition de décret, on entend par « fondement juridique » la conformité aux normes supérieures.

[1] *Note de bas de page n° 3 de l'avis cité :* Le décret du 7 mai 2004 'contenant des dispositions relatives à la gestion de la trésorerie, de la dette et de la garantie de la Communauté flamande et de la Région flamande' a été adopté sur la base de ces dispositions.

‡LW-GGCSSBECG-GCJCCUV‡

Il n'est dès lors pas possible de considérer que l'article 49 ou l'article 52 de la loi spéciale du 16 janvier 1989 procure un fondement au dispositif en projet du point de vue de la répartition des compétences.

3.2. La question se pose de savoir quel fondement au regard de la répartition des compétences permettrait la limitation envisagée de l'autonomie de gestion en matière d'investissements à long et à court terme des entités qui, en application de l'article 3 de l'avant-projet, relèvent du dispositif en projet.

À cet égard, l'exposé des motifs fait référence à l'article 9 de la loi spéciale du 8 août 1980. Toujours selon l'exposé des motifs, dès lors que les exigences en matière d'investissements ne visent que les entités qui 'sont aux mains' de l'autorité flamande et qui sont consolidées, le principe de proportionnalité est en outre également respecté.

L'article 9 de la loi spéciale du 8 août 1980 permet aux communautés et aux régions, dans les matières qui relèvent de leurs compétences, de créer des services décentralisés, des établissements et des entreprises, ou de prendre des participations en capital. Il dispose également que le décret peut accorder aux organismes précités la personnalité juridique et leur permettre de prendre des participations en capital. Il est également prévu que, sans préjudice de l'article 87, § 4, de la loi spéciale, le décret règle la création, la composition, la compétence, le fonctionnement et le contrôle.

Comme le Conseil d'État a déjà eu l'occasion de le rappeler à plusieurs reprises, l'article 9 de la loi spéciale du 8 août 1980 offre un large éventail de possibilités, en ce sens que, dans l'exercice de la compétence qui lui est conférée, le législateur décrétal n'est pas tenu par des formes d'organisations préétablies, et il peut, au cas par cas, fixer les objectifs des organismes concernés, la composition des organes d'administration, ainsi que les compétences et le fonctionnement de ces organismes.

Il peut se déduire des travaux préparatoires de l'article 7 de la loi spéciale du 8 août 1988 'modifiant la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles', qui a remplacé l'article 9 de la loi spéciale du 8 août 1980, que cette disposition vise à étendre les pouvoirs des communautés et des régions 'à tout ce qui concerne la gestion décentralisée (décentralisation par service) du secteur public, en ce compris les mécanismes de cogestion avec le secteur privé' [2] Ceci peut inclure en principe, comme en l'espèce, dans le cadre de l'autonomie financière des communautés et des régions [3], la gestion de la dette des entités mentionnées à l'article 9 de la loi spéciale.

3.3. Il n'y a dès lors pas de problème en ce qui concerne les organismes qui relèvent du champ d'application du dispositif en projet et qui sont constitués sur le fondement de l'article 9 de la loi spéciale du 8 août 1980. Sur ce fondement, combiné à l'autonomie financière des communautés et des régions, le dispositif en projet peut se concrétiser en ce qui concerne les entités publiques énumérées à l'article 3, alinéa 1er, 1° à 7°, de l'avant-projet. Il n'y a pas davantage de problème en ce qui concerne les sociétés commerciales mentionnées à l'article 3, alinéa 1er, 8°, de

[2] *Note de bas de page n° 4 de l'avis cité :* Exposé des motifs relatif au projet de loi devenu la loi spéciale du 8 août 1988, *Doc. Parl.*, Chambre, SE, 1988, n° 516/1, p. 24.

[3] *Note de bas de page n° 5 de l'avis cité :* Cette autonomie financière résulte de l'autonomie de principe des communautés et des régions et trouve son illustration expresse dans plusieurs dispositions de la loi spéciale du 16 janvier 1989 'relative au financement des communautés et des régions', notamment dans ses articles 50 et 51. Cette autonomie s'applique sous la réserve des restrictions qu'y apportent d'autres dispositions de la même loi spéciale, comme par exemple son article 49 en matière d'emprunt.

‡LW-GGCSSBECG-GCJCCUV‡

l'avant-projet, dans la mesure où elles sont également constituées en application de l'article 9 de la loi spéciale du 8 août 1980.

3.4.1. En ce qui concerne les sociétés commerciales qui n'ont pas été constituées en application de l'article 9 de la loi spéciale du 8 août 1980, et dont, par conséquent, l'organisation et le fonctionnement ne peuvent pas être soumis à une réglementation propre en application de cette disposition, il n'est en principe pas permis de prévoir une limitation de l'autonomie de gestion qui déroge à la réglementation applicable à de telles sociétés commerciales.

Pour cette réglementation, il n'existe en effet aucune règle de répartition des compétences qui, à l'instar de l'article 9 de la loi spéciale précitée du 8 août 1980, octroierait pareil pouvoir aux communautés et aux régions en combinaison avec leur autonomie financière [4].

3.4.2. L'extension du champ d'application du dispositif en projet aux sociétés commerciales n'ayant pas été constituées en application de l'article 9 de la loi spéciale du 8 août 1980 n'est possible que si les compétences implicites visées à l'article 10 de la même loi spéciale peuvent être invoquées. En vertu de cet article, les décrets peuvent porter des dispositions relatives à des matières pour lesquelles ce n'est pas le législateur décrétal, mais le législateur fédéral qui est en principe compétent. Selon la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, il est toutefois requis à cette fin que la réglementation adoptée soit nécessaire à l'exercice des compétences de la région ou de la communauté, que la matière se prête à un régime différencié et que l'incidence des dispositions en cause sur cette matière ne soit que marginale.

À cet égard, l'exposé des motifs explique pourquoi, selon les auteurs de l'avant-projet, ces conditions sont remplies.

En ce qui concerne la première condition, il soutient que la dérogation est nécessaire parce que, sans pareille intervention, l'objectif poursuivi par ce décret de réduire la dette consolidée dans son ensemble pourrait être compromis, et parce que dans l'hypothèse où les sociétés commerciales consolidées concernées seraient soustraites à l'application du décret en projet, la dette pourrait toujours être mise sous pression de leur fait.

Toujours selon l'exposé des motifs, il peut être admis que la matière se prête à un traitement différencié, ce qui ressort du fait que l'autorité fédérale a prévu un régime similaire pour les entités relevant du secteur public de l'autorité fédérale (voir le titre 11 de la loi du 21 décembre 2013 'portant des dispositions fiscales et financières diverses').

Enfin, il est allégué que l'incidence sur l'exercice des compétences de l'autorité fédérale est marginale compte tenu du groupe très restreint de sociétés commerciales qui relèvent de ce dispositif. En effet, il ne s'agirait que de sociétés qui sont aux mains de l'autorité flamande et qui sont consolidées. En outre, le dispositif ne toucherait pas à l'essence de la compétence du législateur fédéral en matière de droit des sociétés.

[4] *Note de bas de page n° 6 de l'avis cité :* C.C., 25 octobre 2000, n° 105/2000, B.33-B.38. Voir également S. BAETEN et F. VANDENDRIESSCHE, « Oprichting van rechtspersonen en participaties », *in* G. Van Hagendoren et B. Seutin, *De bevoegdheidsverdeling in het federale België*, Bruges, Die Keure, 2007, pp. 39-40.

‡LW-GGCSSBECG-GCJCCUV‡

Ainsi, le dispositif en projet resterait dans les limites résultant de l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980.

3.4.3. Dans la mesure où l'exposé des motifs justifie la nécessité du dispositif en projet uniquement en affirmant que l'objectif de réduire la dette consolidée dans son ensemble 'pourrait être compromis', force est de constater que dans sa généralité, pareille argumentation revient pour l'essentiel à faire état de l'opportunité ou de l'utilité de la mesure, mais ne suffit pas à en démontrer la nécessité.

Si l'exposé des motifs démontre – il est vrai dans une partie générale et non dans l'argumentaire relatif à l'applicabilité de l'article 10 de la loi spéciale – qu'investir dans des titres flamands présente des avantages tant pour l'autorité flamande consolidée que pour les entités publiques qui investissent et empruntent, et que les entités publiques peuvent, d'une part, investir dans des instruments financiers caractérisés par un rendement durable et un rating solide [5] et, d'autre part, limiter les coûts d'émission et élargir la base des investisseurs, il y a lieu d'observer que là aussi, l'argumentation met davantage en avant l'opportunité ou l'utilité de la mesure qu'elle n'en rend la nécessité admissible.

L'auteur de l'avant-projet doit être en mesure d'établir, de préférence dans l'exposé des motifs, que l'extension du dispositif en projet aux sociétés commerciales n'ayant pas été constituées en application de l'article 9 de la loi spéciale du 8 août 1980, tel que ce dispositif est applicable aux entités à l'égard desquelles il est compétent sur la base de cette dernière disposition, combinée avec l'autonomie financière de la Communauté flamande et de la Région flamande, est nécessaire à l'efficacité de ce dispositif.

Les explications fournies par le commentaire de l'article 3 quant au caractère différencié de la mesure sont admissibles.

En ce qui concerne l'incidence marginale sur la matière réservée, l'unique justification selon laquelle seul un groupe très restreint de sociétés commerciales relève du dispositif en projet, ne suffit pas. À cet égard, il convient en effet d'indiquer de quelles sociétés commerciales il s'agit précisément et concrètement.

[5] *Note de bas de page n° 7 de l'avis cité :* Note de bas de page n° 1 de l'[exposé des motifs] cité : Pour les entités publiques soumises à l'impôt des personnes morales, il y a en outre un avantage supplémentaire si elles investissent dans des titres dématérialisés, comme le programme EMTN ou BCP de la Communauté flamande. Compte tenu de l'argumentation exposée dans la décision 2016.046 du Service des décisions anticipées, les entités publiques qui investissent dans des obligations émises par d'autres entités publiques via le système X/N sont en effet définitivement exonérées de précompte mobilier. Ceci signifie que le rendement brut est égal au rendement net. Tel n'est par le cas des investissements dans des obligations d'entreprises par exemple. Du reste, on notera que l'argumentation en faveur de l'exonération définitive du précompte mobilier correspond à l'argumentation de l'avant-projet de décret à l'examen. Le préambule de l'arrêté royal du 9 janvier 2005 énonce ainsi : « Considérant qu'il est particulièrement urgent de réserver le bénéfice de l'exonération de précompte mobilier accordée au secteur des administrations publiques au sens du SEC aux titres émis par ce même secteur, condition nécessaire pour consolider la dette publique fédérale et diminuer en conséquence le ratio dette/P.I.B. de notre pays ».

‡LW-GGCSSBECG-GCJCCUV‡

3.4.4. Le dispositif en projet ne peut être réputé s'appliquer aux sociétés commerciales n'ayant pas été constituées en application de l'article 9 de la loi spéciale du 8 août 1980 que si cela peut se justifier d'une manière qui répond aux conditions requises pour l'application de l'article 10 de cette même loi spéciale. Il est douteux que la justification apportée par l'exposé des motifs remplisse ces conditions ».

LE GREFFIER LE PRÉSIDENT

Béatrice DRAPIER Pierre VANDERNOOT

‡LW-GGCSSBECG-GCJCCUV‡