CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

avis 52.653/2
du 14 janvier 2013

sur

un avant-projet de décret 'relatif à la gouvernance et à la transparence dans l'exécution des mandats publics'

Le 21 décembre 2012, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par Ministre-Président du Collège de la Commission communautaire française à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de décret 'relatif à la gouvernance et à la transparence dans l'exécution des mandats publics'.

Le projet a été examiné par la deuxième chambre le 14 janvier 2013. La chambre était composée de Yves KREINS, président de chambre, Pierre VANDERNOOT et Martine BAGUET, conseillers d'État, Sébastien VAN DROOGHENBROECK et Jacques ENGLEBERT, assesseurs, et Anne-Catherine VAN GEERSDAELE, greffier.

Le rapport a été présenté par Patrick RONVAUX, auditeur.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 14 janvier 2013.

*

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1er, alinéa 1er, 1°, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, tel qu'il est remplacé par la loi du 2 avril 2003, 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.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

A. Les définitions

1. Eu égard à son objet, qui consiste à fixer un ensemble de règles relatives à la gouvernance et à la transparence dans l'exécution des mandats publics, il est primordial que l'avant-projet examiné cerne avec précision les mandats qui sont soumis à son champ d'application.

Les définitions données par l'avant-projet doivent donc être précises.

Or, de ce point de vue, certaines d'entre-elles laissent à désirer.

On relève ainsi les difficultés suivantes concernant l'article 2 de l'avant-projet :

- au 3°, la définition de « l'administrateur public » est incompréhensible ; il en résulte notamment que la distinction entre l'administrateur et le gestionnaire publics n'apparaît pas suffisamment. Cette distinction est pourtant importante puisque les règles prévues au chapitre IV et les obligations du chapitre V de l'avant-projet ne concernent que l'administrateur public ;

- au 6°, la notion de « mandat dérivé » devrait être mieux circonscrite car on n'aperçoit pas ce qu'est précisément une fonction « confiée en raison de son mandat originaire » ;

- au 7°, la définition de l'« administrateur de droit » manque de clarté ; la question se pose également de savoir si cette notion ne recoupe pas celle qui résulte de la définition de « mandat dérivé ».

- au 9°, la question se pose de savoir s'il ne conviendrait pas d'également définir la notion d'« organisme » qui est utilisée dans la définition en projet et à plusieurs autres reprises dans l'avant-projet.

Au surplus, l'avant-projet ne règle pas clairement la question de savoir sur la base de quel critère il peut être considéré que des mandats exercés au sein de personnes morales de droit privé constituent ou non des « mandats publics » soumis à l'avant-projet. Dans l'article 2, 1°, de l'avant-projet, qui définit le « mandat public », il est question d'un

« mandat public » pour tout mandat conféré en rapport avec les « droits du Collège » dans « l'actionnariat » de l'organisme au sein duquel le mandat est conféré alors que le commentaire de l'article 2 n'envisage lui que les mandats conférés dans des organismes au sein desquels la Commission communautaire française a « un pouvoir de vote majoritaire ».

En conclusion, les définitions visées ci-avant, qui sont centrales dans l'avant-projet, doivent être clarifiées en elles-mêmes et les unes par rapport aux autres afin de circonscrire avec netteté le champ d'application du texte envisagé.

B. Le principe d'égalité

2. Il importe de veiller à ne pas traiter différemment des « mandats publics » qui, au regard des objectifs poursuivis par l'avant-projet, devraient subir un sort comparable.

On peut à cet égard se demander si ce n'est pas par erreur que de nombreuses dispositions de l'avant-projet ne s'appliquent qu'aux administrateurs publics alors que l'on pourrait s'attendre à ce qu'elles soient également d'application pour les autres titulaires d'un mandat public au sens de l'article 2, 1°, de l'avant-projet.

Les considérations qui figurent sous l'article 2 du commentaire des articles, lesquelles ne sont d'ailleurs pas toutes traduites dans le dispositif de l'avant-projet alors qu'elles paraissent pourtant parfois énoncer des éléments normatifs qui ne se déduisent pas du texte même de l'avant-projet, ne permettent à cet égard pas de comprendre pourquoi le régime juridique de l'administrateur public devrait différer de celui du gestionnaire public.

S'agissant du 7°, si l'on comprend bien, le titulaire d'un mandat d'administrateur de droit n'est pas considéré comme un mandataire public au sens de l'avant-projet et n'est donc pas soumis aux obligations imposées par celui-ci ; or, on n'aperçoit pas la raison qui justifierait qu'un tel administrateur soit exclu de l'application du décret pour le seul motif qu'il a été directement « désigné comme tel » par un décret, un arrêté ou un statut, en tout cas dans l'hypothèse où la désignation « réglementaire » de cet administrateur de droit aurait justement été prévue à l'origine pour assurer la représentation des intérêts de la Commission communautaire française dans l'organisme concerné.

C. La liberté d'association

3. L'incertitude relevée ci-dessus concernant la mesure exacte dans laquelle le texte à l'examen est susceptible de s'appliquer à des personnes morales de droit privé dans lesquelles la Commission communautaire française aurait des intérêts soulève également une difficulté plus ponctuelle liée aux obligations particulières que le chapitre VII de l'avant-projet impose « aux personnes morales qui disposent au moins d'un mandataire public ».

Lorsqu'elles sont imposées à des personnes morales de droit privé, ces obligations s'analysent en effet comme des ingérences dans la liberté d'association dont bénéficient ces sociétés privées en vertu de l'article 27 de la Constitution et de l'article 11 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Selon cette dernière disposition, l'exercice de la liberté d'association « ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

Les obligations imposées par le chapitre VII de l'avant-projet [1], lorsqu'elles tendent à s'appliquer à des personnes morales de droit privé, ne peuvent donc être admises que si elles s'avèrent pertinentes et proportionnées par rapport à un objectif d'intérêt public pouvant justifier une ingérence dans la liberté d'association.

Certes, la présence d'une personne exerçant un « mandat public » au sein d'une entreprise privée est généralement la conséquence de ce que les pouvoirs publics ont engagé des moyens financiers au sein de cette entreprise. Il est donc normal et naturel que les entreprises privées qui bénéficient d'un financement public soient soumises à certaines formes de contrôle par les pouvoirs publics mais il n'en reste pas moins que les obligations qui peuvent être imposées à cet titre doivent rester mesurées et compatibles avec la liberté d'action dont bénéficient en principe ces entreprises. Le commentaire des articles devrait donc être complété pour apporter les justifications nécessaires de ce point de vue [2].

D. La participation à une association ne respectant pas les principes démocratiques

4. En vertu de l'article 6, § 1er, de l'avant-projet,

> « le mandat d'administrateur public est incompatible avec le mandat ou les fonctions de :
>
> […]
>
> 7° l'appartenance ou la participation aux activités d'une association qui ne respecte pas les principes démocratiques énoncés, notamment, par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, par la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie et par la loi du 23 mars 1995 tendant à réprimer la négation, la minimisation, la justification ou l'approbation du génocide commis par le régime

[1] Voir aussi l'article 5 de l'avant-projet qui implique une importante atteinte à la liberté pour une personne morale de droit privé de se donner les statuts qui lui paraissent les plus adéquats ; voir également l'article 6, § 2, alinéa 1er, dont l'application au sein d'une personne morale de droit privé ne va pas de soi.

[2] C.C. n° 48/2005 du 1er mars 2003.

national socialiste pendant la seconde guerre mondiale ou toute autre forme de génocide » [3].

À ce sujet, le Conseil d'État renvoie à son avis 50.244/2 [4], dont l'extrait pertinent est le suivant :

« IV. La lutte contre le racisme et la xénophobie

8. L'article 11, alinéa 1er, 2°, de l'accord de coopération établit une incompatibilité à l'égard des membres du conseil d'administration qui, dans la version communiquée par le délégué du ministre afin de corriger une erreur matérielle, se lit comme suit :

'ne pas être membre ou sympathisant de tout organisme, parti, association ou personne morale quelle qu'elle soit, qui ne respecte pas les principes démocratiques énoncés, notamment, par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, par les Protocoles additionnels à cette Convention en vigueur en Belgique, par la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie, et par la loi du 23 mars 1995 tendant à réprimer la négation, la minimisation, la justification ou l'approbation du génocide commis par le régime national-socialiste pendant la Seconde Guerre mondiale ou toute autre forme de génocide.

Cette interdiction cesse un an après la date de la démission effective de la personne de l'organisme, parti, association ou personne morale concernée à l'alinéa précédent'

L'article 38, alinéa 1er, établit une incompatibilité semblable à l'égard des commissaires de gouvernements, à ceci près qu'il ne mentionne pas, pour sa part, la ou les circonstances dans laquelle (lesquelles) l'interdiction qu'il met en place est appelée à cesser.

Confrontée à une disposition similaire, la section de législation a fait les observations suivantes :

'3. L'article 169, § 3, alinéa 5, en projet, prévoit que :

'La qualité de membre de la commission est incompatible avec l'appartenance à un organisme qui ne respecte pas les principes de la démocratie tels qu'énoncés, notamment, par la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, par la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie et par la loi du 23 mars 1995 tendant à réprimer la négation, la minimisation, la justification ou l'approbation du génocide commis par le régime national-socialiste allemand pendant la seconde guerre mondiale ou tout autre forme de génocide'.

Cette disposition appelle plusieurs observations.

---

[3] D'un point de vue grammatical, la phrase liminaire n'introduit pas correctement le 7°.

[4] Avis 50.244/2 donné le 26 septembre 2011 sur un avant-projet de décret 'portant assentiment à l'accord de coopération conclu entre la Communauté française et la Région wallonne créant une École d'administration publique commune à la Communauté française et à la Région wallonne' (*Doc. parl.*, Parl. wall., 2011-2012, n° 516/1, pp. 29-36). Dans le même sens, l'avis 50.714/4 donné le 11 janvier 2012 sur un avant-projet devenu le décret 'modifiant certaines dispositions du Code de la démocratie locale et de la décentralisation' (*Doc. parl.*, Parl. wall., 2011-2012, n° 567).

a) L'incompatibilité qu'elle crée est exclusivement fonction d'un comportement imputable à l'organisme dont la personne visée est membre : en d'autres termes, telle qu'elle est actuellement rédigée, cette disposition n'a pas pour effet d'empêcher d'être membre de la commission quelqu'un qui, à titre personnel, ne respecterait pas les textes auxquels il est fait référence.

Le texte examiné doit être revu pour, en toute logique, viser aussi cette hypothèse.

b) En tant qu'elle exclut de la participation à la commission la personne qui est membre d'un organisme qui ne respecte pas la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après la Convention), elle est rédigée de manière beaucoup trop large.

En effet, en la matière, il convient de tenir compte de l'enseignement issu de l'arrêt de la Cour constitutionnelle n° 10/2001 du 7 février 2001 en vertu duquel il ne se conçoit pas que l'interdiction envisagée puisse être d'application lorsque l'organisme ou l'association dont la personne est ou a été membre a seulement proposé que l'une ou l'autre règle figurant dans la Convention reçoive une interprétation nouvelle ou soit révisée, ou a émis des critiques sur les présupposés philosophiques ou idéologiques de cet instrument juridique […]. Il est au contraire requis, comme cela résulte d'ailleurs aussi de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme […], qu'une interdiction de cette nature se borne à exclure de la commission les seules personnes et organismes qui sont 'hostiles' à la Convention, cette hostilité ayant pour objet un principe essentiel au caractère démocratique du régime et se manifestant par l'incitation à violer une norme juridique en vigueur (notamment l'incitation à commettre des violences ou à s'opposer aux règles de la Convention).

c) L'exclusion visée sous b) doit donc être limitée aux seules personnes, associations ou organismes qui ont montré de manière manifeste leur hostilité à la Convention, mais il convient également d'en revoir la généralité sous un autre angle : telle qu'est actuellement rédigée, cette exclusion présente en effet un caractère définitif en ce sens qu'une fois ces conditions d'application réunies, elle persiste sans limite de temps. Or, pour être conforme au principe de proportionnalité, la règle en projet doit tenir compte de ce qu'une personne, association ou organisme peut, même après qu'il ait été constaté qu'il se montrait hostile à l'ordre démocratique établi, renoncer par la suite à cette hostilité.

d) En ce qui concerne les lois du 30 juillet 1981 et du 23 mars 1995, leur violation constitue une infraction pénale qui ne peut être constatée que par les cours et tribunaux. Dans son application, le texte en projet ne pourrait dès lors permettre l'exclusion d'une personne que si cette personne ou l'organisme dont elle est membre fait l'objet d'une telle condamnation définitive.

Dans la même optique, pour ce qui est du non-respect de la Convention, non-respect entendu au sens du b), ci-avant, il conviendrait, à titre de garantie supplémentaire, de prévoir explicitement qu'il ne peut s'inférer que d'une décision de justice coulée en force de chose jugée.

e) Enfin, les mots 'ou tout autre forme de génocide' ne figurent pas dans l'intitulé de la loi du 23 mars 1995 à laquelle la disposition en projet entend se référer. Ils doivent être omis.

[…]'.

Aux observations qui précèdent, peuvent encore en être ajoutées d'autres :

a) Tels qu'ils sont libellés, les articles 11, alinéa. 1er, 2°, et 38, alinéa 1er, de l'accord de coopération semblent impliquer, à défaut de précision en sens contraire, que toute contravention quelconque au prescrit de la loi du 30 juillet 1981 précitée, pourvu qu'elle ait été judiciairement constatée, peut constituer le fait générateur suffisant de l'incompatibilité qu'ils édictent. Le Conseil d'État attire cependant l'attention de l'auteur de l'avant-projet sur le fait que les interdictions portées par cette loi sont assorties de sanctions de nature distincte, en sorte qu'il s'établit, entre elles, une certaine gradation en termes de gravité. Ainsi, certains comportements, à l'instar d'un acte de discrimination directe intentionnelle fondée sur la race ou l'origine ethnique, s'exposent tout à la fois à des sanctions civiles et des sanctions pénales [5]. Par contre, un acte de discrimination indirecte fondée sur la nationalité, lorsqu'il ne présente pas le caractère intentionnel requis par la loi [6], ne s'expose qu'à des sanctions civiles et ne peut être passible de sanctions pénales. Le Conseil d'État se demande s'il entre bien dans l'intention des auteurs de l'accord de coopération de tenir l'ensemble de ces actes pour faits générateurs suffisants de l'incompatibilité mise en place [7], en dépit de leur nature et de leur niveau de gravité distincts, et, dans l'affirmative, si pareille inclusion très large, qui conduit à traiter à l'identique des personnes se trouvant potentiellement dans des situations peu comparables entre elles, est assortie de la justification objective et raisonnable requise pour demeurer conforme au principe d'égalité [8].

b) Les comportements discriminatoires définis par la loi du 30 juillet 1981 précitée ne sont interdits par celle-ci que lorsqu'ils sont commis dans le domaine des compétences de l'autorité fédérale, et non lorsqu'ils se rattachent à des matières ressortissant de la compétence des Communautés et Régions [9]. Dans ces dernières matières, ces mêmes comportements s'exposent aux prohibitions et sanctions portées par la législation de la collectivité fédérée compétente, à l'instar du décret de la Communauté française du 12 décembre 2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination ou du décret de la Région wallonne du 6 novembre 2008 relatif à la

---

[5] *Note de bas de page 17 de l'avis cité* : Article 12 et 23-25 de la loi du 30 juillet 1981 précitée.

[6] *Note de bas de page 18 de l'avis cité* : Article 19 de la loi du 30 juillet 1981 précitée.

[7] *Note de bas de page 19 de l'avis cité* : Ainsi et à titre d'exemple, le Conseil d'État mentionne l'existence d'un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles daté du 26 mai 2011 (2008AR/933, www.diversite.be, dans lequel cette juridiction a en substance estimé qu'un organisme bancaire qui décide de clôturer deux comptes ouverts auprès de lui par une personne se trouvant en séjour irrégulier en Belgique, alors que ladite personne est en mesure de produire des documents attestant de son identité, commet à l'égard de cette personne une discrimination indirecte contraire à la loi du 30 juillet 1981 précitée. Faut-il, en raison de la condamnation ainsi intervenue, estimer que l'ensemble des cadres dirigeants, employés et actionnaires de l'organisme bancaire concerné se voient *ipso jure* frappés de l'incompatibilité mise en place par les articles 11, alinéa. 1er, 2°, et 38, alinéa 1er, de l'accord de coopération, motif pris que les personnes susdites sont, au sens de ces articles, membres d'une personne morale, quelle qu'elle soit, qui ne respecte pas les principes démocratiques énoncés par la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie ? Telle ne saurait être l'intention poursuivie.

[8] *Note de bas de page 20 de l'avis cité* : Conformément à la jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle, les règles d'égalité et de non-discrimination, portées par les articles 10 et 11 de la Constitution belge, « s'opposent [...] à ce que soient traitées de manière identique, sans qu'apparaisse une justification objective et raisonnable, des catégories de personnes se trouvant dans des situations qui, au regard de la mesure considérée, sont essentiellement différentes » (par exemple ; C.C., n° 91/98, 15 juillet 1998).

[9] *Note de bas de page 21 de l'avis cité* : Voir l'article 5, § 1er, *in limine* de la loi du 30 juillet 1981 précitée.

lutte contre certaines formes de discrimination. En ne visant que la loi du 30 juillet 1981 précitée, les articles 11, alinéa 1er, 2°, et 38, alinéa 1er, de l'accord de coopération pourraient donner l'impression – certainement à tort – qu'ils opèrent une distinction de traitement entre auteurs d'actes de nature et de gravité parfaitement identiques, selon que lesdits actes sont, ou non, commis dans le cadre d'un rapport juridique rattachable aux matières demeurées de compétence fédérale.

c) La notion de « sympathisants », visée par les articles 11, alinéa. 1er, 2°, et 38, alinéa 1er, de l'accord de coopération, n'y reçoit pas de définition précise, et manque de ce fait de clarté [10]. Vise-t-on, sous cette qualification, la personne qui 'prête son concours' à l'organisme, au parti, à l'association ou à la personne morale, au sens de l'article 22 de la loi du 30 juillet 1981 précitée tel qu'interprété par la Cour constitutionnelle [11] et la jurisprudence judiciaire [12], ou entend-t-on désigner par ces termes un cercle plus large de personnes ? L'absence de définition, problématique au regard des exigences de sécurité juridique qui s'imposent à la matière, est de surcroît à la source d'une difficulté lorsqu'il s'imposera de déterminer à quelle condition et moyennant quel délai le sympathisant 'repenti' pourra escompter, conformément à la dernière phrase des articles 11, alinéa 1er, 2°, de l'accord de coopération, s'extraire de l'incapacité dont il est frappé.

9. L'article 10, alinéa 2, de l'accord de coopération prévoit la représentation proportionnelle des groupes politiques reconnus au sein du Parlement de la Communauté française pour composer le conseil d'administration, « sans prise en compte du ou desdits groupes politiques qui ne respecteraient pas les principes démocratiques énoncés, notamment, par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, par la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie et par la loi du 23 mars 1995 tendant à réprimer la négation, la minimisation, la justification ou l'approbation du génocide commis par le régime national-socialiste pendant la Seconde Guerre mondiale ou toute autre forme de génocide'.

Outre l'observation formulée dans l'observation précédente, cette disposition appelle certaines observations dont certaines ont déjà été formulées par la section de législation du Conseil d'État au sujet de dispositions semblables :

a) En ce qui concerne les lois du 30 juillet 1981 précitée et du 23 mars 1995 précitée visées par la disposition en projet, se pose la question de la constatation de leur non-respect. Leur violation constitue une infraction pénale qui ne peut être constatée que par les cours et tribunaux. Dans son application, le texte en projet ne pourrait dès lors permettre l'exclusion d'un groupe politique du principe de la représentation proportionnelle que sur la base d'une telle condamnation.

b) En ce qui concerne les deux mêmes lois, se pose aussi la question de savoir comment se règle l'imputabilité de condamnations pénales éventuelles aux 'groupes politiques reconnus' : à partir de quel moment peut-on considérer qu'un 'groupe politique reconnu' ne respecte pas les textes précités ? Faut-il que le parti politique dont il exprime les idées ait fait l'objet d'une condamnation ? Suffit-il qu'un des élus

---

[10] *Note de bas de page 22 de l'avis cité* : Voir en ce sens l'avis 35.323/2 donné le 26 mai 2003 sur un avant-projet de décret (*Doc. parl.*, Parl. wall., 2003-2004, n° 618/1, p. 16).

[11] *Note de bas de page 23 de l'avis cité* : C.C., n° 40/2009, 11 mars 2009, B.39 à B.46.

[12] *Note de bas de page 24 de l'avis cité* : Cass., 9 novembre 2004, *Pas.*, 2004, n° 539.

du groupe ait été condamné ? Et que se passe-t-il si le 'groupe politique reconnu' désavoue clairement et publiquement celui de ses membres qui aurait encouru une condamnation pénale ?

c) En ce qui concerne la constatation du non-respect 'des principes démocratiques énoncés par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », il convient de tenir compte de l'enseignement issu de l'arrêt de la Cour d'arbitrage n° 10/2001 du 7 février 2001 en vertu duquel il ne se concevrait pas que, dans son application, le texte en projet permette de fonder l'exclusion d'un groupe politique de la représentation proportionnelle lorsque ce groupe a seulement proposé que l'une ou l'autre règle figurant dans la Convention européenne des droits de l'homme reçoive une interprétation nouvelle ou soit révisée, ou a émis des critiques sur ses présupposés philosophiques ou idéologiques [13].

d) En ce qui concerne spécifiquement le respect de la loi du 23 mars 1995 précitée, l'attention de l'auteur de l'avant-projet est attirée sur le fait que cette loi vise uniquement le génocide commis par le régime nazi pendant la seconde guerre mondiale et non pas également, comme l'écrit l'avant-projet, 'toute autre forme de génocide'.

[…] ».

Les mêmes observations valent pour l'article 19 de l'avant-projet (article 7*bis*, § 1er, 8°, en projet).

E. La présence équilibrée d'hommes et de femmes au sein des instances concernées

5. L'article 13, § 3, de l'avant-projet dispose :

« § 3. Un tiers au moins des administrateurs publics de la personne morale sont de sexe différent de celui des autres administrateurs publics.

Pour l'application de la présente disposition, le nombre minimum requis de ces membres de sexe différent est arrondi à l'unité supérieure. Si le nombre d'administrateurs publics de sexe différent n'atteint pas le minimum fixé par la présente disposition, le prochain administrateur public nommé est de ce sexe. À défaut, sa nomination est nulle. Il en va de même si une nomination a pour effet de faire baisser le nombre de ces administrateurs publics de sexe différent sous ce nombre minimum requis.

En cas de non-respect de cette disposition, tout avantage, financier ou autre, de tous les administrateurs publics, lié à l'exécution de leur mandat, est suspendu. Ces avantages sont rétablis lorsque la composition de l'organe de gestion est conforme à l'alinéa 1er ».

[13] *Note de bas de page 25 de l'avis cité* : Voir le considérant B.4.7.2 de l'arrêt cité.

À ce sujet, il est renvoyé à l'observation générale 3 de l'avis 49.473/AG donné le 26 avril 2011 sur une proposition devenue la loi du 28 juillet 2011 'modifiant la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, le Code des sociétés et la loi du 19 avril 2002 relative à la rationalisation du fonctionnement et de la gestion de la Loterie Nationale afin de garantir la présence des femmes dans le conseil d'administration des entreprises publiques autonomes et des sociétés cotées et de la Loterie Nationale' [14] :

> « 11. L'option retenue dans la proposition de loi d'imposer un quota absolu et inconditionnel sanctionné appelle, au regard du principe de proportionnalité [15] que traduit le dernier critère dégagé par la Cour constitutionnelle, les réserves suivantes.
>
> 12. Le système envisagé, en ce qu'il s'applique à des entreprises publiques économiques, à savoir celles régies par la loi du 21 mars 1991 précitée et à la Loterie Nationale, ne concerne que les administrateurs désignés par l'État belge. En d'autres termes, par le fait de la mesure, le législateur fédéral prévoit de limiter le seul pouvoir de nomination de l'autorité publique, ce en quoi il ne paraît pas critiquable [16].
>
> Cependant, même conçue comme une limitation que l'autorité publique se donne à elle-même, la validité de la règle du quota, doit, en termes de proportionnalité, s'apprécier en droit interne au regard des articles 10 et 11 de la Constitution ainsi que, sur le plan du respect du droit international et européen, en tenant compte notamment de la jurisprudence développée par la Cour de Justice de l'Union européenne (ci-après CJUE).
>
> 13. L'obligation imposée comme telle de respecter un quota de femmes ou d'hommes dans la composition du conseil d'administration d'une entreprise publique économique ou de la Loterie Nationale n'apparaît pas en soi de nature à restreindre inutilement les droits des uns ou des autres, mais à la condition :
>
> - qu'elle permette une comparaison des titres et mérites des candidats de sexe différent [17] ;
>
> - qu'elle n'oblige à choisir une personne d'un sexe déterminé que pour autant que cette personne présente des titres et mérites comparables à ceux d'un ou plusieurs autres candidats de l'autre sexe avec qui elle entre en concurrence et qui sont, comme elle, jugés aptes à la fonction à pourvoir.
>
> La règle du quota ne peut en effet dispenser l'autorité publique investie du pouvoir de nomination de procéder à la comparaison des titres et mérites [18] et le respect de cette obligation doit apparaître de la motivation de l'acte de nomination.

---

[14] *Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, n° 53-211/5.

[15] *Note de bas de page 12 de l'avis cité* : voir S. VAN DROOGHENBROECK et I. HACHEZ, « L'introduction de l'égalité entre les hommes et les femmes dans la Constitution », *Rev. b. dr. const.*, 2002, p. 168.

[16] *Note de bas de page 13 de l'avis cité* : voir avis 41.765/1 donné le 19 décembre 2006 sur un projet devenu le décret de l'Autorité flamande du 13 juillet 2007 portant promotion d'une participation plus équilibrée d'hommes et de femmes dans les organes d'avis et d'administration de l'Autorité flamande (*Doc. parl.*, Vl. Parl., 2006-2007, n° 1150/1, pp. 23-29).

[17] *Note de bas de page 14 de l'avis cité* : Sur l'obligation de procéder à une comparaison des titres et mérites des candidats à une nomination comme administrateur d'une entreprise publique économique, voir C.E., MATTHIS, n° 118.044, 4 avril 2003.

[18] *Note de bas de page 15 de l'avis cité* : C.E., VAN BRANTEGEM, n° 196.546, 1er octobre 2009.

Or, tel ne semble pas être nécessairement le cas dans le système instauré par la proposition de loi qui, par le fait de la fixation d'un quota absolu à respecter de manière inconditionnelle, pourrait aboutir à contraindre l'autorité publique investie du pouvoir de nomination à choisir une personne d'un sexe déterminé par le seul motif qu'elle est de ce sexe [19], c'est-à-dire indépendamment de ses titres et mérites.

14. La CJUE a eu, à plusieurs reprises, l'occasion d'examiner la validité d'actions positives prises dans le secteur public pour promouvoir une répartition équilibrée des sexes en matière d'emploi.

15. Ainsi, dans l'arrêt Badeck, la CJUE a considéré ce qui suit :

'22. (…) (L)a Cour a, au point 33 de l'arrêt Marschall, précité, jugé que, contrairement à la réglementation en cause dans l'affaire Kalanke, précitée, une réglementation nationale qui comporte une clause d'ouverture ne dépasse pas les limites de l'exception prévue à l'article 2, paragraphe 4, de la directive si, dans chaque cas individuel, elle garantit aux candidats masculins ayant une qualification égale à celle des candidats féminins que les candidatures font l'objet d'une appréciation objective qui tient compte de tous les critères relatifs à la personne des candidats et écarte la priorité accordée aux candidats féminins, lorsqu'un ou plusieurs de ces critères font pencher la balance en faveur du candidat masculin.

23. Il s'ensuit qu'une action qui vise à promouvoir prioritairement les candidats féminins dans les secteurs de la fonction publique où les femmes sont sous-représentées doit être considérée comme étant compatible avec le droit communautaire

- lorsqu'elle n'accorde pas de manière automatique et inconditionnelle la priorité aux candidats féminins ayant une qualification égale à celle de leurs concurrents masculins et

- lorsque les candidatures font l'objet d'une appréciation objective qui tient compte des situations particulières d'ordre personnel de tous les candidats' [20].

La notion de clause d'ouverture est qualifiée, dans la jurisprudence de la CJUE, comme la « clause selon laquelle les femmes ne doivent pas être promues par priorité si des motifs tenant à la personne d'un candidat masculin font pencher la balance en sa faveur » [21].

L'application de cette jurisprudence à l'obligation faite, sans possibilité d'y déroger, de respecter un quota d'un tiers de femmes ou d'hommes dans un conseil d'administration tant dans le cas d'une entreprise publique économique que de la Loterie Nationale emporte le risque sérieux de se heurter aux principes d'admissibilité d'une action positive en faveur des personnes d'un sexe déterminé tels que les a

---

[19] *Note de bas de page 16 de l'avis cité* : La nomination d'un administrateur pourrait même être compromise par le défaut d'un candidat du sexe requis pour assurer le respect du quota.

[20] *Note de bas de page 17 de l'avis cité* : CJUE, 28 mars 2000, n° C-158/97, Badeck e.a., *Jur*. CJUE 2000, I, 1875, concl. A. SAGGIO. Voir également CJUE 17 octobre 1995, n° C-450/93, Kalanke / Freie Hansestadt Bremen, *Jur*. CJUE 1995, I, 3051, considérant 23, concl. G. TESAURO; CJUE, 11 novembre 1997, n° C-409/95, Marschall / Land Nordrhein-Westfalen, *Jur*. CJUE, 1997, I, 6363, considérant 33, concl. F. JACOBS et CJUE, 6 juillet 2000, n° C-407/98, Abrahamsson, *Jur*. CJUE 2000, I-05539, considérant 20.

[21] *Note de bas de page 18 de l'avis cité* : CJUE, BADECK e.a., précité, considérant 18.

dégagés la CJUE [22]. En effet, le respect d'un tel quota peut conduire, dans certaines situations, à choisir un administrateur du sexe requis pour l'unique raison que le quota n'est pas atteint. Ce choix se fera donc indépendamment d'une appréciation objective des situations particulières d'ordre personnel de tous les candidats, une priorité devant, aux termes de la loi, être accordée à ce candidat même s'il est sous-qualifié par rapport à d'autres dès lors que ceux-ci sont de l'autre sexe [23].

16. En conclusion, si le dispositif de la proposition de loi poursuit un objectif qui s'inscrit dans les prévisions de la notion d'action positive au sens où l'entendent tant le droit interne que le droit international et, plus particulièrement, européen, à savoir promouvoir une présence mieux équilibrée des femmes et des hommes dans les organes dirigeants des entreprises publiques économiques ainsi qu'à la Loterie Nationale, il n'en demeure pas moins que, pour assurer la conformité de la concrétisation de cet objectif aux normes supérieures de droit, il s'indiquerait d'adapter le dispositif de la proposition de loi en assortissant le quota, par exemple, d'une clause d'ouverture [24]. Ceci paraît d'autant plus indiqué que la sanction prévue du non-respect du quota est celle de la nullité de la nomination de l'administrateur opérée en méconnaissance de la règle du quota ».

La même observation vaut en l'occurrence, *a fortiori* compte tenu du fait que l'auteur prévoit une double sanction, c'est-à-dire non seulement celle de la nullité de la nomination de l'administrateur, mais également la suspension de « tout avantage financier ou autre, de tous les administrateurs publics, lié à l'exécution de leur mandat ».

F. L'absence de règles de contrôle du dispositif

6. Le texte de l'avant-projet n'est pas définitif quant aux modalités de son contrôle.

---

[22] *Note de bas de page 19 de l'avis cité* : Pour une synthèse de la jurisprudence de la CJUE, voir D. CUYPERS et C. VAN VYVE, « De criteria voor positieve actie in de rechtspraak van de hoogste rechtscolleges », *in* C. BAYART, S. SOTTIAUX, S. VAN DROOGHENBROECK (éds.), *Actualités du droit de la lutte contre la discrimination*, Bruges, Die Keure, 2010, p. 272 ; M. DE VOS, « Positieve actie en discriminatie in het Europese en Belgische discriminatierecht », *in* C. BAYART, S. SOTTIAUX et S. VAN DROOGHENBROECK (éds.), *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten*, Bruges, Die Keure, 2008, p. 316.

[23] *Note de bas de page 20 de l'avis cité* : Voir, quant à la règle du quota appliquée au Conseil supérieur de la Justice, les constatations du Comité des droits de l'homme du 7 juillet 2004, Jacobs c. Belgique, n° 943/2000 (CCPR/C/81/D/943/2000).

[24] *Note de bas de page 21 de l'avis cité* : Ce faisant d'ailleurs, le texte répondra plus adéquatement aux déclarations faites, lors des travaux préparatoires, quant à la portée de la proposition de loi. En effet, à la question de savoir ce qu'il faut entendre par « équivalence des personnes » conçues comme l'un des critères de compatibilité d'une action positive au regard du droit européen, la représentante de la vice-première ministre et ministre de l'Emploi et de l'Égalité des chances a expliqué qu'« il faut éviter de placer la barre plus bas pour certaines personnes, en exigeant de leur part des critères de qualification moindre. Il faut partir du principe que toutes les personnes sont équivalentes et qu'elles doivent donc aussi avoir des compétences comparables pour accéder à certaines fonctions », propos par ailleurs confirmés par différents députés en commission (rapport de la Chambre, *op. cit.*, pp. 89 et 90). Voir, dans le même sens, le décret de l'Autorité flamande du 13 juillet 2007 précité qui, en son article 5, prévoit la possibilité de déroger au quota d'un tiers lorsqu'il est impossible de le satisfaire. L'arrêté du Gouvernement flamand du 26 octobre 2007 fixant la procédure d'exception pour une participation plus équilibrée de femmes et d'hommes dans les organes d'avis et d'administration de l'Autorité flamande, précise la procédure à suivre pour obtenir une telle dérogation.

L'article 2, 8°, de l'avant-projet définit en effet l'« organe de contrôle » comme étant une « commission de déontologie et d'éthique chargée du contrôle et du respect des dispositions du présent décret » mais l'avant-projet reste en défaut de définir les compétences et modalités d'action de cette commission, tout comme il reste en défaut de l'organiser ou de déterminer sa composition.

Il se déduit par ailleurs de l'article 20 de l'avant-projet que cette commission sera créée par un décret séparé et que, « à titre transitoire », les compétences de cette commission sont exercées par « XXX ».

On comprend donc à la lecture de ces différentes dispositions que tout un aspect du régime qu'il est envisagé de mettre en place reste à déterminer.

Cette manière de procéder ne permet pas au Conseil d'État de se prononcer sur la qualité de l'articulation entre les dispositions en projet et celles liées à leur contrôle, lesquelles sont pourtant indissociables.

Une telle manière de procéder empêcherait également les parlementaires de disposer d'une vue d'ensemble du régime proposé si les deux décrets dont il est ici question n'étaient pas soumis simultanément à l'Assemblée de la Commission communautaire française.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

DISPOSITIF

Article 3

À l'alinéa 2, 3°, le texte en projet manque de clarté de telle sorte qu'il est difficile de cerner l'hypothèse qui y est visée.

Le 3° sera donc rendu plus explicite.

Article 5

Aux paragraphes 3 et 4, les mots « tient (notamment) compte » n'ont pas de portée suffisamment précise. Il y a lieu que le décret soit plus clair sur le régime qu'il envisage.

Article 6

1. Au paragraphe 1er, la simple mention de la qualité de membre d'un Gouvernement régional n'est pas suffisante pour inclure par exemple l'ensemble des membres

du Collège de la Commission communautaire française ; les Secrétaires d'État régionaux sont en effet membres du second mais pas du premier.

2. Au paragraphe 3, le « 8° » sera remplacée par le « 7° ».

3. Au paragraphe 4, 1°, l'auteur de l'avant-projet est invité à se demander si l'incompatibilité qui est envisagée ne doit pas être étendue à tous les membres des cabinets ou à certains autres d'entre-eux.

4. Au paragraphe 6, il est prévu que la « fonction de fonctionnaire-dirigeant ou de mandataire dans la fonction publique de la Commission communautaire française est incompatible avec l'exercice d'un mandat de bourgmestre, d'échevin, de président du C.P.A.S. ou de membre du Collège provincial ».

Outre que cette règle est totalement étrangère à l'objet de l'avant-projet de décret, il y a lieu de relever que régler les incompatibilités dans la fonction publique est une matière qui relève de la compétence du Collège.

Le paragraphe 6 doit donc être omis.

Article 7

Au 3°, pour que la disposition en projet fasse sens, l'avant-projet doit être plus précis sur les catégories de condamnations pénales qui sont jugées incompatibles avec l'exercice d'un mandat d'administrateur public.

La même observation vaut pour l'article 18 de l'avant-projet (article 6*bis*, 3°, en projet).

Article 9

1. Au paragraphe 1er, compte tenu de la subsistance subsidiaire d'une possibilité de révocation « *ad nutum* », dans la logique du texte, et pour lui donner un effet utile, il convient que les mots « peut […] révoquer » soient remplacés par le mot « révoque ».

2. Au paragraphe 2, afin de permettre à l'intéressé de faire valoir son point de vue en connaissance de cause, il y a lieu de revoir le texte de manière telle que la communication des faits reprochés soit concomitante à la convocation.

Article 10

Les mots « s'il existe » doivent être remplacés par les mots « applicable lorsqu'existe ».

Article 13

1. Au paragraphe 1er, alinéa 1er, le mot « Ministre » doit être remplacé par les mots « de ses membres », l'observation valant *mutatis mutandis* pour l'ensemble de l'avant-projet.

2. Dans la cohérence de ce qui est prévu au paragraphe 1er, alinéas 2 et 3, il convient de remplacer « ou le tiers » par « ou à proposer par le tiers ».

3. Au paragraphe 3, alinéa 1er, le mot « sont » doit être remplacé par le mot « est ».

4. Au paragraphe 4, il convient de renvoyer à l'article 15, § 1er, et non à l'article 16, § 1er.

5. Au paragraphe 5, les mots « à l'occasion du renouvellement partiel ou intégral suivant des mandats au sein de l'organe de gestion » doivent être remplacés par les mots « à partir du premier renouvellement partiel ou intégral des mandats au sein de l'organe de gestion qui suit l'entrée en vigueur du présent décret ».

Article 14

À l'alinéa 2, la section de législation se demande qui accorde la dérogation envisagée.

Il appartient à l'auteur de l'avant-projet d'examiner s'il n'est pas préférable d'éviter toute référence à une dérogation expresse, étant entendu en ce cas, qu'il appartiendrait à l'organe de contrôle de vérifier si les critères énoncés à la fin de l'alinéa 2 sont respectés.

Article 19

À l'article 7*bis*, § 1er, 4°, en projet, il y a lieu d'écrire « membre d'un Collège provincial ou d'une Députation permanente ».

Article 23

L'article 23 prévoit que le décret en projet entrera en vigueur à une date qui n'est pas encore précisée.

Si l'auteur du projet estime devoir déroger aux délais usuels d'entrée en vigueur des décrets fixés par l'article 56 de la loi spéciale du 8 août 1980, combiné à l'article 4, 5°, commun au décret de la Communauté française n° II du 19 juillet 1993 'attribuant l'exercice de certaines compétences de la Communauté française à la Région wallonne et à la Commission communautaire française' et au décret de la Commission communautaire française n° III du 22 juillet 1993 portant le même intitulé, il doit être en mesure d'expliquer quelle raison spécifique justifie une telle dérogation.

LE GREFFIER LE PRÉSIDENT

Anne-Catherine VAN GEERSDAELE Yves KREINS