

ROYAUME DE BELGIQUE
-----KONINKRIJK BELGIE
-----AVIS DU CONSEIL D'ETAT
-----ADVIES VAN DE RAAD VAN STATE

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par le Secrétaire d'Etat à la Coopération au développement, le 29 juillet 1997, d'une demande d'avis, dans un délai ne dépassant pas un mois, sur

- 1° un avant-projet de loi "portant création de l'organisme "Coopération technique belge"";
- 2° un projet de loi "relative à la création de l'organisme "Coopération technique belge"",

a donné le 24 septembre 1997 l'avis suivant :

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, tweede kamer, op 29 juli 1997 door de Staatssecretaris voor Ontwikkelingssamenwerking verzocht hem, binnen een termijn van ten hoogste een maand, van advies te dienen over

- 1° een voorontwerp van wet "tot oprichting van een instelling "Belgische Technische Coöperatie"";
- 2° een ontwerp van wet "betreffende de oprichting van de instelling "Belgische Technische Coöperatie"",

heeft op 24 september 1997 het volgende advies gegeven :

I. Le premier projet de loi tend à créer une société de droit public dénommée "Coopération technique belge" en abrégé C.T.B..

Lors de la création d'une personne morale, spécialement de droit public, l'objet social de celle-ci doit être clairement défini car il délimite le champ d'activité de la nouvelle personne juridique et, par conséquent, fixe les limites dans lesquelles ses engagements sont valablement pris. L'objet social prévu dans l'article 4 du projet n'est rien moins que défini. Les mots qui y sont utilisés sont totalement imprécis. Ainsi, que faut-il entendre exactement par "exécution d'études exploratoires".

Les missions du nouvel organisme peuvent être étendues par l'attribution de tâches que l'Etat ne pourrait pas ou ne voudrait pas exécuter : exécution d'études exploratoires à la demande du membre du Gouvernement qui a la Coopération au développement dans ses attributions (article 4, § 2, 1^o), missions d'expertise en vue de l'exécution de projets de coopération indirecte et multilatérale (article 4, § 2, 2^o) et formation du personnel d'outremer (article 4, § 2, 3^o). Complémentairement à ces missions, l'organisme peut exécuter des missions qui lui sont confiées par des personnes de droit public en vue de la prospection et de l'exécution de projets de développement (article 4, § 3). Enfin, la convention de gestion visée dans l'article 5 du projet précise le règlement des missions visées à l'article 4, §§ 1^{er} et 2 (article 5, § 2, 1^o) ainsi que la procédure d'attribution des missions visées à l'article 4, §§ 1^{er} et 2, au moyen de conventions distinctes.

.../...

C'est au législateur qui crée une personne de droit public d'en définir les missions. Cette définition doit être claire et précise. Le législateur ne peut abandonner son pouvoir en prévoyant que la détermination des missions fera l'objet d'actes subséquents, en ce compris un contrat de gestion.

II. Selon l'article 5, § 2, 3^o, du projet, la convention de gestion (lire le contrat de gestion) qui servira de base à l'exécution des missions assignées à la C.T.B. par l'article 4, §§ 1^{er} et 2, et qui sera conclue entre la C.T.B. et l'Etat fédéral réglera notamment "l'envoi d'experts de (la C.T.B.) dans les pays partenaires", c'est-à-dire, selon l'exposé des motifs, la création d'antennes décentralisées de la C.T.B. qui seront chargées localement de l'exécution de ses missions en concertation avec les services techniques nationaux, régionaux ou locaux des pays partenaires.

A cet égard, l'exposé des motifs apporte les précisions suivantes :

"Le ministre ou le secrétaire d'Etat chargé de la Coopération au développement dispose d'un "attaché pour la coopération au développement" joint à l'ambassade de la Belgique dans les pays partenaires. Cet "attaché" négocie, pour le compte du ministre ou du secrétaire d'Etat compétent, les accords de coopération et les diverses actions avec les ministères des pays partenaires intéressés. La convention de gestion devra donc, en vertu du § 2, 4^o, préciser le rôle des antennes locales de l'institution, d'une part, et celui des ambassades belges, d'autre part."

.../...

La position de "l'attaché" qui sera chargé de négocier les accords de coopération "pour le compte du ministre ou du secrétaire d'Etat" est particulièrement ambiguë. En effet, il apparaît à la fois comme étant à la disposition du ministre ou du secrétaire d'Etat, c'est-à-dire placé sous son autorité, et "joint", sans autres précisions, à l'ambassade de Belgique dans un pays partenaire. D'autre part, en tant qu'expert de la C.T.B. (article 5, § 2, 3°, du projet), cet attaché pourra être, selon le cas, un agent statutaire ou contractuel de la C.T.B., voire être lié par contrat à la C.T.B. dans le cadre d'un marché de service.

L'habilitation donnée par la loi, dans le cadre d'un contrat de gestion, de déléguer au ministre de la Coopération et de subdéléguer à un "attaché" agissant pour son compte le pouvoir de négocier des accords de coopération viole l'article 167 de la Constitution.

Il convient de rappeler que le Roi dirige les relations internationales (article 167, § 1er), qu'il conclut les traités sauf dans les matières exclusivement communautaires et régionales ¹ et que, depuis la dernière révision de la Constitution, tous les traités doivent être soumis à l'assentiment des Chambres (article 167, § 2).

¹ A cet égard, la loi du 20 août 1996 portant assentiment à l'accord de coopération entre l'Etat fédéral, les Communautés et les Régions, relatif aux modalités de conclusion des traités mixtes règle ces questions.

Le législateur ne peut, sans violer la Constitution confier à un ministre ou un agent agissant pour son compte le pouvoir de négocier des traités internationaux ni le dispenser de recevoir l'assentiment des Chambres.

Il ne peut davantage habiliter un attaché à prendre des engagements au nom de l'Etat, quels que soient le cadre et les conditions de cet engagement.

III. Il n'est pas juridiquement admissible de prévoir que le nouvel organisme devra respecter à la fois les dispositions légales régissant les sociétés anonymes et une série de règles qui dénaturent complètement la notion même de société anonyme.

Si suivant l'article 3 les actions sont nominatives (alinéa 4) et que l'Etat ne peut céder celles qu'il détient, le projet est muet quant au capital social. L'intention des auteurs du projet semble bien être de n'en prévoir aucun puisque suivant l'article 16 du projet, la nouvelle société sera financée par les moyens budgétaires qui lui seront attribués à charge du budget de l'Etat. A défaut de capital social, il ne peut y avoir d'actions représentatives de celui-ci.

La société anonyme dont la création est prévue par le projet ne bénéficiera d'aucune autonomie de gestion. En effet, en vertu de l'article 5, l'exécution des tâches assignées en vue de la réalisation des missions prévues par l'article 4 se fait en respectant une convention de gestion

.../...

qui porte notamment sur le règlement plus précis du financement (article 5, 5°), le contrôle interne ou externe sur toute matière ayant des répercussions financières (article 5, 6°), l'affectation du résultat comptable (article 5, 7°), un règlement d'avances pour assurer la continuité des activités de l'organisme (article 5, 10°), la possibilité d'interrompre ou de mettre fin à l'exécution d'une mission (article 5, 12°).

Il en résulte que, par l'absence de capital social et de véritable autonomie de gestion, le projet de loi dénature la notion de société commerciale en général et celle de société anonyme en particulier.

IV. L'ensemble des observations formulées conduit à poser une question plus fondamentale encore : est-il admissible de confier l'ensemble d'une tâche fondamentale de l'action gouvernementale à une personne morale de droit public soumise au droit commercial ?

Si, dans certains cas, une activité de service public a été confiée à une personne morale de droit public soumise au droit commercial, c'est essentiellement dans le cadre d'une activité économique, sociale, culturelle ou industrielle, exercée dans un contexte de concurrence. Cet aspect est, sinon inexistant, du moins tout à fait accessoire en ce qui concerne la coopération au développement.

.../...

La figure juridique à laquelle les auteurs du projet ont eu recours n'est pas adéquate, dès l'instant où la C.T.B. se voit attribuer exclusivement l'ensemble des missions du service public de la coopération au développement.

Au surplus, la création d'un organisme soumis aux règles régissant les sociétés anonymes ne peut être envisagée dont l'objet serait de laisser échapper à la responsabilité ministérielle et au contrôle de la Chambre des représentants les activités relevant de la coopération au développement.

En conclusion, le projet portant création de l'organisme "Coopération technique belge" et, par conséquent, le projet relatif à la création de l'organisme "Coopération technique belge" doivent être fondamentalement revus.

Le texte néerlandais du projet devrait être rédigé en tenant compte de l'observation faite dans la version néerlandaise, in fine, du présent avis.

I. Het eerste wetsontwerp strekt ertoe een publiekrechtelijke vennootschap op te richten, "Belgische Technische Coöperatie", genaamd afgekort als B.T.C.

Bij de oprichting van een rechtspersoon en in het bijzonder van een publiekrechtelijke rechtspersoon dient het doel ervan duidelijk te worden omschreven, omdat dat doel het arbeidsveld van de nieuwe rechtspersoon afbakt en bijgevolg de grenzen vaststelt waarbinnen zijn verbintenissen rechtsgeldig worden aangegaan. Het in artikel 4 van het ontwerp bepaalde doel is zeker niet omschreven. De woorden die er worden gebruikt, zijn volslagen onduidelijk. Wat dient bijvoorbeeld precies te worden verstaan onder "uitvoering van exploratoire studies"?

De bemoeienissen van de nieuwe instelling kunnen worden uitgebreid door het opdragen van taken die de Staat niet zou kunnen of willen uitvoeren : uitvoering van exploratoire studies op verzoek van het regeringslid bevoegd voor Ontwikkelingssamenwerking (artikel 4, § 2, 1^o), expertiseopdrachten met het oog op de uitvoering van projecten in het kader van indirecte en multilaterale samenwerking (artikel 4, § 2, 2^o) en vorming van personeel overzee (artikel 4, § 2, 3^o). De instelling kan, ter aanvulling van deze taken, taken uitvoeren die haar door publiekrechtelijke rechtspersonen worden toevertrouwd met het oog op het onderzoek en de uitvoering van ontwikkelingsprojecten (artikel 4, § 3). De beheersovereenkomst genoemd in artikel 5 van het ontwerp ten slotte bevat een nadere regeling van de taken genoemd in artikel 4, §§ 1 en 2

.../...

(artikel 5, § 2, 1^o), alsook de procedure voor het opdragen van de taken genoemd in artikel 4, §§ 1 en 2, door middel van afzonderlijke overeenkomsten.

De wetgever die een publiekrechtelijk rechtspersoon opricht, moet ook de taken ervan vaststellen. De omschrijving van die taken moet duidelijk en nauwkeurig zijn. De wetgever kan niet zo maar zijn bevoegdheid laten varen door te bepalen dat de taken in latere handelingen, onder meer een beheerscontract, geregeld zullen worden.

II. Luidens artikel 5, § 2, 3^o, van het ontwerp wordt in de beheersovereenkomst (lees : het beheerscontract), die de basis zal vormen voor de uitvoering van de taken die bij artikel 4, §§ 1 en 2 aan de B.T.C. worden toegewezen en die afgesloten wordt tussen de B.T.C. en de federale Staat, onder meer "het uitzenden van experts (lees : experts) van (de B.T.C.) naar de partnerlanden" geregeld, dat wil zeggen - volgens de memorie van toelichting - de oprichting van gedecentraliseerde "antennes" (lees : steunpunten) van de B.T.C., die ter plaatse mee moeten zorgen voor de uitvoering van haar opdrachten en die hierover overleg zullen plegen met nationale, regionale of lokale technische diensten van de partnerlanden.

Wat dat betreft, wordt in de memorie van toelichting de volgende uitleg gegeven :

"De Minister of Staatssecretaris, belast met de Ontwikkelingssamenwerking, beschikt in de partnerlanden

.../...

over een "attaché ontwikkelingssamenwerking", toegevoegd aan de Belgische ambassade. Deze "attaché" onderhandelt in opdracht van de bevoegde Minister of Staatssecretaris de samenwerkingsovereenkomsten en de diverse acties met de ministeries in de betrokken partnerlanden. De beheersovereenkomst zal bijgevolg, krachtens § 2, 4°, afspraken moeten bevatten m.b.t. de rol van de lokale antennes van de instelling enerzijds en de Belgische ambassades anderzijds."

De positie van "de attaché", die belast zal zijn met de onderhandelingen over de samenwerkingsakkoorden "in opdracht van de minister of de staatssecretaris", is bijzonder dubbelzinnig. Hij dient zich immers tegelijkertijd aan als iemand die ter beschikking staat van de minister of de staatssecretaris, dat wil zeggen dat hij onder diens gezag staat, en iemand die "toegevoegd" is, zonder nadere uitleg, aan de Belgische ambassade in een partnerland. Ook kan deze attaché, in zijn hoedanigheid van expert van de B.T.C. (artikel 5, § 2, 3°, van het ontwerp), al naargelang van het geval een ambtenaar of arbeidscontractant van de B.T.C. zijn, en zelfs een overeenkomst hebben afgesloten met de B.T.C. in het kader van een overeenkomst voor de uitvoering van diensten.

De machtiging die de wetgever verleent om, in het kader van een beheerscontract, aan de minister voor Ontwikkelingssamenwerking de bevoegdheid op te dragen om te onderhandelen over samenwerkingsakkoorden, welke bevoegdheid bovendien kan worden overgedragen aan een "attaché" die in opdracht van hem handelt, is in strijd met artikel 167 van de Grondwet.

.../...

Er dient op gewezen te worden dat de Koning de leiding heeft van de buitenlandse betrekkingen (artikel 167, § 1), dat Hij de verdragen sluit, behalve in aangelegenheden die uitsluitend tot de bevoegdheid van de gemeenschappen en gewesten behoren ², en dat sedert de laatste Grondwetsherziening, alle verdragen ter goedkeuring aan de Kamers moeten worden voorgelegd (artikel 167, § 2).

De wetgever kan niet zonder de Grondwet te schenden een minister of een ambtenaar die in opdracht van hem handelt, de bevoegdheid opdragen om over internationale verdragen te onderhandelen, of hem vrijstellen van de instemming van de Kamers.

Hij kan evenmin een attaché machtigen om verbintenissen aan te gaan in naam van de Staat, wat ook het kader en de voorwaarden van die verbintenis mogen zijn.

III. Het is juridisch onaanvaardbaar te bepalen dat de nieuwe instelling tegelijkertijd de wetsbepalingen inzake de naamloze vennootschappen moet naleven en een reeks voorschriften die het begrip naamloze vennootschap zelf compleet uithollen.

² Deze kwesties worden geregeld in de wet van 20 augustus 1996 houdende instemming met het Samenwerkingsakkoord tussen de Federale Staat, de Gemeenschappen en de Gewesten over de nadere regelen voor het sluiten van Gemengde Verdragen.

Terwijl de aandelen luidens artikel 3 op naam zijn (vierde lid) en de Staat zijn aandelen niet kan overdragen, wordt in het ontwerp niets gezegd over het maatschappelijk kapitaal. Het lijkt immers de bedoeling van de stellers van het ontwerp niet in een maatschappelijk kapitaal te voorzien, aangezien de nieuwe vennootschap luidens artikel 16 van het ontwerp gefinancierd zal worden met begrotingsmiddelen die haar toegekend zullen worden ten laste van de Rijksbegroting. Als er geen maatschappelijk kapitaal is, kunnen er ook geen aandelen zijn die dat maatschappelijk kapitaal vertegenwoordigen.

De naamloze vennootschap waarvan de stichting in het ontwerp in uitzicht wordt gesteld, krijgt totaal geen beheersautonomie. Krachtens artikel 5 geschiedt de uitvoering van de opgedragen taken ter verwezenlijking van de opdrachten genoemd in artikel 4 immers volgens de voorschriften van een beheersovereenkomst, die onder meer betrekking heeft op de nadere regeling van de financiering (artikel 5, 5°), de interne of externe controle van alle aangelegenheden die een financiële weerslag hebben (artikel 5, 6°), de bestemming van het boekhoudkundig resultaat (artikel 5, 7°), een voorschotregeling om de continuïteit van de activiteiten van de instelling te waarborgen (artikel 5, 10°), en de mogelijkheid om de uitvoering van een opdracht te onderbreken of stop te zetten (artikel 5, 12°).

Het resultaat is dat het wetsontwerp, doordat er geen maatschappelijk kapitaal en geen echte beheersautonomie is, het begrip handelsvennootschap in het algemeen en het

.../...

begrip naamloze vennootschap in het bijzonder, geweld aandoet.

IV. De gezamenlijke opmerkingen die hier zijn gemaakt doen een nog belangrijker vraag rijzen : is het geoorloofd dat een wezenlijke taak van het regeringsoptreden geheel wordt toevertrouwd aan een publiekrechtelijke rechtspersoon op wie het handelsrecht van toepassing is ?

Als in sommige gevallen een activiteit tot nut van het algemeen aan een publiekrechtelijk rechtspersoon is toevertrouwd op wie het handelsrecht van toepassing is, is dat voornamelijk in het kader van een economische, sociale, culturele of industriële activiteit, die uitgeoefend wordt tegen de achtergrond van concurrentie. Dat aspect is, zo niet-voorhanden, op zijn minst bijkomstig wanneer het gaat om ontwikkelingssamenwerking.

De rechtsfiguur waarvan de stellers van het ontwerp gebruik maken is niet geschikt zodra de B.T.C. als enige de gezamenlijke taken van de openbare dienst voor ontwikkelingssamenwerking toegewezen krijgt.

Bovendien kan de oprichting van een instelling waarop de regels voor naamloze vennootschappen toepasselijk zijn niet in uitzicht worden gesteld, welke instelling ten doel zou hebben werkzaamheden op het stuk van ontwikkelingssamenwerking te onttrekken aan de ministeriële

.../...

verantwoordelijkheid en de toetsing door de Kamer van volksvertegenwoordigers.

Het besluit is dan ook dat het ontwerp tot oprichting van een instelling "Belgische Technische Coöperatie" en bijgevolg het ontwerp betreffende de oprichting van de instelling "Belgische Technische Coöperatie" grondig moeten worden herzien.

Naar aanleiding van het herzien van het ontwerp zou gezorgd moeten worden voor een betere Nederlandse tekst, waarin thans onder meer een inconsistente terminologie wordt gebruikt, in die zin dat aan het Frans "coopération" nu eens (ten onrechte) "coöperatie" beantwoordt en dan weer "samenwerking", dat woorden gebruikt worden in betekenissen die ze in het Nederlands niet hebben, zoals "antenne", dat niet de betekenis "steunpunt, hulppost" heeft, "prospectie", dat volgens Van Dale, Groot Woordenboek der Nederlandse Taal, een speciale betekenis heeft, enz.

La chambre était composée de

De kamer was samengesteld uit

Messieurs J.-J. STRYCKMANS,
de Heren

président,
voorzitter,

Y. KREINS,
P. QUERTAINMONT,

conseillers d'Etat,
staatsraden,

F. DELPEREE,
J. van COMPERNOLLE,

assesseurs de la
section de législation,
assessoren van de
afdeling wetgeving,

Madame
Mevrouw

J. GIELISSEN,

greffier,
griffier.

Le rapport a été présenté par
M. E. THIBAUT, auditeur adjoint.
La note du Bureau de coordination a
été rédigée et exposée par
Mme F. CARLIER, référendaire
adjoint.

Het verslag werd uitgebracht
door de H. E. THIBAUT, adjunct-
auditeur. De nota van het
Coördinatiebureau werd opgesteld
en toegelicht door
Mevr. F. CARLIER, adjunct-
referendaris.

La concordance entre la version
française et la version néerlandai-
se a été vérifiée sous le contrôle
de M. J.-J. STRYCKMANS.

De overeenstemming tussen de
Franse en de Nederlandse tekst
werd nagezien onder toezicht van
de H. J.-J. STRYCKMANS.

LE GREFFIER - DE GRIFFIER,

LE PRESIDENT - DE VOORZITTER,

J. GIELISSEN

J.-J. STRYCKMANS