



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 71.127/1
van 25 maart 2022

avis 71.127/1
du 25 mars 2022

over

sur

een ontwerp van besluit van de
Brusselse Hoofdstedelijke
Regering 'houdende het
algemeen reglement
betreffende het beheer en de
werkwijze van het Brussels
Waarborgfonds'

un projet d'arrêté du
Gouvernement de la Région de
Bruxelles-Capitale 'portant le
règlement général relatif à la
gestion et au fonctionnement
du Fonds bruxellois de
Garantie'

Op 28 februari 2022 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering, belast met klimaattransitie, leefmilieu, energie en participatieve democratie, verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een ontwerp van besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering ‘houdende het algemeen reglement betreffende het beheer en de werkwijze van het Brussels Waarborgfonds’.

Het ontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 17 maart 2022. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Wouter PAS en Inge VOS, staatsraden, Michel TISON en Johan PUT, assessoren, en Greet VERBERCKMOES, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Arne CARTON, auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Inge VOS, staatsraad.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 25 maart 2022.

*

Le 28 février 2022, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Ministre du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale, chargé de la Transition climatique, de l'Environnement, de l'Énergie et de la Démocratie participative, à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale ‘portant le règlement général relatif à la gestion et au fonctionnement du Fonds bruxellois de Garantie’.

Le projet a été examiné par la première chambre le 17 mars 2022. La chambre était composée de Marnix VAN DAMME, président de chambre, Wouter PAS et Inge VOS, conseillers d'État, Michel TISON et Johan PUT, assesseurs, et Greet VERBERCKMOES, greffier.

Le rapport a été présenté par Arne CARTON, auditeur.

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

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 25 mars 2022.

*

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

*

2. Het om advies voorgelegde ontwerp van besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering strekt tot het vaststellen van een nieuw algemeen reglement van het Brussels Waarborgfonds, dat in de plaats komt van het algemeen reglement dat is vastgesteld bij het besluit van 20 juni 2013¹, waarvan artikel 26 van het ontwerp de opheffing beoogt.²

De ontworpen regeling treedt in werking op een niet in het ontwerp ingevulde datum.³

3.1. Voor het ontworpen besluit wordt, zoals blijkt uit de aanhef, rechtsgrond gezocht in artikel 21 van de ordonnantie van 22 april 1999 ‘tot wijziging van de wet van 4 augustus 1978 tot economische heroriëntering en houdende oprichting van het Brussels Waarborgfonds’.

Voor de regels inzake de zitpenningen (lees: het presentiegeld)⁴ van de voorzitter, ondervoorzitter, leden van de raad van bestuur en de regeringscommissarissen (artikel 4 van het ontwerp) wordt, naast artikel 21 van de ordonnantie van 22 april 1999, eveneens rechtsgrond geboden door artikel 15 en artikel 16, laatste lid, van dezelfde ordonnantie.

3.2. In advies 44.497/1 dat de Raad van State, afdeling Wetgeving, op 27 mei 2008 heeft uitgebracht over het ontwerp dat het besluit van 19 juni 2008⁵ is geworden, werden een aantal opmerkingen geformuleerd met betrekking tot de rechtsgrond voor dat ontwerp en de verhouding die de ordonnantiegever heeft willen tot stand brengen tussen de artikelen 17 en 21 van de

¹ Besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 20 juni 2013 ‘houdende het nieuw algemeen reglement van het Brussels Waarborgfonds en tot opheffing van het besluit van 19 juni 2008 houdende het nieuwe algemeen reglement van het Brussels Waarborgfonds’.

² Luidens artikel 26 van het ontwerp gebeurt de opheffing “onder voorbehoud van de toepassing van het derde lid” dat in een overgangsregeling voorziet voor de waarborgen onderschreven tussen 1 juli 2013 en de dag voor de datum van inwerkingtreding van dit besluit.

³ In artikel 28 van het ontwerp wordt gerefereerd aan een datum die nog moet worden ingeschreven in die bepaling.

Er wordt in dit verband aan herinnerd dat ontwerpen die worden voorgelegd aan de Raad van State, afdeling Wetgeving, in beginsel definitief moeten zijn. Hierop zal in de toekomst moeten worden toegezien. Volgens de gemachtigde zou de ontworpen regeling in werking treden op 1 juni 2022.

⁴ De stellers van het ontwerp dienen er over te waken in de Nederlandse tekst van het ontwerp dezelfde begrippen te gebruiken als in de Nederlandse tekst van de ordonnantie van 22 april 1999. Zo moeten de woorden “de zitpenningen” in artikel 4 van het ontwerp vervangen worden door de correcte term “het presentiegeld”.

⁵ Besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 19 juni 2008 ‘houdende het nieuw algemeen reglement van het Brussels Waarborgfonds en tot opheffing van het besluit van 5 april 2004 houdende het algemeen reglement van het Brussels Waarborgfonds’.

ordonnantie van 22 april 1999⁶. Die opmerkingen gelden onverkort voor het voorliggende ontwerp van besluit.

De Raad van State stelde in dat advies onder meer:

“2.1. In het eerste lid van de aanhef van het ontwerp wordt, als rechtsgrond voor de ontworpen regeling, op algemene wijze gerefereerd aan de ordonnantie van 22 april 1999 tot wijziging van de wet van 4 augustus 1978 tot economische heroriëntering en houdende oprichting van het Brussels Waarborgfonds. Het komt de Raad van State, afdeling wetgeving, niettemin voor dat de stellers van het ontwerp in de eerste plaats uitvoering beogen te geven aan artikel 21 van de voornoemde ordonnantie, dat luidt:

‘Een algemeen reglement betreffende het beheer en de werkwijze van het Fonds wordt door de Brusselse Hoofdstedelijke Regering opgesteld na advies van de raad van bestuur van het Fonds.

Dit reglement bepaalt met name:

- nadere regelen voor het onderzoek van de aanvragen om een waarborg;
- de nadere regelen voor de financiële, economische, technische controle op de kredietinstellingen en op de kredietnemer die de waarborg van het Fonds genieten;
- de nadere regelen voor de vernietiging van de beslissingen die niet in overeenstemming zijn met de regels en de richtlijnen bedoeld in artikel 17 van deze ordonnantie;
- de beschikkingen die moeten worden genomen ingeval de aanvrager de kredieten gebruikt voor andere doeleinden dan die welke het verlenen van de waarborg van het Fonds hebben gewettigd, of ingeval hij ze ingevolge onnauwkeurige verklaringen heeft verkregen;
- de beschikkingen die moeten worden toegepast wanneer de kredietinstellingen een krediet, waarvoor het Fonds een waarborg gegeven heeft, moeten opzeggen;
- de grenzen van en de nadere regelen voor de tegemoetkoming van het Fonds in de verliezen geleden door de vennootschappen voor onderlinge borgstelling die het erkend heeft;
- het bedrag van het presentiegeld dat wordt toegekend aan de leden van de raad van bestuur.’

Het is ongetwijfeld zo dat de opsomming van aangelegenheden, die overeenkomstig de aangehaalde bepaling in het algemeen reglement van het Brussels Waarborgfonds moeten worden geregeld, een niet-exhaustief karakter heeft⁷. Nochtans kan er niet aan worden voorbijgegaan dat die bepaling moet worden gelezen in samenhang met artikel 17 van de ordonnantie van 22 april 1999 dat, opdat het een zinvolle draagwijdte zou hebben, moet worden geacht betrekking te hebben op aangelegenheden die vallen te onderscheiden van die welke worden bedoeld in artikel 21 van de ordonnantie en die eraan complementair zijn. Er anders over oordelen, zou neerkomen op een negatie van de autonome bevoegdheid

⁶ Die opmerkingen heeft de Raad van State, afdeling Wetgeving, naderhand regelmatig hernomen in adviezen die werden uitgebracht over ontwerpen van besluit die de wijziging van het besluit van 19 juni 2008 tot voorwerp hadden, evenals in adv.RvS 53.334/1 van 6 juni 2013 over een ontwerp dat heeft geleid tot het besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 20 juni 2013 ‘houdende het nieuw algemeen reglement van het Brussels Waarborgfonds en tot opheffing van het besluit van 19 juni 2008 houdende het nieuwe algemeen reglement van het Brussels Waarborgfonds’.

⁷ Voetnoot 2 in het geciteerde advies: De woorden “met name” (in de Franse tekst “notamment”) aan het einde van de inleidende zin van artikel 21, tweede lid, van de ordonnantie van 22 april 1999, bevestigen het niet-exhaustieve karakter van de in die bepaling opgesomde aangelegenheden.

die, weliswaar onder het goedkeuringstoezicht van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering, door de ordonnantiegever is toebedeeld aan de raad van bestuur van het Brussels Waarborgfonds.

Artikel 17 van de ordonnantie van 22 april 1999 luidt immers:

‘De raad van bestuur bepaalt volgens welke regels en richtlijnen het Fonds tegemoetkomingen verleent. Hij legt die om goedkeuring voor aan de Brusselse Hoofdstedelijke Regering.

Deze regels en richtlijnen bepalen met name onder welke voorwaarden de beslissingen om de waarborg toe te kennen niet moeten worden onderworpen aan de voorafgaande machtiging van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering en onder welke voorwaarden bepaalde kredietinstellingen rechtstreeks mogen beslissen over de toekenning van de waarborg van het Fonds.’

Terwijl de ordonnantiegever in artikel 21 van de ordonnantie van 22 april 1999 aan de Brusselse Hoofdstedelijke Regering de bevoegdheid heeft opgedragen om het algemeen reglement betreffende het beheer en de werkwijze van het Brussels Waarborgfonds op te stellen, na advies van de raad van bestuur van het Fonds, heeft hij in artikel 17 van dezelfde ordonnantie aan de raad van bestuur van het Fonds een eigen, specifieke bevoegdheid toegekend om regels en richtlijnen te bepalen volgens welke het Fonds tegemoetkomingen verleent, mits die regels en richtlijnen om goedkeuring aan de Brusselse Hoofdstedelijke Regering worden voorgelegd.

2.2. De artikelen 17 en 21 van de ordonnantie van 22 april 1999 zijn geïnspireerd geworden door een aantal gelijkaardige bepalingen die voorkwamen in de wet van 4 augustus 1978 tot economische heroriëntering⁸. Noch tijdens de parlementaire voorbereiding van de ordonnantie van 22 april 1999, noch tijdens die van de wet van 4 augustus 1978, werd uitgeweid omtrent de onderlinge verhouding en afbakening tussen de betrokken artikelen en de daarmee corresponderende bevoegdheden van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering, enerzijds, en de raad van bestuur van het Brussels Waarborgfonds, anderzijds⁹.

Wel moet worden vastgesteld dat in artikel 21 van de ordonnantie van 22 april 1999 uitdrukkelijk wordt gerefereerd aan ‘de regels en de richtlijnen bedoeld in artikel 17’, wat aantoonde dat de ordonnantiegever zelf wel degelijk een functioneel onderscheid heeft beogen te maken tussen de taken die worden vermeld in respectievelijk de artikelen 17 en 21 van de ordonnantie. Hiermee heeft de ordonnantiegever niets anders gedaan dan het bevestigen van het ook in het verleden gemaakte onderscheid tussen de bepalingen die aan de artikelen 17 en 21 van de ordonnantie zijn voorafgegaan en door welke deze zijn geïnspireerd.

Zo werden in het koninklijk besluit van 10 oktober 1978 tot uitvoering van de artikelen 17, 18, 19, 22, 24 en 32 van de wet van 4 augustus 1978 tot economische heroriëntering, sommige vroegere bepalingen verder van toepassing verklaard waarin het zo-even vermelde onderscheid tussen de taakomschrijving in de zin van artikel 17 van de

⁸ Voetnoot 3 in het geciteerde advies: Artikel 17 van de ordonnantie is in ruime mate parallel met artikel 18 van de wet van 4 augustus 1978, terwijl eenzelfde parallellisme bestaat tussen artikel 21 van de ordonnantie en het bepaalde in artikel 22 van de voornoemde wet.

⁹ Voetnoot 4 in het geciteerde advies: Of hun respectievelijke rechtsvoorgangers zijnde de Koning en het toenmalige Comité van het Fonds.

ordonnantie van 22 april 1999 en die bedoeld in artikel 21 van die ordonnantie werd gemaakt¹⁰.

2.3. In het om advies voorgelegde ontwerp van besluit wordt niet het onderscheid gemaakt dat de ordonnantiegever kennelijk heeft willen maken tussen, enerzijds, de in artikel 17 van de ordonnantie van 22 april 1999 bedoelde aangelegenheden en, anderzijds, die welke op een meer expliciete wijze worden opgesomd in artikel 21 van dezelfde ordonnantie.

Nochtans lijkt, afgaand op hetgeen voorafgaat, niet te kunnen worden ontkend dat sommige van de in het ontwerp geregelde aangelegenheden betrekking hebben op de bevoegdheid die artikel 17 van de ordonnantie van 22 april 1999 aan de raad van bestuur van het Brussels Waarborgfonds opdraagt. Dat is met name het geval voor hetgeen in de artikelen 8 tot 20 wordt geregeld op het vlak van de tussenkomsten van het Fonds, voor artikel 25 dat betrekking heeft op het vereiste inzake de naleving van de normale marktvoorwaarden door de kredietinstelling, en voor de artikelen 29, 30 en 31, in de mate dat deze artikelen betrekking hebben op de voorwaarden waaronder respectievelijk een voorakkoord, een vereenvoudigde waarborg en een waarborg op aanvraag kan worden bevestigd, respectievelijk verleend, door de kredietinstelling.

Door de voornoemde bepalingen in het ontwerp op te nemen wordt de bevoegdheid miskend die de ordonnantiegever in artikel 17 van de ordonnantie van 22 april 1999 aan de raad van bestuur van het Fonds heeft opgedragen. De vaststelling dat deze laatste over de ontworpen regeling heeft geadviseerd of dat de Brusselse Hoofdstedelijke Regering hoe dan ook de door de raad van bestuur bepaalde regels en richtlijnen dient goed te keuren, kan de miskennis van de voornoemde ordonnantie op dat punt niet wettigen.”

3.3. Uit de notificatie van de vergadering van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 24 februari 2022 blijkt dat deze in eerste lezing haar goedkeuring heeft gehecht aan “het ontwerpbesluit van de Regering met betrekking tot het algemeen reglement voor het beheer en de werking van het Brussels Waarborgfonds”, alsook aan “het ontwerpbesluit van de Regering met betrekking tot de regels en de richtlijnen voor de tussenkomst van het Brussels Waarborgfonds”.

Aldus blijkt dat de Brusselse Hoofdstedelijke Regering beoogt rekening te houden met het onderscheid tussen de artikelen 17 en 21 van de ordonnantie van 22 april 1999, waarop de Raad van State, afdeling Wetgeving, heeft gewezen in het aangehaalde advies 44.497/1 en in een aantal latere adviezen. Terwijl artikel 17 van de ordonnantie de goedkeuring impliceert door de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van door de raad van bestuur van het Fonds bepaalde regels en richtlijnen volgens welke het Fonds tegemoetkomingen verleent, wordt de Brusselse Hoofdstedelijke Regering in artikel 21 van de ordonnantie belast met het opstellen van het algemeen reglement betreffende het beheer en de werkwijze van het Fonds.

¹⁰ Voetnoot 5 in het geciteerde advies: Het betrof het ministerieel besluit van 23 september 1959 tot goedkeuring van het reglement waarbij de regels en richtlijnen betreffende de tussenkomst van het Fonds vastgesteld worden, uitgevaardigd in toepassing van de artikelen 7 en 8 van de wet van 24 mei 1959, en het koninklijk besluit van 12 september 1959 houdende uitvoering van artikel 11 van de wet van 24 mei 1959 tot verruiming van de mogelijkheden inzake de beroeps- en ambachtskredietverlening aan de middenstand.

De Brusselse Hoofdstedelijke Regering beoogt daarbij ook terecht een onderscheid te maken tussen de bepalingen die ter uitvoering van artikel 17 van de ordonnantie van 22 april 1999 worden vastgesteld, en die welke ter uitvoering van artikel 21 van diezelfde ordonnantie dienen te worden tot stand gebracht.

Nochtans schiet de wijze waarop in het ontworpen besluit uitvoering wordt gegeven aan beide bepalingen van de ordonnantie nog op twee punten tekort.

3.4. Vooreerst valt op te merken dat bij de voorliggende adviesaanvraag een tweede, niet ter advies voorgelegd ontwerpbesluit werd gevoegd (ontwerp van besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering ‘betreffende de regels en richtlijnen volgens de welke het Brussels Waarborgfonds tussenkomsten verleent’),¹¹ waarvoor rechtsgrond wordt gezocht in artikel 17 van de ordonnantie van 22 april 1999.

Aangezien uit artikel 17, eerste lid, van deze ordonnantie volgt dat het aan de raad van bestuur van het Fonds toekomt om de regels en richtlijnen te bepalen inzake de tussenkomsten van het Fonds, bestaat er geen rechtsgrond om dergelijke regels bij besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering aan te nemen.¹²

Aldus bestaat evenmin rechtsgrond om in artikel 7, eerste lid, tweede lid, 2°, en derde lid, artikel 15 en artikel 24, 1°, van het ontwerp te verwijzen naar de voorwaarden vermeld in het ontworpen besluit ‘betreffende de regels en richtlijnen volgens de welke het Brussels Waarborgfonds tussenkomsten verleent’.

3.5. Het om advies voorgelegde ontwerp van besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering blijkt daarnaast nog steeds heel wat bepalingen te bevatten die met toepassing van artikel 17 van de ordonnantie door de raad van bestuur moeten worden vastgesteld.

Zo valt, in navolging van voormeld advies 44.497/1 op te merken dat geen rechtsgrond bestaat voor de artikelen 8 tot 11 van het ontwerp, die regels en voorwaarden vaststellen inzake de tussenkomsten van het Fonds en deel uitmaken van hoofdstuk III van het ontwerp (“Algemene beginselen inzake de tussenkomst”). Evenmin is er enige rechtsgrond

¹¹ In voormeld advies 53.334/1 van 6 juni 2013 heeft de Raad van State, afdeling Wetgeving, er reeds op gewezen dat “het ontwerp van besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering houdende goedkeuring van de door de raad van bestuur van het Fonds bepaalde regels en richtlijnen volgens welke het Fonds tegemoetkomingen verleent, niet om advies aan de Raad van State, afdeling Wetgeving, zal kunnen worden voorgelegd. Dergelijk ontwerp heeft immers betrekking op een goedkeuringstoezicht en ontbeert daardoor het reglementair karakter dat door artikel 3, § 1, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, wordt vereist opdat de afdeling Wetgeving erover advies zou kunnen uitbrengen. (...)”.

¹² Artikel 17 van de ordonnantie impliceert immers enkel de goedkeuring door de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van door de raad van bestuur van het Fonds bepaalde regels en richtlijnen volgens welke het Fonds tegemoetkomingen verleent.

voorhanden voor de bijlage “Uitgesloten sectoren voor een tussenkomst van het Brussels Waarborgfonds”, waar artikel 9, 1°, van het ontwerp naar verwijst.¹³⁻¹⁴

Er bestaat ook geen rechtsgrond voor artikel 5 van het ontwerp, dat een delegatie door de Regering aan de raad van bestuur omvat inzake het bepalen van het maximumbedrag van bepaalde waarborgen. De Brusselse Hoofdstedelijke Regering kan een niet aan haar toevertrouwde bevoegdheid immers niet delegeren. Evenmin is rechtsgrond voorhanden voor artikel 7, tweede lid, 3°, van het ontwerp, dat erin voorziet dat het maximale jaarlijkse totale volume van de rechtstreekse waarborg, eventueel bepaald per kredietinstelling, in een kaderovereenkomst kan worden vastgesteld. Zoals kan worden afgeleid uit het hoger aangehaalde advies,¹⁵ biedt de machtiging om regels over het beheer en de werkwijze van het Fonds vast te stellen evenmin rechtsgrond voor artikel 6 van het ontwerp, dat een informatieplicht oplegt indien een bepaalde drempel wordt overschreden inzake de door het Fonds aangegane verbintenissen.

4.1. Benevens de onder 3.4 en 3.5 vermelde artikelen van het ontwerp moeten ook nog andere bepalingen ervan geacht worden problematisch te zijn vanuit het oogpunt van hun overeenstemming met de ordonnantie van 22 april 1999.

4.2. Zo voorziet artikel 12 van het ontwerp in de oprichting van een “Comité verhoogde waarborg” en het toekennen van bevoegdheden, waaronder beslissingsbevoegdheden over de toekenning van een verhoogde waarborg,¹⁶ aan dit comité, waarvan de zes leden worden benoemd door “het Directiecomité van finance&invest.brussels”.

Zoals reeds werd opgemerkt in voormeld advies 44.497/1¹⁷ is het instellen van beslissingsorganen binnen het Brussels Waarborgfonds evenwel in de eerste plaats zaak van de ordonnantiegever. Uit artikel 11, eerste en derde lid, van de ordonnantie van 22 april 1999, volgt dat het Fonds wordt bestuurd door een raad van bestuur waarvan de twaalf leden zijn benoemd bij besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering en dat dit orgaan beslist over het toekennen van waarborgen. In het licht van die bepaling moet worden besloten dat geen rechtsgrond bestaat voor artikel 12 van het ontwerp.

4.3. Voor de nadere regels inzake eenmalige forfaitaire bijdragen voor tussenkomsten voor aflosbare en niet-aflosbare kredieten (artikelen 18 tot 20 van het ontwerp) wordt in beginsel rechtsgrond geboden door artikel 22, tweede lid, van de ordonnantie van 22 april 1999.

¹³ In dit verband rijst overigens meer algemeen de in dit advies niet verder onderzochte vraag naar de verenigbaarheid van artikel 9 van het ontwerp – dat een heel aantal activiteiten en sectoren uitsluit van tussenkomsten – met de algemene regels ter zake in artikel 7, § 1, van de ordonnantie van 22 april 1999.

¹⁴ Artikel 9 van het ontwerp vertoont inhoudelijke gelijkenissen met de artikelen 12 en 13 van het ontwerp waarover het advies 44.497/1 werd gegeven en artikel 10 van het ontwerp vertoont inhoudelijke gelijkenissen met artikel 14 van hetzelfde ontwerp.

¹⁵ Die laatst vermelde bepaling is inhoudelijk gelijkaardig aan artikel 18 van het ontwerp waarover het advies 44.497/1 werd gegeven.

¹⁶ Zie artikel 12, § 1, eerste lid, en § 4, derde lid, van het ontwerp.

¹⁷ Zie inzonderheid voetnoot 6 van dit advies (destijds inzake de oprichting van een “Kredietcomité”).

De regeling in artikel 19, eerste lid, van het ontwerp, waarbij is voorzien in een tenlasteneming van de eenmalige forfaitaire bijdrage door de ondernemingen en de kredietinstellingen, lijkt echter niet volledig in overeenstemming met artikel 22, eerste lid, van de voormelde ordonnantie, dat voorziet in drie (en niet in twee) categorieën van entiteiten die bijdragen aan het Fonds. Er lijkt nog te moeten worden voorzien in een regeling voor de bijdrage door “de vennootschappen voor onderlinge borgstelling erkend door de raad van bestuur van het Fonds die het voordeel van de bepalingen van artikel 20 van deze ordonnantie wensen te genieten, berekend op het uitstaande bedrag van de borgstelling der vennootschappen”.¹⁸

5. Artikel 23, eerste lid, van het ontwerp, bepaalt dat personen aangewezen door de Minister of door het Fonds “bij alle kredietinstellingen of bij de betrokken onderneming” kennis kunnen nemen van alle dossiers en documenten met betrekking tot de door het Fonds gewaarborgde of te waarborgen kredieten of leasings en er desgevallend een kopie van kunnen nemen. Overeenkomstig artikel 23, tweede lid, van het ontwerp, kunnen personen aangewezen door de Minister of door het Fonds “op elk moment” overgaan tot de controle van de boekhouding, het beheer en de situatie van de onderneming.

Deze verregaande toezichtbevoegdheden – ogenschijnlijk is het de bedoeling om bijvoorbeeld geen enkele beperking op te leggen inzake het tijdstip van de controle bij de betrokken kredietinstelling of onderneming – staan op gespannen voet met het recht op eerbiediging van de woning, dat onder meer vervat is in artikel 15 van de Grondwet en in artikel 8 van het Europees Verdrag over de rechten van de mens (EVRM). Uit de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens blijkt immers dat het begrip “woning” in de zin van artikel 8 van het EVRM ruim moet worden opgevat en dat het onder bepaalde omstandigheden mede kan slaan op beroeps- en bedrijfslokalen,¹⁹ zelfs wanneer het gaat om rechtspersonen.²⁰

Aangezien in dit verband niets bepaald is in de ordonnantie van 22 april 1999, bestaat voor de ontworpen bepaling dan ook geen rechtsgrond in zoverre ze betrekking heeft op het betreden van plaatsen die, zelfs al zijn zij geen “woning” in de klassieke zin, toch de waarborgen bedoeld in de voornoemde grondwets- en verdragsbepaling genieten.²¹

¹⁸ Cf. artikel 22, eerste lid, 3°, van de ordonnantie van 22 april 1999.

¹⁹ EHRM 16 december 1992, *Niemietz t. Duitsland*; EHRM 25 februari 1993, *Funke, Crémieux en Mialhe t. Frankrijk*; EHRM 9 december 2004, *Van Rossem t. België*; EHRM 28 april 2005, *Buck t. Duitsland*; EHRM 14 maart 2013, *Bernh Larsen Holding AS e.a. t. Noorwegen*.

²⁰ EHRM 16 april 2002, *Société Colas Est e.a. t. Frankrijk*; EHRM 11 oktober 2005, *Kent Pharmaceuticals Limites e.a. t. Verenigd Koninkrijk*; EHRM 21 december 2010, *Société Canal Plus e.a. t. Frankrijk*; EHRM 14 maart 2013, *Bernh Larsen Holding AS e.a. t. Noorwegen*.

²¹ Zie adv.RvS 58.259/3 van 4 november 2015 over een ontwerp dat heeft geleid tot het koninklijk besluit van 21 april 2016 ‘betreffende de erkenning van organismen belast met het toezicht op de proeven, controles en beproevingen betreffende de veiligheidsmaatregelen die genomen moeten worden bij het ontwerp, de oprichting, de verandering, de herstelling en de exploitatie van installaties voor het vervoer van gasachtige producten en andere door leidingen’, opmerking 22.

6. Hoofdstuk IX van het ontwerp bestaat uit één artikel dat de regels inzake de verwerking van persoonsgegevens door het Fonds vaststelt. Daarbij worden onder meer de met de verwerking nagestreefde doeleinden en de regels inzake de bewaartermijn van de gegevens bepaald (artikel 25, §§ 3 en 7).

Krachtens artikel 22 van de Grondwet geldt voor elke verwerking van persoonsgegevens en, meer in het algemeen, voor elke inmenging in het recht op het privéleven, dat het formeel legaliteitsbeginsel dient te worden nageleefd.

Doordat artikel 22 van de Grondwet aan de bevoegde wetgever de bevoegdheid voorbehoudt om vast te stellen in welke gevallen en onder welke voorwaarden afbreuk kan worden gedaan aan het recht op eerbiediging van het privéleven, waarborgt het aan elke burger dat geen enkele inmenging in dat recht kan plaatsvinden dan krachtens regels die zijn aangenomen door een democratisch verkozen beraadslagende vergadering. Een delegatie aan een andere macht is evenwel niet in strijd met het wettelijkheidsbeginsel voor zover de machtiging voldoende nauwkeurig is omschreven en betrekking heeft op de tenuitvoerlegging van maatregelen waarvan de “essentiële elementen” voorafgaandelijk door de wetgever vastgesteld zijn.

De “essentiële elementen” van de verwerking van persoonsgegevens moeten bij ordonnantie worden vastgelegd.

De conclusie is dan ook dat artikel 25 van het ontwerp pas doorgang kan vinden nadat de ordonnantie van 22 april 1999 is aangevuld met een bepaling waarbij de essentiële elementen van de betrokken verwerking van persoonsgegevens worden geregeld, namelijk 1°) de categorie van verwerkte gegevens; 2°) de categorie van betrokken personen; 3°) de met de verwerking nagestreefde doelstelling; 4°) de categorie van personen die toegang hebben tot de verwerkte gegevens; en 5°) de maximumtermijn voor het bewaren van de gegevens.²² Vervolgens kan de nadere uitwerking van die essentiële elementen worden overgelaten aan de Brusselse Hoofdstedelijke Regering.

7. Diverse bepalingen van het ontwerp bevatten bovendien te ruime of te algemeen omschreven delegaties van bevoegdheid aan de betrokken minister. Zoals de Raad van State, afdeling Wetgeving, in het verleden reeds meermaals heeft opgemerkt, kan een delegatie aan een minister immers enkel betrekking hebben op bijkomstige of detailmatige aangelegenheden.²³

Naast de hiervoor reeds aangehaalde problematiek inzake het gebrek aan rechtsgrond, valt op te merken dat de bevoegdheidsdelegaties die zijn vervat in de artikelen 11, § 1, derde lid, artikel 12, § 6, artikel 14, § 3, laatste lid, en 23 van het ontwerp, te ruim zijn om aanvaardbaar te zijn.

²² Adv.RvS 68.936/AV van 7 april 2021 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 14 augustus 2021 ‘betreffende de maatregelen van bestuurlijke politie tijdens een epidemische noodsituatie’, *Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-1951/001, 119 (opmerking 101).

²³ Zie in dit verband ook het hoger aangehaald advies 44.497/1 van 27 mei 2008, opmerking 4.

8. Het ontwerp verleent verder ook verordenende bevoegdheden aan het Fonds.²⁴ Het verlenen van verordenende bevoegdheid aan een openbare instelling, zoals het Fonds, is in beginsel niet in overeenstemming met de algemene publiekrechtelijke beginselen omdat erdoor geraakt wordt aan het beginsel van de eenheid van de verordenende macht en een rechtstreekse parlementaire controle ontbreekt. Bovendien ontbreken de waarborgen waarmee de klassieke regelgeving gepaard gaat, zoals die inzake de bekendmaking, de preventieve controle van de Raad van State, afdeling Wetgeving, en de duidelijke plaats in de hiërarchie der normen. Dergelijke delegaties kunnen dan ook enkel worden gebillijkt voor zover zij zeer beperkt zijn en een niet-beleidsmatig karakter hebben, door hun detailmatige of hoofdzakelijk technische draagwijdte. De instellingen die de betrokken reglementering dienen toe te passen moeten hierbij zowel aan rechterlijke controle als aan politieke controle onderworpen zijn.²⁵

9. De slotsom is dat de ontworpen regeling diverse fundamentele juridische problemen oproept en om die reden aan een grondige herziening moet worden onderworpen. De Raad van State, afdeling Wetgeving, ziet om die reden af van een verder onderzoek van de tekst van het ontwerp.

*

²⁴ Zie bijvoorbeeld artikel 23 van het ontwerp, dat identieke bevoegdheden aan de minister en het Fonds delegeert.

²⁵ Vergelijk met de toetsingscriteria die het Grondwettelijk Hof gebruikt om delegaties van verordenende bevoegdheid door de wetgever aan een autonome administratieve overheid of een gedecentraliseerde openbare instelling te beoordelen; zie GwH 11 juni 2015, nr. 86/2015, B.22.4, en GwH 9 juni 2016, nr. 89/2016, B.9.6.4: “De artikelen 33, 105 en 108 van de Grondwet verzetten zich niet ertegen dat, in een bepaalde technische materie, de wetgever specifieke uitvoerende bevoegdheden toevertrouwt aan een autonome administratieve overheid die zowel aan de jurisdictionele controle als aan de parlementaire controle is onderworpen, en verbieden de wetgever niet om delegaties te verlenen aan een uitvoerend orgaan, op voorwaarde dat die betrekking hebben op de uitvoering van maatregelen waarvan het doel door de bevoegde wetgever is bepaald, in het bijzonder in technische en ingewikkelde materies.”; zie GwH 19 november 2015, nr. 162/2015, B.8.4: “Artikel 33 van de Grondwet en artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 [tot hervorming der instellingen] staan niet eraan in de weg dat de wetgever specifieke uitvoerende bevoegdheden toevertrouwt aan een gedecentraliseerde openbare instelling die aan een bestuurlijk toezicht en aan een rechterlijke toetsing is onderworpen.” Zie ook GwH 14 mei 2020, nr. 67/2020, B.41.2: “Een delegatie aan een gedecentraliseerde openbare instelling die aan een bestuurlijk toezicht en aan een rechterlijke toetsing is onderworpen is evenwel niet in strijd met het wettigheidsbeginsel voor zover de machtiging voldoende nauwkeurig is omschreven en betrekking heeft op de tenuitvoerlegging van maatregelen waarvan de essentiële elementen voorafgaandelijk door de wetgever zijn vastgesteld.”

1. En application de l'article 84, § 3, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation s'est limitée à l'examen de la compétence de l'auteur de l'acte, du fondement juridique et de l'accomplissement des formalités prescrites.

*

2. Le projet d'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale, soumis pour avis, a pour objet de fixer un nouveau règlement général du Fonds bruxellois de garantie, appelé à remplacer celui fixé par l'arrêté du 20 juin 2013¹, que l'article 26 du projet entend abroger².

La réglementation en projet entre en vigueur à une date qui n'a pas encore été complétée dans le projet³.

3.1. Ainsi qu'il ressort du préambule, le fondement de l'arrêté en projet est recherché dans l'article 21 de l'ordonnance du 22 avril 1999 'modifiant la loi du 4 août 1978 de réorientation économique et portant création du Fonds bruxellois de Garantie'.

Outre l'article 21 de l'ordonnance du 22 avril 1999, les articles 15 et 16, dernier alinéa, de la même ordonnance procurent également un fondement juridique aux règles en matière de jetons de présence⁴ du président, du vice-président, des membres du conseil d'administration et des commissaires du Gouvernement (article 4 du projet).

3.2. Dans l'avis 44.497/1 que le Conseil d'État, section de législation, a donné le 27 mai 2008 sur le projet devenu l'arrêté du 19 juin 2008⁵, un certain nombre d'observations ont été formulées à propos du fondement juridique de ce projet et du lien que le législateur bruxellois a voulu établir entre les articles 17 et 21 de l'ordonnance du 22 avril 1999⁶. Ces observations s'appliquent sans restriction au projet d'arrêté à l'examen.

¹ Arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 20 juin 2013 'portant le nouveau règlement général du Fonds bruxellois de garantie et abrogeant l'arrêté du 19 juin 2008 portant le nouveau règlement général du Fonds bruxellois de garantie'.

² Aux termes de l'article 26 du projet, l'arrêté est abrogé « sous réserve de l'application de l'alinéa 3 », qui prévoit un régime transitoire pour les garanties souscrites entre le 1^{er} juillet 2013 et la veille de la date d'entrée en vigueur de cet arrêté.

³ L'article 28 du projet fait référence à une date qui doit encore être inscrite dans cette disposition.

Il est rappelé à cet égard que les projets qui sont soumis au Conseil d'État, section de législation, doivent en principe être définitifs. Il faudra y veiller dans le futur. Selon le délégué, la réglementation en projet entrerait en vigueur le 1^{er} juin 2022.

⁴ Les auteurs du projet veilleront à utiliser, dans le texte néerlandais du projet, les mêmes notions que dans le texte néerlandais de l'ordonnance du 22 avril 1999. Ainsi, à l'article 4 du projet, les mots « de zitpenningen » doivent être remplacés par les termes corrects « het presentiegeld ».

⁵ Arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 19 juin 2008 'portant le nouveau règlement général du Fonds bruxellois de garantie et abrogeant l'arrêté du 5 avril 2004 portant le nouveau règlement général du Fonds bruxellois de garantie'.

⁶ Le Conseil d'État, section de législation, a par la suite régulièrement répété ces observations dans des avis qui ont été donnés sur des projets d'arrêté ayant pour objet de modifier l'arrêté du 19 juin 2008, ainsi que dans l'avis C.E. 53.334/1 du 6 juin 2013 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 20 juin 2013

Dans cet avis, le Conseil d'État exposait notamment ce qui suit :

« 2.1. Pour le fondement juridique du texte en projet, le premier alinéa du préambule mentionne d'une manière générale l'ordonnance du 22 avril 1999 modifiant la loi du 4 août 1978 de réorientation économique et portant création du Fonds bruxellois de Garantie. Il apparaît cependant au Conseil d'État, section de législation, que les auteurs du projet entendent principalement donner exécution à l'article 21 de l'ordonnance précitée, qui dispose :

‘Un règlement général relatif à la gestion et au fonctionnement du Fonds est établi par le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale, après avis du conseil d'administration du Fonds.

Ce règlement prévoit notamment :

- les modalités de l'examen des demandes de garantie;
- les modalités de contrôle financier, économique, technique dans les organismes de crédit et chez les bénéficiaires de la garantie du Fonds;
- les modalités de l'annulation des décisions non conformes aux règles et directives visées à l'article 17 de la présente ordonnance;
- les dispositions à prendre au cas où le demandeur utilise les crédits à d'autres fins que celles qui ont justifié l'octroi de la garantie du Fonds ou les a obtenues à l'aide de déclarations inexactes;
- les dispositions à appliquer lorsque les organismes de crédit auront à résilier un crédit bénéficiant de la garantie du Fonds;
- les limites et les modalités de l'intervention du Fonds dans les pertes subies par les sociétés de cautionnement mutuel qu'il a agréées;
- le montant des jetons de présence alloués aux membres du conseil d'administration’.

L'énumération des matières que le règlement général du Fonds bruxellois de garantie est appelé à régler n'a incontestablement pas un caractère exhaustif⁷. Il ne faut cependant pas perdre de vue que cette disposition doit être lue en combinaison avec l'article 17 de l'ordonnance du 22 avril 1999, qui ne se justifie que si on admet qu'il concerne des matières distinctes de celles visées à l'article 21 de l'ordonnance, qui lui sont complémentaires. En juger autrement aurait pour effet de refuser le pouvoir autonome qui, bien que soumis à la tutelle d'approbation du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale, a été attribué par le législateur bruxellois au conseil d'administration du Fonds de garantie bruxellois.

L'article 17 de l'ordonnance du 22 avril 1999 dispose en effet :

‘Le conseil d'administration fixe les règles et directives qui régissent l'intervention du Fonds. Il les soumet à l'approbation du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale.

‘portant le nouveau règlement général du Fonds bruxellois de garantie et abrogeant l'arrêté du 19 juin 2008 portant le nouveau règlement général du Fonds bruxellois de garantie’.

⁷ Note de bas de page 2 de l'avis cité : Le mot « notamment » (en néerlandais, les mots « met name ») figurant à la fin de la phrase introductive de l'article 21, alinéa 2, de l'ordonnance du 22 avril 1999 confirme le caractère non exhaustif des matières énumérées dans cette disposition.

Ces règles et directives prévoient notamment dans quelles conditions les décisions d'octroi de la garantie peuvent ne pas être soumises à l'autorisation préalable du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale et dans quelles conditions certains organismes de crédit peuvent décider directement de l'octroi de la garantie du Fonds'.

Alors qu'à l'article 21 de l'ordonnance du 22 avril 1999, le législateur bruxellois a habilité le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale à établir le règlement général relatif à la gestion et au fonctionnement du Fonds bruxellois de garantie, après avis du conseil d'administration du Fonds, à l'article 17 de la même ordonnance, il a attribué à ce conseil d'administration une compétence propre, spécifique, lui permettant, moyennant l'approbation du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale, de fixer les règles et directives selon lesquelles le Fonds octroie des interventions.

2.2. Un certain nombre de dispositions analogues, qui figuraient dans la loi du 4 août 1978 de réorientation économique⁸, ont inspiré les articles 17 et 21 de l'ordonnance du 22 avril 1999. Ni les travaux parlementaires de l'ordonnance du 22 avril 1999, ni ceux de la loi du 4 août 1978, ne se sont penchés sur la corrélation et sur la limite entre les articles concernés et les compétences respectives du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale et du conseil d'administration du Fonds bruxellois de garantie qui y correspondent⁹.

Il faut cependant constater que l'article 21 de l'ordonnance du 22 avril 1999 fait formellement référence aux 'règles et directives visées à l'article 17 de la présente ordonnance', ce qui indique que le législateur bruxellois a lui-même voulu en fait établir clairement une distinction fonctionnelle entre les tâches qui sont respectivement mentionnées aux articles 17 et 21 de l'ordonnance. Ce faisant, le législateur n'a fait que confirmer la distinction également opérée dans le passé entre les dispositions qui ont précédé les articles 17 et 21 de l'ordonnance et qui les ont inspirés.

Ainsi, l'arrêté royal du 10 octobre 1978 portant exécution des articles 17, 18, 19, 22, 24 et 32 de la loi du 4 août 1978 de réorientation économique a prorogé l'application de certaines dispositions antérieures, faisant la distinction précitée entre la définition des tâches au sens de l'article 17 de l'ordonnance du 22 avril 1999 et celle visée à l'article 21 de cette ordonnance¹⁰.

2.3. Le projet d'arrêté soumis pour avis ne fait pas la distinction que le législateur bruxellois a manifestement voulue entre, d'une part, les matières visées à l'article 17 de l'ordonnance du 22 avril 1999 et, d'autre part, celles qui sont énumérées d'une manière plus explicite à l'article 21 de la même ordonnance.

⁸ Note de bas de page 3 de l'avis cité : L'article 17 de l'ordonnance est dans une large mesure parallèle à l'article 18 de la loi du 4 août 1978, tandis qu'on retrouve un même parallélisme entre l'article 21 de l'ordonnance et l'article 22 de la loi précitée.

⁹ Note de bas de page 4 de l'avis cité : Ou de leurs prédécesseurs respectifs, à savoir le Roi et le Comité du Fonds de l'époque.

¹⁰ Note de bas de page 5 de l'avis cité : Il s'agissait de l'arrêté ministériel du 23 septembre 1959 approuvant le règlement fixant les règles et directives régissant l'intervention du Fonds, pris en application des articles 7 et 8 de la loi du 24 mai 1959 et de l'arrêté royal du 12 septembre 1959 portant exécution de l'article 11 de la loi du 24 mai 1959 portant élargissement des facilités d'accès au crédit professionnel et artisanal en faveur des classes moyennes.

Au regard de ce qui précède, il paraît cependant indéniable que certaines des matières réglées dans le projet concernent le pouvoir que l'article 17 de l'ordonnance du 22 avril 1999 délègue au conseil d'administration du Fonds bruxellois de garantie. C'est notamment le cas des articles 8 à 20, en ce qu'ils ont trait aux interventions du Fonds, de l'article 25, qui concerne la condition de respect des conditions normales du marché par les organismes de crédit et des articles 29, 30 et 31, dans la mesure où ils concernent les conditions dans lesquelles un préaccord, une garantie simplifiée et une garantie sur demande peuvent être confirmés ou accordés par l'organisme de crédit.

Incorporer les dispositions précitées dans le projet, c'est méconnaître la compétence que le législateur bruxellois a déléguée au conseil d'administration du Fonds à l'article 17 de l'ordonnance du 22 avril 1999. Le fait que ce dernier a donné un avis sur le texte en projet ou que le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale doit en toute hypothèse approuver les règles et directives fixées par le conseil d'administration ne peut justifier de méconnaître l'ordonnance précitée sur ce point ».

3.3. Il ressort de la notification de la réunion du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 24 février 2022 que celui-ci a approuvé en première lecture « le projet d'arrêté du Gouvernement portant le règlement général relatif à la gestion et au fonctionnement du Fonds bruxellois de Garantie », ainsi que « le projet d'arrêté du Gouvernement portant les règles et directives qui régissent l'intervention du Fonds bruxellois de Garantie ».

Il s'avère ainsi que le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale entend tenir compte de la distinction entre les articles 17 et 21 de l'ordonnance du 22 avril 1999, sur laquelle le Conseil d'État, section de législation, a attiré l'attention dans l'avis 44.497/1, précité, et dans plusieurs avis postérieurs. Alors que l'article 17 de l'ordonnance implique que le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale approuve les règles et directives fixées par le conseil d'administration du Fonds pour les interventions de celui-ci, l'article 21 de l'ordonnance charge le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale de rédiger le règlement général relatif à la gestion et au fonctionnement du Fonds.

C'est à juste titre que le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale entend à cet égard opérer une distinction entre les dispositions qui sont arrêtées en exécution de l'article 17 de l'ordonnance du 22 avril 1999 et celles qui doivent être élaborées en exécution de l'article 21 de cette même ordonnance.

La manière selon laquelle l'arrêté en projet donne exécution aux deux dispositions de l'ordonnance présente toutefois encore des manquements sur deux points.

3.4. Tout d'abord, il y a lieu d'observer qu'un deuxième projet d'arrêté, qui n'a pas été soumis pour avis, a été joint à la demande d'avis à l'examen (projet d'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale 'portant les règles et directives qui régissent l'intervention du Fonds bruxellois de Garantie')¹¹, pour lequel un fondement juridique est recherché dans l'article 17 de l'ordonnance du 22 avril 1999.

¹¹ Dans l'avis 53.334/1 du 6 juin 2013 précité, le Conseil d'État, section de législation, a déjà souligné que « le projet d'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale portant approbation des règles et directives fixées par le conseil d'administration du Fonds selon lesquelles le Fonds octroie des interventions, ne pourra pas être soumis à l'avis du Conseil d'État, section de législation. Un tel projet concerne en effet une tutelle d'approbation et est par conséquent

Dès lors qu'il résulte de l'article 17, alinéa 1^{er}, de cette ordonnance qu'il revient au conseil d'administration du Fonds de fixer les règles et directives en matière d'interventions du Fonds, l'adoption de telles règles par arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale ¹² est dépourvue de fondement juridique.

Aux articles 7, alinéas 1^{er}, 2, 2^o, et 3, 15 et 24, 1^o, du projet, la référence aux conditions mentionnées dans l'arrêté en projet 'portant les règles et directives qui régissent l'intervention du Fonds bruxellois de Garantie' est dès lors elle aussi dépourvue de fondement juridique.

3.5. Le projet d'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale soumis pour avis s'avère par ailleurs toujours contenir bon nombre de dispositions qui doivent être arrêtées par le conseil d'administration en application de l'article 17 de l'ordonnance.

Ainsi, dans le prolongement de l'avis 44.497/1 précité, on observera qu'il n'existe pas de fondement juridique pour les articles 8 à 11 du projet, qui déterminent les règles et conditions en matière d'interventions du Fonds et font partie du chapitre III du projet (« Principes généraux de l'intervention »). L'annexe « Secteurs exclus pour une intervention du Fonds bruxellois de Garantie », visée par l'article 9, 1^o, du projet, est elle aussi dépourvue de tout fondement juridique ¹³⁻¹⁴.

Il n'existe pas non plus de fondement juridique pour l'article 5 du projet, qui comporte une délégation conférée par le Gouvernement au conseil d'administration pour fixer le montant maximal de certaines garanties. En effet, le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale ne peut pas déléguer un pouvoir qui ne lui a pas été attribué. L'article 7, alinéa 2, 3^o, du projet, qui prévoit que le volume global annuel maximum de garantie directe, éventuellement déterminé par organisme de crédit, peut être fixé dans une convention-cadre, est également dépourvu de fondement juridique. Ainsi qu'il peut se déduire de l'avis précité ¹⁵, l'habilitation permettant de fixer des règles de gestion et de fonctionnement du Fonds ne procure pas non plus de fondement juridique à l'article 6 du projet, qui impose un devoir d'information si un certain seuil est dépassé en ce qui concerne les engagements pris par le Fonds.

dépourvu du caractère réglementaire que requiert l'article 3, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973 pour que la section de législation puisse donner un avis à son sujet. (...) ».

¹² L'article 17 de l'ordonnance n'implique en effet que l'approbation par le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale des règles et directives qui régissent l'intervention du Fonds, fixées par le conseil d'administration.

¹³ À cet égard se pose d'ailleurs de manière plus générale la question, qui n'est pas abordée plus avant dans le présent avis, de la compatibilité de l'article 9 du projet – qui exclut un très grand nombre d'activités et de secteurs des interventions – avec les règles générales en la matière inscrites à l'article 7, § 1^{er}, de l'ordonnance du 22 avril 1999.

¹⁴ L'article 9 du projet présente des similitudes sur le fond avec les articles 12 et 13 du projet sur lequel l'avis 44.497/1 a été donné, et l'article 10 du projet présente des similitudes sur le fond avec l'article 14 du même projet.

¹⁵ Cette disposition citée en dernier est similaire sur le fond à l'article 18 du projet qui a fait l'objet de l'avis 44.497/1.

4.1. Outre les articles du projet mentionnés aux points 3.4 et 3.5, d'autres dispositions de celui-ci doivent encore être considérées comme posant problème en ce qui concerne leur conformité à l'ordonnance du 22 avril 1999.

4.2. Ainsi, l'article 12 du projet prévoit la création d'un « Comité garantie majorée » et l'attribution de compétences, dont des pouvoirs décisionnels en ce qui concerne l'octroi d'une garantie majorée ¹⁶ à ce Comité, dont les six membres sont nommés par « le Conseil de direction de finance&invest.brussels ».

Ainsi qu'il a déjà été observé dans l'avis 44.497/1 précité ¹⁷, instituer des organes décisionnels dans le Fonds bruxellois de garantie est toutefois avant tout de la compétence du législateur bruxellois. Il résulte de l'article 11, alinéas 3 et 4, de l'ordonnance du 22 avril 1999 que le Fonds est administré par un conseil d'administration dont les douze membres ont été nommés par arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale, et que cet organe se prononce sur l'octroi de garanties. À la lumière de cette disposition, force est de conclure que l'article 12 du projet est dépourvu de fondement juridique.

4.3. En ce qui concerne les modalités relatives aux contributions forfaitaires uniques pour les interventions pour crédits amortissables et non amortissables (articles 18 à 20 du projet), le fondement juridique est en principe procuré par l'article 22, alinéa 2, de l'ordonnance du 22 avril 1999.

Le régime inscrit à l'article 19, alinéa 1^{er}, du projet, qui prévoit une prise en charge de la contribution forfaitaire unique par les entreprises et les organismes de crédit, ne paraît cependant pas être en tous points conforme à l'article 22, alinéa 1^{er}, de l'ordonnance précitée, qui prévoit trois (et non deux) catégories d'entités contribuant au Fonds. Il semble qu'il faille encore régler la contribution par les « sociétés de cautionnement mutuel agréées par le conseil d'administration du Fonds qui désirent bénéficier des dispositions de l'article 20 de la présente ordonnance, calculée sur l'encours de leur cautionnement » ¹⁸.

5. L'article 23, alinéa 1^{er}, du projet, dispose que les personnes désignées par le ministre ou par le Fonds peuvent prendre connaissance « chez tous les organismes de crédit ou chez l'entreprise concernée » de tout dossier ou document relatif aux crédits ou leasings garantis ou à garantir par le Fonds et, au besoin, en prendre copie. Conformément à l'article 23, alinéa 2, du projet, les personnes désignées par le ministre ou par le Fonds peuvent procéder « en tout temps » au contrôle de la compatibilité, de la gestion et de la situation de l'entreprise.

¹⁶ Voir l'article 12, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, et § 4, alinéa 3, du projet.

¹⁷ Voir notamment la note de bas de page 6 de cet avis (portant à l'époque sur la création d'un « Comité de crédit »).

¹⁸ Cf. l'article 22, alinéa 1^{er}, 3^o, de l'ordonnance du 22 avril 1999.

Ces compétences de contrôle très étendues – l'intention est apparemment de n'imposer, par exemple, aucune limite en ce qui concerne le moment du contrôle auprès de l'organisme de crédit ou de l'entreprise concerné – se heurtent au droit au respect du domicile, qui est inscrit notamment à l'article 15 de la Constitution et à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH). En effet, il ressort de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme que la notion de « domicile » au sens de l'article 8 de la CEDH doit être interprétée au sens large et que, dans certaines circonstances, elle peut porter également sur les locaux professionnels et commerciaux ¹⁹, même s'il s'agit de personnes morales ²⁰.

L'ordonnance du 22 avril 1999 ne prévoyant rien à cet égard, la disposition en projet est dès lors dépourvue de fondement juridique dans la mesure où elle concerne la visite de lieux qui, bien que ne correspondant pas à un « domicile » au sens classique, bénéficient néanmoins des garanties visées dans la disposition constitutionnelle et conventionnelle précitée ²¹.

6. Le chapitre IX du projet se compose d'un seul article qui fixe les règles en matière de traitement de données à caractère personnel par le Fonds. À cet égard, il détermine notamment les finalités poursuivies par le traitement et les règles relatives au délai de conservation des données (article 25, §§ 3 et 7).

Conformément à l'article 22 de la Constitution, tout traitement de données à caractère personnel et, plus généralement, toute ingérence dans le droit à la vie privée, est soumis au respect du principe de légalité formelle.

En réservant au législateur compétent le pouvoir de fixer dans quels cas et à quelles conditions il peut être porté atteinte au droit au respect de la vie privée, l'article 22 de la Constitution garantit à tout citoyen qu'aucune ingérence dans l'exercice de ce droit ne peut avoir lieu qu'en vertu de règles adoptées par une assemblée délibérante, démocratiquement élue. Une délégation à un autre pouvoir n'est toutefois pas contraire au principe de légalité, pour autant que l'habilitation soit définie de manière suffisamment précise et porte sur l'exécution de mesures dont les « éléments essentiels » sont fixés préalablement par le législateur.

Les « éléments essentiels » du traitement de données à caractère personnel doivent être fixés par ordonnance.

¹⁹ CEDH, 16 décembre 1992, *Niemietz c. Allemagne*; CEDH, 25 février 1993, *Funke, Crémieux et Mialhe c. France*; CEDH, 9 décembre 2004, *Van Rossem c. Belgique*; CEDH, 28 avril 2005, *Buck c. Allemagne*; CEDH, 14 mars 2013, *Bernh Larsen Holding AS e.a. c. Norvège*.

²⁰ CEDH, 16 avril 2002, *Société Colas Est et al. c. France*; CEDH, 11 octobre 2005, *Kent Pharmaceuticals Limited et al. c. Royaume-Uni*; CEDH, 21 décembre 2010, *Société Canal Plus et al. c. France*; CEDH, 14 mars 2013, *Bernh Larsen Holding AS e.a. c. Norvège*.

²¹ Voir l'avis C.E. 58.259/3 du 4 novembre 2015 sur un projet devenu l'arrêté royal du 21 avril 2016 'concernant l'agrément des organismes chargés de la surveillance des essais, contrôles et épreuves se rapportant aux mesures de sécurité à prendre lors de la conception, de l'établissement, de la transformation, de la réparation et de l'exploitation des installations de transport de produits gazeux et autres par canalisations', observation 22.

Il y a lieu de conclure, par conséquent, que l'article 25 du projet ne pourra se concrétiser qu'après que l'ordonnance du 22 avril 1999 aura été complétée par une disposition réglant les éléments essentiels du traitement de données à caractère personnel concerné, à savoir 1°) les catégories de données traitées; 2°) les catégories de personnes concernées; 3°) la finalité poursuivie par le traitement; 4°) les catégories de personnes ayant accès aux données traitées; et 5°) le délai maximal de conservation des données ²². Les modalités de la mise en œuvre de ces éléments essentiels pourront ensuite être confiées au Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale.

7. En outre, diverses dispositions du projet contiennent des délégations de pouvoir au ministre concerné, qui sont trop larges ou définies d'une manière trop générale. En effet, comme le Conseil d'État, section de législation, l'a déjà relevé à plusieurs reprises dans le passé, une délégation à un ministre peut uniquement porter sur des questions d'ordre accessoire ou de détail ²³.

Outre la problématique déjà soulevée ci-dessus en ce qui concerne l'absence de fondement juridique, il y a lieu d'observer que les délégations de pouvoir contenues aux articles 11, § 1^{er}, alinéa 3, 12, § 6, 14, § 3, dernier alinéa, et 23 du projet, sont trop larges pour être admissibles.

8. Par ailleurs, le projet attribue également des pouvoirs réglementaires au Fonds ²⁴. L'attribution d'un pouvoir réglementaire à un organisme public, comme le Fonds, n'est en principe pas conforme aux principes généraux de droit public en ce qu'il est ainsi porté atteinte au principe de l'unité du pouvoir réglementaire et qu'un contrôle parlementaire direct fait défaut. En outre, les garanties dont est assortie la réglementation classique, telles que celles en matière de publication, de contrôle préventif exercé par le Conseil d'État, section de législation, et de rang précis dans la hiérarchie des normes, sont absentes. Pareilles délégations ne se justifient dès lors que dans la mesure où elles sont très limitées et ont un caractère non politique, en raison de leur portée secondaire ou principalement technique. Les organismes qui doivent appliquer la réglementation concernée doivent être soumis à cet égard tant à un contrôle juridictionnel qu'à un contrôle politique ²⁵.

²² Avis C.E. 68.936/AG du 7 avril 2021 sur un avant-projet devenu la loi du 14 août 2021 'relative aux mesures de police administrative lors d'une situation d'urgence épidémique', *Doc. parl.*, Chambre, 2020-21, n° 55-1951/001, p. 119 (observation 101).

²³ Voir à cet égard également l'avis 44.497/1 précité du 27 mai 2008, observation 4.

²⁴ Voir, par exemple, l'article 23 du projet, qui délègue des pouvoirs identiques au ministre et au Fonds.

²⁵ Comparer avec les critères d'évaluation qu'utilise la Cour constitutionnelle pour apprécier les délégations de pouvoir réglementaire par le législateur à une autorité administrative autonome ou à un organisme public décentralisé; voir C.C., 11 juin 2015, n° 86/2015, B.22.4, et C.C., 9 juin 2016, n° 89/2016, B.9.6.4 : « Les articles 33, 105 et 108 de la Constitution ne s'opposent pas à ce que, dans une matière technique déterminée, le législateur confie des compétences exécutives spécifiques à une autorité administrative autonome soumise tant au contrôle juridictionnel qu'au contrôle parlementaire et n'interdisent pas au législateur d'accorder des délégations à un organe exécutif, pour autant qu'elles portent sur l'exécution de mesures dont le législateur compétent a déterminé l'objet, en particulier dans les matières techniques et complexes »; voir C.C., 19 novembre 2015, n° 162/2015, B.8.4 : « L'article 33 de la Constitution et l'article 20 de la loi spéciale du 8 août 1980 [de réformes institutionnelles] ne s'opposent pas à ce que le législateur confie des compétences exécutives spécifiques à un organisme public décentralisé qui est soumis à une tutelle administrative et à un contrôle juridictionnel ». Voir aussi C.C., 14 mai 2020, n° 67/2020, B.41.2 : « Une délégation à un organisme public décentralisé qui est soumis à une tutelle administrative et à un contrôle juridictionnel n'est toutefois pas contraire au principe de légalité, pour autant que l'habilitation soit définie de manière suffisamment précise et porte sur l'exécution de mesures dont les éléments essentiels sont fixés préalablement par le législateur ».

9. En conclusion, la réglementation en projet soulève divers problèmes juridiques essentiels qui justifient que le projet d'arrêté soit soumis à un remaniement fondamental. C'est la raison pour laquelle le Conseil d'État, section de législation, renonce à poursuivre l'examen du texte du projet.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Greet VERBERCKMOES

Marnix VAN DAMME