



CONSEIL D'ÉTAT

section de législation

avis 73.720/2/V
du 17 juillet 2023

sur

un avant-projet de décret de la Région wallonne ‘modifiant le Livre II du Code de l’Environnement contenant le Code de l’eau, relatif à la gouvernance du secteur de l’eau et à l’adaptation des régimes juridiques de la S.W.D.E. et de la S.P.G.E. au Code des sociétés et des associations’

Le 30 mai 2023, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par la Ministre de l'Environnement, de la Nature, de la Forêt, de la Ruralité et du Bien-être animal de la Région wallonne à communiquer un avis dans un délai de trente jours prorogé de plein droit * jusqu'au 29 juin 2023, sur un avant-projet de décret 'modifiant le Livre II du Code de l'Environnement contenant le Code de l'eau, relatif à la gouvernance du secteur de l'eau et à l'adaptation des régimes juridiques de la S.W.D.E. et de la S.P.G.E. au Code des sociétés et des associations'.

L'avant-projet a été examiné par la deuxième chambre des vacations le 17 juillet 2023. La chambre était composée de Pierre VANDERNOOT, président de chambre, Luc CAMBIER et Patrick RONVAUX, conseillers d'État, Jacques ENGLEBERT, assesseur, et Charles-Henri VAN HOVE, greffier.

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

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 17 juillet 2023.

*

* 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.

EXAMEN DE L'AVANT-PROJET

Article 6

À l'article D.334bis, § 1^{er}, 12^o, en projet du livre II du Code de l'Environnement contenant le Code de l'eau, la section de législation n'aperçoit pas quelles sont les « conventions avec les membres du comité de direction » qui sont ainsi visées.

Sur ce point, il convient de relever que ni le livre II du Code de l'environnement ni l'avant-projet à l'examen ne comportent, s'agissant de la Société publique de gestion de l'eau (ci-après : « la S.P.G.E. »), de règles similaires à celles énoncées par l'article D.370, § 1^{er}, alinéas 1^{er} et 2, du livre II du Code de l'environnement en ce qui concerne la Société wallonne des eaux (ci-après : « la S.W.D.E. »), rédigé comme suit :

« Les droits, y compris la rémunération, et obligations mutuels des membres du comité de direction, d'une part, et de la Société, d'autre part, sont réglés par convention particulière entre les parties concernées. Pour la conclusion de cette convention, la Société est représentée par le conseil d'administration.

Cette convention prévoit des dispositions particulières visant à garantir, en cas de non-renouvellement du mandat ou de révocation, la situation sociale et financière des membres du comité de direction ».

L'article D.334bis en projet sera réexaminé à la lumière de cette observation.

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

Article 7

1. L'article D. 334^{ter}, § 6, en projet charge le conseil d'administration de publier un appel à candidature en vue de la désignation des membres du comité de direction, appel à candidature qui devra contenir diverses informations, parmi lesquelles les « diplômes et expériences requises pour la fonction », les « modalités d'organisation des épreuves et critères de sélection retenus », les « documents que contient, à peine d'irrecevabilité, l'acte de candidature », et « les modalités de fin de mandat ».

La question se pose de savoir comment la détermination du contenu de ces informations s'effectuera et comment la disposition à l'examen est appelée à se combiner avec les dispositions pertinentes en la matière du décret du 12 février 2004 'relatif au statut de l'administrateur public' ¹.

La disposition à l'examen sera réexaminée à la lumière de cette observation et le commentaire de l'article sera complété en conséquence.

À cet égard, il convient de rappeler qu'en vertu de l'article 9, alinéa 2, de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles', c'est au législateur qu'il appartient de déterminer les règles essentielles relatives notamment à la composition, au fonctionnement et au contrôle des personnes morales de droit public auquel il accorde la personnalité juridique.

2. Par souci de cohérence avec l'ensemble de la disposition en projet, au paragraphe 10, alinéa 2, en projet, il convient de mentionner non pas le « gestionnaire » mais « le comité de direction ou un de ses membres ».

3. Les mêmes observations valent pour l'article D.369, en projet (article 35 de l'avant-projet).

Article 11

L'article D.334^{quinquies}, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, en projet prévoit que

« [l]e contrôle de la situation financière, des comptes annuels et de la régularité, au regard de la réglementation et des statuts, des opérations à constater dans les comptes annuels est confié à un collège des commissaires aux comptes compos[é] de trois membres ».

Selon l'alinéa 5 du même paragraphe, l'un des trois membres du collège de commissaires aux comptes sera nommé par le Gouvernement « sur proposition de la Cour des comptes ».

¹ Voir notamment les articles 4 et 15^{bis} du décret du 12 février 2004 dans la mesure où ils règlent la désignation et la rémunération du gestionnaire.

Selon le commentaire de l'article, l'intention est d'aller au-delà d'une simple désignation sur la proposition de la Cour des comptes puisqu'il y est précisé qu'

« [u]n commissaire est nommé parmi les membres de la Cour des comptes ».

Dans ce contexte, outre qu'il conviendrait de compléter le dispositif en projet aux fins d'y prévoir expressément que le membre du collège qui sera nommé sur la proposition de la Cour des Comptes sera choisi parmi ses membres, il y a lieu d'avoir égard à l'article 180, alinéa 5, de la Constitution, lequel, depuis l'entrée en vigueur de la sixième réforme de l'État et la révision de cette disposition constitutionnelle du 6 janvier 2014 qui en a été l'un des éléments ², dispose comme suit :

« Des missions supplémentaires peuvent être confiées à la Cour [des comptes] par la loi, le décret ou la règle visée à l'article 134. Sur avis conforme de la Cour, le décret ou la règle visée à l'article 134 détermine la rémunération de la Cour pour l'exercice de ces missions. Aucune rémunération n'est due pour une mission qui est exercée par la Cour pour une communauté ou une région avant la date d'entrée en vigueur du présent alinéa ».

Avant l'entrée en vigueur de cette révision constitutionnelle qui a inséré les alinéas 4 et 5 au sein de l'article 180 de la Constitution, la jurisprudence de la section de législation, fondée sur le texte de cette dernière disposition, limitée alors à ses actuels alinéas 1^{er} à 3, était fixée en ce sens que,

« [z]oals de Raad van State, afdeling Wetgeving, [...] reeds meermaals heeft opgemerkt, dient de opsomming van de bevoegdheden in artikel 180, tweede lid, van de Grondwet als beperkend te worden beschouwd en kunnen de federale, de gemeenschaps- en gewestwetgever, zonder machtiging van de grondwetgever, aan het Rekenhof geen ruimere bevoegdheden toekennen » ³.

² 6 janvier 2014 – Révision de l'article 180 de la Constitution, *M.B.*, 31 janvier 2014, p. 8589.

³ Avis 49.597/AG donné le 7 juin 2011 par l'assemblée générale de la section de législation sur une proposition de décret de la Communauté flamande et de la Région flamande 'houdende het toezicht van het Rekenhof op grote infrastructuurprojecten waarvoor de Vlaamse overheid verantwoordelijkheid draagt', observation n° 1 formulée sous le sous-titre « Overeenstemming met hogere rechtsnormen » (*Doc. parl.*, Parl. fl., 2010-2011, n° 1002/5, p. 6) ; en ce sens également, parmi de nombreux avis : avis 17.266/2 donné le 3 février 1987 sur une proposition de loi 'portant extension des compétences de la Cour des comptes' (*Doc. parl.*, Chambre, 1985-1986, n° 369/2, pp. 1 à 6) ; avis 18.009/2 donné le 12 mai 1987 sur un projet de loi 'améliorant l'exercice du contrôle parlementaire en matière budgétaire', observation n° 2 formulée sous l'article 3 (*Doc. parl.*, Chambre, 1986-1987, n° 815/2, p. 2) ; avis 26.054/9 donné le 3 mars 1997 sur une proposition devenue la loi du 10 mars 1998 'modifiant la loi du 29 octobre 1846 organique de la Cour des comptes', observation n° 2, a), formulée sous l'article 2 (*Doc. parl.*, Chambre, 1995-1996, n° 618/3, p. 4) ; avis 29.715/VR donné en chambres réunies le 17 décembre 1999 sur un avant-projet devenu la loi du 23 mai 2000 'fixant les critères visés à l'article 39, § 2, de la loi spéciale du 16 janvier 1989 relative au financement des Communautés et des Régions', observation générale n° 2 (*Doc. parl.*, 1999-2000, Sénat, n° 2-262/1, pp. 19 et 20) ; avis 40.948/2/V donné le 11 septembre 2006 sur une proposition de loi spéciale 'modifiant la loi spéciale du 2 mai 1995 relative à l'obligation de déposer une liste de mandats, fonctions et professions et une déclaration de patrimoine, et la loi spéciale du 26 juin 2004 exécutant et complétant la loi spéciale du 2 mai 1995 relative à l'obligation de déposer une liste de mandats, fonctions et professions et une déclaration de patrimoine', ainsi que sur les amendements n°s 4, 5 et 6 à cette proposition, observation formulée sous l'amendement n° 4 (*Doc. parl.*, Chambre, 2005-2006, n° 51-1397/005, pp. 4 et 5) ; avis 47.424/1 donné le 3 décembre 2009 sur une proposition de loi 'organisant l'évaluation des résultats de la lutte contre la fraude fiscale' (*Doc. parl.*, Chambre, 2009-2010, n° 52-1980/002).

L'insertion de l'alinéa 5 à l'article 180 de la Constitution a eu pour objectif et pour effet de permettre à « la loi, [au] décret ou [à] la règle visée à l'article 134 [de la Constitution] [d']assigner des missions supplémentaires à la Cour des comptes »⁴. L'article 180, alinéa 5, est clairement rédigé en ce sens.

Il est donc loisible au législateur décrétoal, sur la base de l'article 180, alinéa 5, première phrase, de la Constitution, de confier à la Cour des comptes une « mission supplémentaire », laquelle pourrait consister, comme en l'espère, à participer au contrôle envisagé, par le biais d'un membre de la Cour, qui sera proposé par celle-ci en vue d'être désigné par le Gouvernement wallon en qualité de membre du collège des commissaires aux comptes.

Il convient toutefois d'avoir égard à la deuxième phrase de l'article 180, alinéa 5, de la Constitution, qui envisage l'octroi d'une rémunération à la Cour des comptes pour des missions supplémentaires qui lui seraient octroyées sur la base de la première phrase de cet alinéa.

Dans les développements relatifs à la proposition de révision de l'article 180 de la Constitution, non démentis au cours des travaux parlementaires sur ce point, les auteurs de cette proposition ont très clairement indiqué à cet égard que,

« [p]our les missions supplémentaires assignées à la Cour des comptes après l'entrée en vigueur de cet alinéa [5] et que la Cour n'a pas encore exercées *pour une des entités fédérées* à cette date, la région ou la communauté mandante rémunère la Cour des comptes pour l'exécution de ces missions »⁵ (italiques ajoutés)

et que

« la rémunération des missions supplémentaires de la Cour ne devra être prévue que pour les missions supplémentaires qui seront à l'avenir confiées à la Cour et ce uniquement pour les missions que la Cour n'exerce pas encore pour une des entités fédérée »⁶.

Il en résulte que ce ne sont que les missions entièrement nouvelles, exercées par la Cour des comptes à l'égard d'aucune entité fédérée, qui doivent faire l'objet de la rémunération envisagée par l'article 180, alinéa 5, deuxième phrase de la Constitution⁷.

⁴ Développements de la proposition de révision de l'article 180 de la Constitution (*Doc. parl.*, Sénat, 2012-2013, n° 5-2244/1, p. 4).

⁵ *Ibidem*, p. 4.

⁶ *Ibidem*, p. 5.

⁷ Les développements de la proposition de révision de l'article 180 de la Constitution donnent l'exemple suivant de mission supplémentaire, entièrement nouvelle, qui, si elle devait être attribuée à la Cour des comptes, devrait être rémunérée :

« [...] si une région veut confier un contrôle des communes à la Cour des comptes, une telle mission devra faire l'objet d'une rémunération » (*ibidem*, p. 5).

C'est au demeurant en ce sens que la troisième phrase de cet alinéa 5 est rédigée :

« Aucune rémunération n'est due pour une mission qui est exercée par la Cour pour une communauté ou une région avant la date d'entrée en vigueur du présent alinéa ».

Il suffit donc que la mission en question de la Cour des comptes soit déjà exercée à l'égard d'une seule entité fédérée pour qu'une autre entité fédérée puisse lui octroyer une mission identique ou analogue sans être tenue de la rémunérer ⁸⁻⁹.

Par conséquent, en l'espèce, de deux choses l'une :

1° soit l'auteur de l'avant-projet est en mesure d'établir que la mission nouvelle que l'article 11 de l'avant-projet entend confier à la Cour des comptes, est déjà exercée, de manière identique ou analogue, à l'égard d'une entité fédérée : dans ce cas, la Région wallonne ne sera pas tenue de rémunérer la Cour des comptes pour sa nouvelle mission ;

2° soit l'auteur de l'avant-projet n'est pas en mesure d'établir que la mission nouvelle que l'article 11 de l'avant-projet entend confier à la Cour des comptes, est déjà exercée, de manière identique ou analogue, à l'égard d'une entité fédérée : dans ce cas, la Région wallonne sera tenue de rémunérer la Cour des comptes pour sa nouvelle mission, conformément à l'article 180, alinéa 5, deuxième phrase de la Constitution.

Le dispositif en projet sera réexaminé à la lumière de ces observations.

Les mêmes observations valent pour l'article 40.

Article 12

Aux termes de l'article D.335, § 2, seconde phrase, en projet,

« [l]es protocoles conclus dans ce cadre avec la Région et les missions déléguées par le Gouvernement à la S.P.G.E. sont des annexes du contrat de gestion ».

Le commentaire de l'article ne comporte pas d'explication sur la portée de cette phrase.

⁸ En ce sens également, la déclaration faite en commission de révision de la Constitution de la Chambre des représentants lors de la discussion de la proposition de révision de l'article 180 de la Constitution (*Doc. parl.*, Chambre, 2013-2014, n° 53-3213, p. 5).

⁹ Sur cette question, voir l'avis 72.502/2/VR donné le 19 janvier 2023 sur une proposition devenue le décret du 9 mars 2023 'instaurant le contrôle des comptes du Parlement wallon par la Cour des comptes en vertu de l'article 180 de la Constitution' » (*Doc. parl.*, Parl. Wall., 2022-2023, n° 1104/2, pp. 2 à 4).

La question se pose de savoir si l'intention est de prévoir uniquement que les documents établissant les protocoles et les missions déléguées concernées seront joints à titre d'information au contrat de gestion ou bien si l'intention est de conférer aux dits protocoles et missions déléguées la valeur juridique d'un contrat de gestion.

Il convient de lever toute ambiguïté à ce propos.

En tout état de cause, dans la seconde branche de l'alternative, on n'aperçoit pas comment des missions déléguées unilatéralement par le Gouvernement pourrait acquérir la valeur d'une clause du contrat de gestion, en particulier au sens du décret du 12 février 2004 'relatif au contrat de gestion et aux obligations d'information', lequel définit en son article 2, 1°, le contrat de gestion comme étant une convention.

L'article D.335, en projet sera réexaminé à la lumière de ces observations, qui valent également pour l'article D.354, § 2, en projet (article 24, 3°, de l'avant-projet).

Article 17

1. Au 1°, l'article D.345, § 2, alinéa 3, en projet du code prévoit en ses deuxième et troisième phrases qu'en cas d'absence d'entrée en vigueur d'un nouveau contrat de gestion à l'expiration du précédent, le contrat de service d'épuration et de collecte « fera l'objet », selon le cas, d'une prorogation prenant la forme d'un avenant couvrant une période de six mois ou d'un avenant applicable jusqu'à l'entrée en vigueur du nouveau contrat de gestion.

Ce dispositif est muet sur la manière dont serait réglée l'hypothèse où les avenants prévus par ces deux phrases ne seraient pas conclus, ce qui poserait problème au regard de la continuité du service public.

Il doit être complété sur ce point.

2. En raison de l'abrogation des paragraphes 5 et 7 de l'article D.345 du code par les 3° et 4° de l'article 17 de l'avant-projet, le 5° de cette dernière disposition renumérote les paragraphes 6, 8 et 9 en des paragraphes 5, 6 et 7.

La modification de la numérotation des paragraphes d'un article n'est pas recommandée. Il faut en effet éviter en principe de procéder de la sorte, compte tenu non seulement de ce que des références pourraient être faites aux dispositions ainsi renumérotées dans d'autres textes non modifiés, mais aussi en raison de la connaissance acquise des textes en vigueur par leurs destinataires et les instances chargées de les appliquer, voire de l'existence de jurisprudence et de doctrine pouvant avoir fait état de ces dispositions, que les destinataires de la règle peuvent être amenés à consulter. En outre, si, comme en l'espèce, la nouvelle numérotation affecte les dispositions d'un texte législatif sur la base desquels des arrêtés d'exécution ont été pris, l'information des banques de données qui ont créé des hyperliens électroniques entre ceux-ci devient obsolète.

Par ailleurs, ne pas renuméroter un paragraphe renseigne utilement le lecteur sur l'évolution de l'acte : si un numéro de paragraphe manque entre deux articles, il sait immédiatement que le paragraphe en question a été abrogé ¹⁰.

Une observation analogue vaut pour la renumérotation, envisagée par l'article 29, 2°, de l'avant-projet, des sous-sections 2, 3 et 4 en sous-sections 3, 4 et 5 de la section 6 du chapitre II du code, étant entendu que, vu l'insertion d'une nouvelle sous-section 1^{ère} au sein de la même section 6 par l'article 29, 1°, il est inévitable de renuméroter l'actuelle sous-section 1 mais en « sous-section 1^{ère}/1 » et pas en « sous-section 2 ».

Article 20

Certains des renvois opérés à des dispositions du Code des sociétés et des associations posent question.

Ainsi, s'agissant des « emprunts contractés par la Société », la section de législation se demande pour quel motif l'article D.348, alinéa 7, en projet (article 20, 7°, de l'avant-projet) renvoie à l'article 6:118 du Code des sociétés et des associations ¹¹.

De même, à l'article D.348, alinéa 8, en projet (article 20, 8°, de l'avant-projet), la section de législation se demande s'il ne convient pas de viser l'article 6:123 du Code des sociétés et des associations plutôt que son article 6:124.

La disposition à l'examen sera revue dans son ensemble aux fins de garantir qu'elle renvoie chaque fois à la disposition adéquate du Code des sociétés et des associations.

Article 44

L'article 44 envisage d'abroger l'article D.383 du livre II du Code de l'environnement, selon lequel

- « [l]e conseil d'administration adopte, sur proposition du comité de direction :
- 1° le statut du personnel ;
 - 2° le règlement de travail ».

Selon le commentaire de l'article, « [c]ette abrogation de l'article D.383 découle de la réécriture de l'article D.365 ».

¹⁰ Une modification de la numérotation ne peut normalement avoir d'utilité que dans le cadre d'une coordination ou d'une codification (*Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.raadvst-consetat.be, onglet « Technique législative », recommandation n° 125).

¹¹ Cet article a en effet trait non pas aux emprunts contractés par la société coopérative mais aux avances de fonds ainsi qu'aux prêts et aux sûretés accordés par la société en vue de l'acquisition de ses actions par des tiers.

À cet égard, l'article 31 de l'avant-projet prévoit effectivement de remplacer l'article D.365 par une disposition nouvelle. Le commentaire de cet article explique ce qui suit :

« L'article D.365 est réécrit afin de déterminer les compétences du conseil d'administration dans l'architecture bicéphale de la SWDE.

Comme développé dans l'exposé des motifs, le second paragraphe reprend une liste fermée des compétences qui sont légalement attribuées au conseil d'administration. Sauf ce qui est réservé à l'[assemblée générale (AG)], elle contient toutes les compétences fondamentales liées à la structure de la société, à son actionnariat, à sa politique générale et stratégique, à son financement, à ses prises de participations, à ses comptes annuels, à son personnel, etc. La compétence résiduaire appartiendra donc désormais au comité de direction.

Dans cette architecture, il ne sera plus possible pour le [conseil d'administration (CA)] de déléguer des compétences.

Par contre, il restera possible pour le [comité de direction (CD)] de soumettre une décision au CA même si elle ne relève pas explicitement de la liste de ses compétences propres. Il sera de même possible pour le CA de se saisir d'une question qu'il juge d'importance stratégique.

En ce qui concerne les marchés publics, là où la répartition entre le CA et le CD se faisait jusqu'ici au travers de délégations, il s'agira désormais de compétences respectives d'attribution :

- pour le CA, les marchés publics à caractère stratégique, selon les critères et dans les limites, notamment financières, qu'il fixera ;
- pour le CD : les autres marchés publics.

Le CA, qui reste responsable de l'administration de la société devant l'AG, est toujours chargé du contrôle de la gestion opérationnelle effectuée par le CD ».

Il ressort ainsi du commentaire de l'article 31 que l'intention de l'auteur de l'avant-projet est, entre autres, de laisser au conseil d'administration de la S.W.D.E. toutes les compétences fondamentales liées à son personnel.

Toutefois, l'article D.365 en projet ne fait pas mention de la compétence du conseil administration pour adopter le statut du personnel et le règlement de travail. Aucune autre disposition du projet ne confie par ailleurs cette compétence à un autre organe.

Par conséquent, le dispositif en projet sera complété aux fins de préciser quel est l'organe compétent en la matière. Si, comme le laisse entendre le commentaire de l'article D.365 en projet, il s'agit, dans l'intention de l'auteur de l'avant-projet, du conseil d'administration, l'article D.365 en projet sera complété en conséquence.

Article 51

En l'état des textes publiés au *Moniteur belge*, l'article D.2, 33°, du livre II du Code de l'environnement n'est pas subdivisé en *litterae* a), b) ou autres. Par ailleurs, cette disposition a été modifiée par le décret du 4 février 2010.

Dans la disposition à l'examen, il convient donc d'écrire « L'article D.2, 33°, du même code, modifié par le décret du 4 février 2010, » et non « L'article D.2, 33°, b), du même code ».

Article 53

L'article 53 sera rédigé comme suit :

« Dans l'article 1^{er}, 3°, du décret du 6 novembre 2008 portant rationalisation de la fonction consultative, remplacé par le décret du 16 février 2017, le *littera* l) est abrogé ».

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

Charles-Henri VAN HOVE

Pierre VANDERNOOT