



CONSEIL D'ÉTAT

section de législation

avis 69.783/2/V

du 4 août 2021

sur

un avant-projet de décret de la Région wallonne 'portant
création d'une UAP de type 1 « fonds bas-carbone
et résilience »'

Le 2 juillet 2021, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Vice-Président et Ministre du Climat, de l'Énergie et de la Mobilité de la Région wallonne à communiquer un avis, dans un délai de trente jours prorogé de plein droit * jusqu'au 18 août 2021, sur un avant-projet de décret 'portant création d'une UAP de type 1 « fonds bas-carbone et résilience »'.

L'avant-projet a été examiné par la deuxième chambre des vacations le 4 août 2021. La chambre était composée de Martine BAGUET, président de chambre, Luc CAMBIER et Patrick RONVAUX, conseillers d'État, et Anne-Catherine VAN GEERSDAELE, greffier.

Le rapport a été présenté par Anne VAGMAN, premier auditeur chef de section.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 4 août 2021.

*

* Ce délai résulte de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, *in fine*, des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973 qui précise que ce délai est prolongé de plein droit de quinze jours lorsqu'il prend cours du 15 juillet au 31 juillet ou lorsqu'il expire entre le 15 juillet et le 15 août.

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973, 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.

OBSERVATION PRÉALABLE

Il ressort de la délibération du Gouvernement adoptant l'avant-projet de décret en première lecture que le Ministre du Climat a été chargé en même temps de demander l'avis du Conseil économique, social et environnemental de Wallonie et celui de la section de législation.

L'attention est attirée sur le fait que, si le Gouvernement décidait, pour donner suite à l'avis du Conseil économique, social et environnemental de Wallonie, d'apporter à l'avant-projet des modifications qui ne seraient pas destinées à donner suite également à l'avis de la section de législation, celle-ci devrait être saisie à nouveau du dossier en vue de donner un avis sur les dispositions ainsi modifiées.

FORMALITÉS PRÉALABLES

L'avant-projet de décret à l'examen met en place un régime d'aides publiques en faveur d'entités susceptibles d'être qualifiées d'entreprises.

Or, tout financement public remplissant les critères énoncés à l'article 107, paragraphe 1, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après le « TFUE ») constitue une aide d'État et doit être notifié à la Commission en vertu de l'article 108, paragraphe 3, du TFUE.

Toutefois, en vertu de l'article 109 du TFUE, le Conseil peut déterminer les catégories d'aides qui sont dispensées de cette obligation de notification.

Conformément à l'article 108, paragraphe 4, du TFUE, la Commission peut adopter des règlements concernant ces catégories d'aides d'État. Il en va ainsi du règlement (UE) n° 1407/2013 de la Commission du 18 décembre 2013 'relatif à l'application des articles 107 et 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides de minimis' et du règlement (UE) n° 651/2014 de la Commission du 17 juin 2014 'déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des

[‡] S'agissant d'un avant-projet de décret, on entend par « fondement juridique » la conformité aux normes supérieures.

articles 107 et 108 du traité', dans la mesure où les conditions fixées par ce règlement sont remplies.

Il appartient à l'auteur de l'avant-projet de vérifier si les aides concernées remplissent ou pas les conditions d'exemption prévues par les règlements européens et, dans la négative, de veiller à l'accomplissement de la formalité de notification requise.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

A. Le sort à réserver à l'article 24 du décret du 15 octobre 2020 'contenant le premier ajustement du budget général des dépenses de la Région wallonne pour l'année budgétaire 2020'

Les dispositions en projet, en ce qu'elles créent un « Fonds bas carbone et résilience », ont principalement pour objet de reproduire, moyennant quelques modifications, des normes qui existent déjà¹ et qui présentent la particularité d'avoir été adoptées sous la forme d'un cavalier budgétaire, c'est-à-dire sous la forme d'une disposition de droit matériel insérée dans un décret de nature budgétaire.

Comme la section de législation l'a déjà plusieurs fois relevé, un cavalier budgétaire a, sauf indication contraire, une valeur permanente, et non pas seulement une valeur annuelle².

Compte tenu d'un avant-projet de décret similaire soumis récemment pour avis à la section de législation³, la volonté du législateur semble cependant de consacrer l'existence du « Fonds bas carbone et résilience » dans un texte autonome, soumis à la section de législation et aux autres instances d'avis dont l'intervention est prévue par un texte normatif.

Dans un souci de sécurité juridique et de cohérence, il convient dès lors d'abroger l'article 24 du décret du 15 octobre 2020.

¹ Voir l'article 24 du décret du 15 octobre 2020 'contenant le premier ajustement du budget général des dépenses de la Région wallonne pour l'année budgétaire 2020'.

² Voir notamment, en ce sens, l'avis n° 60.135/2-4 donné le 17 octobre 2016 sur l'avant-projet devenu le décret-programme de la Région wallonne du 21 décembre 2016 'portant sur des mesures diverses liées au budget' et les références citées par cet avis, *Doc. parl.*, Parl. w., 2016-2017, n° 667/1, pp. 27 à 29, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/60135.pdf>; l'avis n° 63.475/2-4 donné le 6 juin 2018 sur un avant-projet devenu le décret-programme de la Région wallonne du 17 juillet 2018 'portant des mesures diverses en matière d'emploi, de formation, d'économie, d'industrie, de recherche, d'innovation, de numérique, d'environnement, de transition écologique, d'aménagement du territoire, de travaux publics, de mobilité et de transports, d'énergie, de climat, de politique aéroportuaire, de tourisme, d'agriculture, de nature et de forêt, des pouvoirs locaux et de logement', *Doc. parl.*, Parl. w. 2017-2018, n° 1142/1, p. 161, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/63475.pdf>.

³ Voir l'avis n° 69.083/4 donné le 26 avril 2021 sur un avant-projet de décret « portant création d'une UAP de type 1 'Fonds post Covid-19 de rayonnement de la Wallonie' ».

Par conséquent, un article sera ajouté dans le dispositif afin de prévoir une telle abrogation.

B. Principe de légalité – article 9 de la loi spéciale du 8 août 1980 ‘de réformes institutionnelles’

1. En l'espèce, la Région wallonne entend créer une personne morale de droit public sous la forme d'une « unité d'administration publique »⁴ appelée « Fonds bas carbone et résilience ». Comme il ressort de l'article 1^{er} de l'avant-projet, il s'agit d'un organisme de type 1 au sens de l'article 3, § 1^{er}, 4^o, a), du décret du 15 décembre 2011 ‘portant organisation du budget, de la comptabilité et du rapportage des unités d'administration publique wallonnes’, à savoir un organisme « qui [est] directement soumis à l'autorité d'un Ministre de tutelle et dont la gestion courante est confiée à des fonctionnaires désignés ou à des mandataires ».

En créant cette personne morale de droit public, l'avant-projet applique et doit respecter, notamment, l'article 9 de la loi spéciale du 8 août 1980, lequel est rédigé comme suit :

« Dans les matières qui relèvent de leurs compétences, les Communautés et les Régions peuvent créer des services décentralisés, des établissements et des entreprises, ou prendre des participations en capital.

Le décret peut accorder aux organismes précités la personnalité juridique et leur permettre de prendre des participations en capital. Le décret en règle la création, la composition, la compétence, le fonctionnement et le contrôle ».

2.1. En ce qui concerne la définition de la compétence du Fonds, il y a lieu d'observer ceci :

2.2. L'article 4 de l'avant-projet comporte l'indication suivante :

« Le Fonds a pour objectif de soutenir par des subventions ou des marchés les initiatives et acteurs qui contribuent à l'émergence d'une société à bas carbone et davantage résiliente face aux changements complémentaires au Fonds KYOTO. À cet effet le fonds peut soutenir des actions et des projets qui s'inscrivent dans la politique énergétique, climatique et environnementale du gouvernement ».

L'article 5 de l'avant-projet précise que ne seront subventionnées ou ne pourront faire l'objet d'un marché public que les initiatives jugées pertinentes selon les critères fixés par le Gouvernement.

⁴ La notion d'« unité d'administration publique » est définie par l'article 2, 27^o, du décret du 15 décembre 2011 comme étant « l'unité institutionnelle qui fait partie du périmètre de consolidation de la Région wallonne ». Celle-ci dispose ou non de la personnalité juridique selon le type d'unité créée.

L'article 7 de l'avant-projet est rédigé ainsi :

« Peuvent donner lieu à des appels à projets, des subventions ou à des marchés publics les initiatives favorables à l' émergence d'une société à bas carbone et davantage résiliente face aux changements, par exemple, via :

- 1° l' organisation ou la participation à des évènements ;
- 2° la réalisation ou le développement de projets ou de performances créatifs ou innovants ;
- 3° l'acquisition ou la rénovation de biens mobiliers ou immobiliers ;
- 4° le financement de projets à externalités environnementales et sociétales positives ;
- 5° les investissements de toute nature ;
- 6° la recherche et le développement ;
- 7° les initiatives locales.

Le Fonds peut soutenir des personnes physiques, des personnes morales de droit privé, des personnes morales de droit public ou des associations entre celles-ci.

Le Gouvernement fixe les objets des appels à projets, des subventions ou des marchés publics pouvant faire l'objet d'une intervention du Fonds ».

2.3. En indiquant que le Fonds vise à soutenir des initiatives qui « contribuent à l'émergence d'une société à bas carbone et davantage résiliente face aux changements complémentaires au Fonds KYOTO » et qui « s'inscrivent dans la politique énergétique, climatique et environnementale du gouvernement », l'article 4 de l'avant-projet donne une définition extrêmement large des missions du Fonds.

L'article 7 de l'avant-projet semble vouloir préciser les missions du Fonds.

Toutefois, il le fait en des termes qui ne donnent guère d'indication ou manquent en tout cas du minimum de la consistance requise pour que l'on puisse déterminer de manière suffisamment prévisible quelles conditions une initiative doit remplir pour pouvoir être considérée par le Fonds comme « contribuant à l'émergence d'une société à bas carbone et davantage résiliente face aux changements complémentaires au Fonds KYOTO » et qui « s'inscrivent dans la politique énergétique, climatique et environnementale du gouvernement ».

Or, ces divers points relèvent des règles de base relatives à la compétence du Fonds. Conformément à l'article 9 de la loi spéciale du 8 août 1980, c'est au législateur décréteur qu'il incombe de fixer de telles règles de base.

Les quelques indications complémentaires que donne l'exposé des motifs sur les points mentionnés ci-dessus ne sont pas suffisantes : d'une part, ces indications sont formulées en des termes beaucoup trop généraux et tautologiques; d'autre part, il importe, pour respecter l'article 9 de la loi spéciale du 8 août 1980, de fixer dans le dispositif même du décret en projet les règles de base relatives à la compétence du Fonds.

L'avant-projet sera donc profondément revu à ce sujet. C'est à cette condition que l'habilitation faite au Gouvernement par l'article 5 de fixer les critères permettant de juger une initiative ou un marché public pertinent peut être admise. De même, c'est également à cette condition que l'habilitation faite au Gouvernement par l'article 7 de l'avant-projet de fixer les objets des appels à projets, des subventions et des marchés publics, peut être admise.

3. Par ailleurs, en indiquant, sans autre précision, que le Fonds « est géré par les services désignés par le Gouvernement », l'article 2 de l'avant-projet reste en défaut de régler le fonctionnement du Fonds avec le minimum de précision que requiert le principe de légalité imposé par l'article 9 de la loi spéciale du 8 août 1980.

Il sera complété sur ce point.

C. Biais d'intervention du fonds

Alors que l'article 4 et l'article 5, alinéa 1^{er}, de l'avant-projet citent, comme biais d'intervention du Fonds, les « subventions » et les « marchés (publics) », d'autres dispositions de l'avant-projet mentionnent les « appels à projet » et les « subventions » (article 5, alinéa 2, et article 9), les « appels à projet », les « subventions » et les « marchés publics » (article 7), ou encore les « subventions accordées aux projets d'initiatives ou à la suite d'un appel à projets » (article 8).

L'avant-projet de décret sera revu aux fins de faire apparaître clairement à quel(s) type(s) d'opération(s) chaque disposition a vocation à s'appliquer, tout en définissant plus avant ces catégories d'opérations.

D. La personnalité juridique accordée au Fonds et ses conséquences

L'attention de l'auteur de l'avant-projet est attirée sur le fait que le choix de créer un fonds doté d'une personnalité juridique distincte de celle de la Région wallonne et dont l'objet principal est de soutenir financièrement des projets par l'octroi de subventions, a pour effet de déroger :

– au principe d'universalité budgétaire consacré par l'article 174, alinéa 2, de la Constitution⁵ ;

⁵ Sur le principe d'universalité budgétaire en lien avec la création d'une personnalité juridique distincte de celle de l'État, voir l'observation générale 3 de l'avis n° 38.782/2/V donné le 11 août 2005 sur un avant-projet de loi, devenu la loi du 10 juillet 2006 'relative à l'analyse de la menace', *Doc. parl.*, Chambre, 2005-2006, n° 2032/1, pp. 54-65.

– au principe de spécialité budgétaire en vertu duquel il appartient normalement au législateur de définir l'objet des dépenses mises à charge du budget de la Région wallonne⁶ ;

– au principe selon lequel les subventions à charge du Trésor public sont allouées sur la base d'une législation organique qui en détermine les éléments essentiels quant à leurs montants et à leurs conditions d'octroi.

Compte tenu de la multiplication des avant-projets de décrets récemment soumis à la section de législation, reposant sur les mêmes principes⁷, il serait judicieux que l'auteur de l'avant-projet fasse apparaître dans l'exposé des motifs les raisons expliquant pourquoi il s'avère nécessaire ou utile de conférer la personnalité juridique au fonds concerné, et ce dans un souci de transparence.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

DISPOSITIF

Article 2

Selon l'alinéa 1^{er}, le Fonds est placé sous l'autorité du Gouvernement.

Or, il résulte de l'article 3, § 1^{er}, 4^o, a), du décret du 15 décembre que les organismes de type 1 visés par cette disposition sont « directement soumis à l'autorité d'un Ministre de tutelle ».

Par conséquent, le mot « Gouvernement » sera remplacé par les mots « membre du Gouvernement que désigne ce dernier ».

Article 4

La question se pose de savoir ce que vise exactement le soutien « par des marchés ».

⁶ Comme le fonds en voie de création est doté de la personnalité juridique, les subventions qu'il a pour mission d'allouer ne seront en effet plus imputées sur un crédit de dépense du budget de la Région wallonne dont il revient au Parlement wallon de déterminer l'objet mais sur un article du budget du fonds, lequel est élaboré et approuvé conformément aux règles applicables aux organismes de type 1 prévues à l'article 87 du décret du 15 décembre 2011.

⁷ Voir les avant-projets de décret ayant fait l'objet des avis de la section de législation n^{os} 69.082/4 , 69.083/4 et 69.084/4.

Compte tenu d'avant-projets de décrets similaires soumis récemment pour avis à la section de législation⁸, il est permis de penser que ce soutien concerne des marchés publics qui seraient organisés par le Fonds en vue de contribuer à l'émergence d'une société sans carbone et davantage résiliente face aux changements complémentaires au Fonds KYOTO. Si tel est effectivement le cas, il convient de revoir la rédaction de cette disposition puisque les marchés publics n'ont pas pour objet de soutenir des initiatives émanant de tiers mais bien des initiatives émanant du Fonds, afin de réaliser ses missions.

Par ailleurs, il y a lieu de préciser la notion d'« acteurs »

Aux fins de remédier à ces difficultés, l'article 4 pourrait être rédigé comme suit :

« Le Fonds a pour objectif de soutenir, par des appels⁹ à projets ou par des subventions, des initiatives émanant de personnes physiques, d'entreprises, d'associations ou d'institutions qui visent à contribuer à l'émergence d'une société sans carbone et davantage résiliente face aux changements complémentaires au Fonds KYOTO. En vue de réaliser ce même objectif, le Fonds peut également, de sa propre initiative, organiser et financer des marchés publics ».

Article 5

Compte tenu du principe d'égalité et de non-discrimination, le législateur doit être en mesure de justifier le fait que les marchés publics, organisés et soutenus par le Fonds, qui atteignent un montant supérieur à 250.000 € HTVA, ne sont pas soumis pour approbation au Gouvernement.

Articles 11 et 12

L'article 24 du décret du 15 octobre 2020 prévoit déjà une modification des décrets du 15 décembre 2011 et du 19 décembre 2002 similaire à celle prévue par les articles 11 et 12 de l'avant-projet.

Or, lorsqu'une disposition modificative d'un acte originel entre en vigueur, elle épuise instantanément tous ses effets : si elle a pour objet un remplacement, un ajout ou une insertion dans l'acte originel, son contenu s'y incorpore immédiatement¹⁰.

⁸ Voir l'avis n° 69.083/4, ainsi que l'avis n°s 69.082/4- 69.84/4 donné le 26 avril 2021 sur un avant-projet de décret 'portant création d'une UAP de type 1 « Fonds post Covid-19 de sortie de la pauvreté »' et un avant-projet de décret 'portant création d'une UAP de type 1 « Fonds post Covid-19 de sortie de la pauvreté » pour les compétences transférées en application de l'article 138 de la Constitution'.

⁹ Sous réserve de l'observation générale C.

¹⁰ *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.conseildetat.be, onglet « Technique législative », recommandation n° 128.

Par conséquent, les articles 11 et 12 seront omis. En effet, le « Fonds bas carbone et résilience » a déjà été ajouté aux décrets précités par l'article 24 du décret du 17 décembre 2020 et une abrogation de cette disposition modificative n'aura pas pour effet de supprimer ce Fonds des listes reprises par ces décrets.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

Anne-Catherine VAN GEERSDAELE

Martine BAGUET