



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 60.687/1
van 2 februari 2017

avis 60.687/1
du 2 février 2017

over

sur

een voorontwerp van
ordonnantie 'houdende
oprichting van [het Gewestelijk
Agentschap voor ondernemen
en handel]'

un avant-projet d'ordonnance
'portant création de [l'Agence
Régionale pour l'entreprise et
le commerce]'

Op 19 december 2016 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering, bevoegd voor Economie en Tewerkstelling verzocht binnen een termijn van dertig dagen, verlengd tot 1 februari 2017, een advies te verstrekken over een voorontwerp van ordonnantie 'houdende oprichting van [het Gewestelijk Agentschap voor ondernemen en handel]'.

Het ontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 12 en 26 januari 2017. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Wilfried VAN VAERENBERGH en Patricia DE SOMERE, staatsraden, Marc RIGAUX en Michel TISON, assessoren, en Wim GEURTS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Paul DEPUYDT, eerste auditeur-afdelingshoofd.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 2 februari 2017.

*

Le 19 décembre 2016, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Ministre du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale, chargé de l'Économie et de l'Emploi à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, prorogé jusqu'au 1^{er} février 2017, sur un avant-projet d'ordonnance 'portant création de [l'Agence Régionale pour l'entreprise et le commerce]'.

Le projet a été examiné par la première chambre le 12 et 26 janvier 2017. La chambre était composée de Marnix VAN DAMME, président de chambre, Wilfried VAN VAERENBERGH et Patricia DE SOMERE, conseillers d'État, Marc RIGAUX et Michel TISON, assesseurs, et Wim GEURTS, greffier.

Le rapport a été présenté par Paul DEPUYDT, premier auditeur chef de section.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise de l'avis a été vérifiée sous le contrôle de Marnix VAN DAMME, président de chambre.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 2 février 2017.

*

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

*

STREKKING VAN HET VOORONTWERP VAN ORDONNANTIE

2.1. Het om advies voorgelegde voorontwerp van ordonnantie strekt ertoe de Brusselse Hoofdstedelijke Regering te machtigen om een naamloze vennootschap van publiek recht met sociaal oogmerk op te richten, waarvan de benaming alsnog enkel voorlopig wordt omschreven als “Gewestelijk Agentschap voor de onderneming en de handel”, hierna “het Agentschap” genoemd (artikel 3, § 1, van het ontwerp).

In het Agentschap worden drie bestaande instellingen geïntegreerd, namelijk het Gewestelijk Agentschap voor Stadsinvestering en Transversaal Beheer van de Handelswijken (Atrium) en het Brusselse Agentschap voor de Onderneming (Impulse), dat privaatrechtelijke verenigingen zonder winstoogmerk zijn, en *Brussels Invest&Export* (BI&E), dat een afdeling is van de Gewestelijke Overheidsdienst van Brussel. Het is de bedoeling om de voornoemde instellingen, met het oog op zowel een grotere bestuurlijke efficiëntie als in het belang van de gebruikers, te hergroeperen onder één nieuwe, geïntegreerde structuur waaraan activiteiten, middelen en personeel van de voornoemde instellingen zullen kunnen worden overgedragen.

Het sociaal oogmerk van het Agentschap bestaat volgens artikel 5, § 1, van het ontwerp uit “het verwezenlijken van het gewestelijk beleid op het gebied van advies en individuele en collectieve begeleiding van ondernemingen in het kader van zijn opdrachten van openbare dienst zoals bepaald in artikel 7 van de ordonnantie en, in voorkomend geval, gepreciseerd in zijn beheersovereenkomst die met de Regering is afgesloten”. De aandeelhouder van het Agentschap beoogt, luidens artikel 5, § 2, van het ontwerp, geen vermogenswinst te verkrijgen.

Het maatschappelijk doel van het Agentschap bestaat er volgens artikel 7, § 1, van het ontwerp in om “in België of in het buitenland, elke activiteit van advies en individuele of collectieve begeleiding van openbare dienst, zowel van de Brusselse ondernemingen en handelszaken met het oog op hun ontwikkeling als van buitenlandse ondernemingen en handelszaken met het oog op hun investering in het Brussels Gewest”.

In de memorie van toelichting wordt erop gewezen dat met het Agentschap, enerzijds, wordt gekozen voor een grotere flexibiliteit en autonomie die vereist zijn voor een efficiënte uitvoering van de opdrachten van het Agentschap maar dat, anderzijds, het Agentschap als openbare rechtspersoon moet blijven “beantwoorden aan de vereisten van verantwoording die door de Regering gewenst worden”.

¹ Aangezien het om een voorontwerp van ordonnantie gaat, wordt onder “rechtsgrond” de overeenstemming met de hogere rechtsnormen verstaan.

Met het oog op het realiseren van het oogmerk van een grotere flexibiliteit en autonomie wordt in artikel 4, § 1, van het ontwerp, het principe ingeschreven volgens hetwelk het Agentschap onderworpen is aan het Wetboek van Vennootschappen en aan de uitvoeringsbesluiten ervan, “behalve afwijking voorzien door de Ordonnantie² of door zijn statuten”.

Aan het vereiste van verantwoording en overheidstoezicht wordt tegemoet gekomen door het gegeven dat het maatschappelijk kapitaal van het Agentschap “uitsluitend in handen [blijft] van het Gewest” (artikel 6, § 3, van het ontwerp), door de benoeming van de bestuurders van het Agentschap door de Brusselse Hoofdstedelijke Regering (artikel 11, § 2, van het ontwerp), en door de controlebevoegdheid die de Brusselse Hoofdstedelijke Regering op het Agentschap uitoefent door toedoen van twee commissarissen die hun opdracht uitvoeren overeenkomstig de artikelen 9 en 10 van de wet van 16 maart 1954 ‘betreffende de controle op sommige instellingen van openbaar nut’ (artikel 22, §§ 1 en 2, van het ontwerp). Tevens sluiten de Brusselse Hoofdstedelijke Regering en het Agentschap een beheersovereenkomst “die de regels en bijzondere voorwaarden vastlegt waarin het Agentschap zijn opdrachten uitvoert en zijn prioriteiten bepaalt” (artikel 17, § 1, van het ontwerp).

2.2. Benevens de bepalingen die de inrichting van het Agentschap betreffen, bevat het ontwerp tevens een aantal bepalingen die strekken tot het wijzigen van de ordonnantie van 13 januari 1994 ‘betreffende de bevordering van de buitenlandse handel van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest’ (artikelen 26 tot 31 van het ontwerp). Deze wijzigingen zijn een gevolg van of moeten worden begrepen tegen de achtergrond van de oprichting van het Agentschap, of komen neer op een actualisering van de regelgeving.

VORMVEREISTEN

3. In artikel 19 van het ontwerp worden diverse maatregelen op het vlak van het personeel vermeld, onder meer wat de overdracht van personeel betreft van de instellingen die in het Agentschap worden geïntegreerd.

Uit de aan de Raad van State, afdeling Wetgeving, meegedeelde documenten valt niet af te leiden dat met betrekking tot de in artikel 19 vervatte principes enige syndicale raadpleging heeft plaatsgevonden.

ALGEMENE OPMERKINGEN

4. Het Brussels Hoofdstedelijk Gewest is op grond van artikel 6, § 1, VI, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’, gelezen in samenhang met artikel 4 van de bijzondere wet van 12 januari 1989 ‘met betrekking tot de Brusselse instellingen’, bevoegd voor de economie. Het Brussels Hoofdstedelijk Gewest kan, in aangelegenheden die tot zijn bevoegdheid behoren, met toepassing van artikel 9 van de

² In artikel 4, § 2, van het ontwerp, worden diverse bepalingen van het Wetboek van Vennootschappen buiten toepassing verklaard.

bijzondere wet van 8 augustus 1980, gedecentraliseerde diensten, instellingen en ondernemingen oprichten of kapitaalsparticipaties nemen. De ordonnantiegever kan met toepassing van die bepaling aan de voornoemde organismen rechtspersoonlijkheid toekennen en hen toelaten kapitaalsparticipaties te nemen. Tevens kan bij ordonnantie hun oprichting, samenstelling, bevoegdheid, werking en toezicht worden geregeld.

Aangenomen dat de oprichting van het Agentschap beschouwd kan worden als een aangelegenheid van economisch ondersteuningsbeleid die tot de bevoegdheid van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest behoort, kan de ordonnantiegever in beginsel worden geacht om de ontworpen regeling met toepassing van het voornoemde artikel 9 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot stand te brengen. Niettemin moet deze vaststelling op een aantal punten worden genuanceerd.

5. Sommige onderdelen van de ontworpen regeling overschrijden de gewestbevoegdheden en vallen niet in te passen in de bevoegdheden vermeld in artikel 9 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980. Dit is met name het geval voor de artikelen 4, § 7, en 7, § 4, van het ontwerp.

In artikel 4, § 7, wordt aan het Agentschap immuniteit van uitvoering verleend “voor de goederen die volledig of gedeeltelijk toegewezen zijn aan de implementatie van zijn opdrachten van openbare dienst”.

In artikel 7, § 4, van het ontwerp, wordt bepaald dat de wet van 15 juni 2006 ‘over de openbare aanbestedingen en bepaalde aanbestedingen van werken, leveringen en diensten’ niet van toepassing is op de exclusieve toekenning van de opdrachten van openbare dienst, bedoeld in artikel 7, §§ 2 en 3, van het ontwerp.³

De aangehaalde bepalingen hebben betrekking op een (federale) bevoegdheid die door de ordonnantiegever enkel kan worden betreden in de mate daarvoor een beroep kan worden gedaan op het bepaalde in artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980⁴ en de eruit af te leiden “impliciete bevoegdheden”. Daartoe is dan wel vereist dat voldaan wordt aan de voorwaarden die in het voornoemde artikel 10 en in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof worden vereist voor de toepassing van het laatstgenoemde artikel. Dit houdt in dat de desbetreffende bepalingen van de ordonnantie noodzakelijk moeten zijn voor de uitoefening van de gewestbevoegdheid, dat de aangelegenheid die er het voorwerp van uitmaakt zich leent tot een gedifferentieerde regeling en dat de weerslag van de betrokken bepalingen op die aangelegenheid slechts marginaal is.⁵

³ De ontworpen bepaling wijkt af van de omschrijving van het begrip “aangebestedende overheid” voor de toepassing van de wet van 15 juni 2006 in artikel 2, 1°, d), van die wet.

⁴ Gelezen in samenhang met artikel 19, § 1, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980.

⁵ Voor een nadere bespreking van de impliciete bevoegdheden, zie o.m. J. VANPRAET, *De latente staatshervorming. De bevoegdheidsverdeling in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof en de adviespraktijk van de Raad van State*, Brugge, die Keure, 2011, 107-123, nrs. 112-134.

Teneinde er geen twijfel over te laten bestaan dat met betrekking tot de aangehaalde bepalingen een beroep kan worden gedaan op artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 en dat met andere woorden is voldaan aan de voorwaarden die daartoe in het voornoemde artikel 10 en in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof worden vereist, zou in de memorie van toelichting een verantwoording in die zin moeten worden opgenomen.

6. Uit artikel 9 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 volgt dat in de ontworpen ordonnantie alle basisregels moeten worden opgenomen betreffende de oprichting, de samenstelling, de bevoegdheid en de werking van, alsook het toezicht op het Agentschap. Wat dat betreft, moet worden opgemerkt dat het in artikel 4, § 1, van het ontwerp mogelijk wordt gemaakt dat de statuten van het Agentschap voorzien in afwijkingen op de toepasselijkheid van het Wetboek van Vennootschappen. Op die wijze zou in de statuten op een essentiële wijze kunnen worden ingegrepen op het door de ordonnantiegever beoogde juridisch regime dat van toepassing is op het Agentschap. Dergelijke mogelijkheid is niet in overeenstemming met artikel 9 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 en dient te vervallen.

7. Het Agentschap wordt geconcipieerd als een naamloze vennootschap van publiek recht met sociaal oogmerk. In de memorie van toelichting zou duidelijker moeten worden uitgelegd waarom voor die vennootschapsvorm wordt gekozen, temeer daar in artikel 4, § 2, van het ontwerp, diverse bepalingen van het Wetboek van Vennootschappen worden uitgesloten van de toepassing op het Agentschap, alhoewel het bepalingen betreft die de essentie zelf van de figuur van de naamloze vennootschap raken⁶ of die, meer in het bijzonder, betrekking hebben op de aard, de kwalificatie en de specificiteit van de regels inzake het kapitaal van vennootschappen met een sociaal oogmerk.⁷ Daarbij komt dat het niet steeds duidelijk is waarom in sommige bepalingen van het ontwerp van ordonnantie wordt afgeweken van de normale werkingsregelen van een naamloze vennootschap. Dit is bijvoorbeeld het geval voor het bepaalde in artikel 6 van het ontwerp in verband met de goedkeuring van de statuten en statutenwijzigingen. Gelet op het gegeven dat het Brussels Hoofdstedelijk Gewest als enige aandeelhouder optreedt, is de noodzaak van een afwijkende bepaling in de zin van artikel 6 van het ontwerp niet duidelijk. Een gelijkaardige bedenking kan worden gemaakt bij artikel 11, § 2, van het ontwerp, wat de benoeming van de leden van de raad van bestuur betreft.

De ordonnantiegever dient erop toe te zien dat wordt voorkomen dat aan de ontworpen regeling zou kunnen worden verweten dat zij neerkomt op een ontoelaatbare denaturering van een vennootschapsvorm waarvan de essentiële kenmerken in het Wetboek van Vennootschappen worden beschreven, zijnde die van de vennootschap met een sociaal oogmerk. De aard en het aantal afwijkingen van de gemeenrechtelijke regels op dat vlak doen de vraag rijzen of in de ontworpen regeling niet veeleer in naam wordt geopteerd voor een bepaalde vennootschapsvorm, terwijl deze laatste als gevolg van de vele temperingen ervan dreigt te worden uitgehold. Daarom verdient het aanbeveling om in de memorie van toelichting telkens duidelijker uit te leggen waarom van de gemeenrechtelijke regels wordt afgeweken en welke

⁶ Zie o.a. de artikelen 454 (i.v.m. de nietigheid van de vennootschap) en 646 van het Wetboek van Vennootschappen (i.v.m. de meerhoofdigheid).

⁷ Zie de artikelen 661, eerste lid, 4°, 7° en 8° (niet: artikel 661, § 1, 4°, 7° en 8°), 666 en 667 van het Wetboek van Vennootschappen.

noodzaak daartoe bestaat. Op die wijze zal tevens kunnen worden verantwoord waarom de rechtspositie van het Agentschap op diverse punten op een andere wijze moet worden geregeld dan het geval is voor de vennootschappen met een sociaal oogmerk waarvoor de gemeenrechtelijke bepalingen van het Wetboek van Vennootschappen wel onverminderd blijven gelden en waarom er op dat punt een ongelijke behandeling noodzakelijk is.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 3

8. In de Nederlandse tekst van artikel 3, § 1, van het ontwerp, moeten de woorden “een naamloze vennootschap met sociaal oogmerk” worden vervangen door de woorden “een naamloze vennootschap van publiek recht met sociaal oogmerk”. Op die wijze wordt de Nederlandse tekst in overeenstemming gebracht met de Franse tekst en wordt aangesloten bij de bedoeling van de stellers van het ontwerp, zoals die in de memorie van toelichting wordt uiteengezet.

Artikel 4

9. Aan het einde van de Nederlandse tekst van artikel 4, § 3, van het ontwerp, vervange men de woorden “van het Handelswetboek” door de woorden “van het Wetboek van koophandel”.

10. In artikel 4, § 4, van het ontwerp wordt bepaald dat het Agentschap niet onderworpen is “aan de bepalingen van de wet van 31 januari 2009 over de continuïteit van de ondernemingen”. Moet hieruit worden afgeleid dat het Agentschap wel aan de faillissementswetgeving is onderworpen? In voorkomend geval dient de memorie van toelichting op dit punt nadere verduidelijking te verstrekken.

11. In artikel 4, § 5, van het ontwerp wordt bepaald dat het Agentschap van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering toelating kan krijgen om tot onteigening “over te gaan” (niet: verder te zetten).

Overeenkomstig de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof⁸ is de ordonnantiegever bevoegd om de gewestregering te machtigen om ondergeschikte besturen, openbare instellingen en andere publiekrechtelijke rechtspersonen toe te staan over te gaan tot onteigeningen.

Om in overeenstemming te zijn met die rechtspraak moet artikel 4, § 5, van het ontwerp worden herwerkt in die zin dat erin wordt bepaald dat de Brusselse Hoofdstedelijke

⁸ Zie reeds GwH nr. 3/89, 2 februari 1989, 2.B.5; nrs. 13/89 en 14/89, 31 mei 1989, 2.B.3; nr. 85/93, 16 december 1993, B.3 tot B.5; nr. 81/97, 17 december 1997, B.6.3.

Regering het Agentschap geval per geval kan machtigen tot onteigening wanneer zij oordeelt dat het verkrijgen van de betrokken goederen noodzakelijk is in het algemeen belang.⁹

12. De wijzigingsbepaling van artikel 161, 1°, van het Wetboek der registratie-, hypotheek- en griffierechten, die voorkomt in artikel 4, § 8, van het ontwerp, dient een afzonderlijke bepaling uit te maken die in titel III van het ontwerp thuishoort.¹⁰

Artikel 11

13. In de inleidende zin van artikel 11, § 2, van het ontwerp, wordt bepaald dat de bestuurders “door de Regering worden ontslagen”; in artikel 11, § 5, van het ontwerp wordt bepaald dat de algemene vergadering “te allen tijde” de bestuurders kan ontslaan. De ontworpen regeling lijkt op dit punt te moeten worden aangepast.

14. Er valt uit artikel 11, § 8, van het ontwerp niet af te leiden aan welk orgaan de raad van bestuur de betrokken bevoegdheden zal kunnen “afstaan”¹¹. De tekst van de ordonnantie zou hierover geen onduidelijkheid mogen laten bestaan en zou daartoe moeten worden aangevuld.¹²

15. Na het tweede streepje van artikel 11, § 8, van het ontwerp dient te worden verwezen naar “artikel 661, eerste lid, 6°,” (niet: artikel 661, 6°) van het Wetboek van Vennootschappen.

Artikel 16

16. Het is niet duidelijk welke precies de draagwijdte is van de zinsnede “die aanwezig zijn op de Economische en Sociale Raad” (“présentes au Conseil économique et Social”) aan het einde van artikel 16, § 2, eerste lid, van het ontwerp. Ofwel dient de redactie van de betrokken bepaling te worden gewijzigd, rekening houdend met de bedoeling die eraan ten grondslag ligt, ofwel moet in de memorie van toelichting worden verduidelijkt op welke wijze de aangehaalde zinsnede moet worden begrepen.

⁹ De herwerking kan dan tevens te baat worden genomen om de redactie van artikel 4, § 5, van het ontwerp te herzien op taalkundig en terminologisch vlak, en om de Nederlandse en de Franse tekst van die bepaling beter op elkaar af te stemmen. Zo komt in de eerste zin van artikel 4, § 5, van het ontwerp, de zinsnede “, en vue de la réalisation de ses missions,” in de Franse tekst, niet voor in de Nederlandse tekst.

¹⁰ In dat geval moet het opschrift van titel III van het ontwerp luiden: “Wijzigingsbepalingen”.

¹¹ Naar analogie van de Franse tekst en overeenkomstig de terminologie die in artikel 14, § 1, van het ontwerp, wordt gebruikt, vervangt men het woord “afgegaan” door het woord “gedelegeerd”.

¹² Indien het de bedoeling zou zijn dat de raad van bestuur bevoegdheden zou delegeren aan het directiecomité, bedoeld in artikel 15 van het ontwerp, zou dit het best in deze laatste bepaling worden ingeschreven.

Artikel 18

17. In de Nederlandse tekst van artikel 18, § 1, 5°, van het ontwerp, wordt melding gemaakt van “leningen aangegaan ter uitvoering van een investeringsprogramma dat door de Regering aanvaard is”. De Franse tekst van dezelfde bepaling heeft het over “des emprunts contractés préalablement approuvés par le Gouvernement”. Ook op dit punt dienen de Nederlandse en de Franse tekst beter op elkaar afgestemd te worden.

Artikel 22

18. Aan het einde van de Nederlandse tekst van artikel 22, § 5¹³, van het ontwerp, schrappe men het woord “behoren”.

Artikel 26

19. Artikel 26 van het ontwerp strekt tot het wijzigen van het opschrift (niet: de titel) van de ordonnantie van 13 januari 1994. Het verdient aanbeveling om het gehele opschrift van die ordonnantie door een nieuw opschrift te vervangen, temeer daar de ontworpen partiële wijziging van het betrokken opschrift niet geheel correct wordt weergegeven in artikel 26 van het ontwerp. Zo dienen de woorden “en het aantrekken van buitenlandse investeringen” in de Nederlandse tekst van het opschrift niet te worden ingevoegd tussen de woorden “buitenlandse” en “van”, doch wel tussen de woorden “handel” en “van”.

Artikel 28

20. Men passe de redactie van artikel 28 van het ontwerp aan als volgt:
“Artikel 2, 3°, van dezelfde ordonnantie, wordt opgeheven.”

Artikel 29

21. Men redigere artikel 29 van het ontwerp als volgt:
“In artikel 3 van dezelfde ordonnantie worden de volgende wijzigingen aangebracht:
1° het teken ‘§ 1’ wordt geschrapt;
2° de paragrafen 2 en 3 worden opgeheven.”

¹³ In de Nederlandse tekst wordt tweemaal melding gemaakt van een “paragraaf 4”.

Artikel 30

22. In artikel 30 van het ontwerp wordt hoofdstuk III van de ordonnantie van 13 januari 1994, dat uit de artikelen 4 en 5 bestaat, vervangen door een hoofdstuk dat uit één enkel artikel bestaat, namelijk artikel 4. Vanuit legistiek oogpunt ware het correcter indien het opschrift van hoofdstuk III en artikel 4 van de ordonnantie werden vervangen, en artikel 5 van deze laatste werd opgeheven.

SLOTOPMERKING

23. Onder de voorgaande randnummers werden een aantal redactionele opmerkingen en suggesties geformuleerd. De stellers van het ontwerp doen er echter goed aan om de gehele tekst – en in het bijzonder de Nederlandse versie ervan – aan een bijkomend redactioneel en taalkundig nazicht te onderwerpen.

*

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 a fait porter son examen essentiellement sur la compétence de l'auteur de l'acte, le fondement juridique¹ et l'accomplissement des formalités prescrites.

*

PORTÉE DE L'AVANT-PROJET D'ORDONNANCE

2.1. L'avant-projet d'ordonnance soumis pour avis a pour objet d'habiliter le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale à constituer une société anonyme de droit public à finalité sociale, dont la dénomination n'est pour l'heure que provisoirement définie comme « Agence régionale pour l'entreprise et le commerce », ci-après « l'Agence » (article 3, § 1^{er}, du projet).

Trois organismes existants sont intégrés dans l'Agence, à savoir l'Agence régionale pour l'investissement urbain et le management transversal des quartiers commerçants (Atrium) et l'Agence bruxelloise pour l'entreprise (Impulse), qui sont des associations de droit privé sans but lucratif, et *Brussels Invest & Export* (BI&E), qui est un département du Service public régional de Bruxelles. L'intention est de regrouper les organismes précités, tant en vue d'une plus grande efficacité administrative que dans l'intérêt des usagers, au sein d'une nouvelle structure intégrée à laquelle les activités, les moyens et le personnel des organismes précités pourront être transférés.

Selon l'article 5, § 1^{er}, du projet, l'Agence a pour but social de « mettre en œuvre la politique régionale en matière de conseil et d'accompagnement individuel et collectif aux entreprises dans le cadre de ses missions de service public telles que définies à l'article 7 de l'[o]rdonnance, et, le cas échéant, précisées dans son contrat de gestion conclu avec le Gouvernement ». Selon l'article 5, § 2, du projet, l'actionnaire de l'Agence ne recherche aucun bénéfice patrimonial.

Selon l'article 7, § 1^{er}, du projet, l'Agence a pour objet social « d'accomplir, en Belgique ou à l'étranger, toute activité de conseil et d'accompagnement individuel ou collectif de service public, tant des entreprises et commerces bruxellois en vue de leur développement que des entreprises et commerces étrangers en vue de leur investissement en Région [bruxelloise] ».

L'exposé des motifs souligne qu'en créant l'Agence, d'une part, on opte pour une flexibilité et une autonomie plus grandes, requises pour une exécution efficace des missions de l'Agence, mais que, d'autre part, l'Agence, en tant que personne de droit public, doit continuer à « répondre aux exigences de redevabilité souhaitées par le Gouvernement ».

En vue de réaliser l'objectif d'une flexibilité et d'une autonomie plus grandes, le principe selon lequel l'Agence est soumise au Code des sociétés et de ses arrêtés d'exécution,

¹ S'agissant d'un avant-projet d'ordonnance, on entend par « fondement juridique » la conformité avec les normes supérieures.

« sauf dérogation prévue par l'[o]rdonnance ² ou par ses statuts », est inscrit à l'article 4, § 1^{er}, du projet.

Le fait que le capital social de l'Agence « demeure exclusivement détenu par la Région » (article 6, § 3, du projet), que les administrateurs de l'Agence sont nommés par le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale (article 11, § 2, du projet) et que ce dernier exerce sur l'Agence un pouvoir de contrôle par l'intermédiaire de deux commissaires qui exercent leur mission conformément aux articles 9 et 10 de la loi du 16 mars 1954 'relative au contrôle de certains organismes d'intérêt public' (article 22, §§ 1^{er} et 2, du projet), répond aux exigences de redevabilité et de contrôle des pouvoirs publics. Par ailleurs, le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale et l'Agence concluent un contrat de gestion « qui fixe les règles et conditions particulières dans lesquelles l'Agence exerce ses missions et définit ses priorités » (article 17, § 1^{er}, du projet).

2.2. Outre les dispositions relatives à la création de l'Agence, le projet comporte par ailleurs un certain nombre de dispositions visant à modifier l'ordonnance du 13 janvier 1994 'concernant la promotion du commerce extérieur de la Région de Bruxelles-Capitale' (articles 26 à 31 du projet). Ces modifications résultent de la création de l'Agence ou doivent être comprises dans le contexte de cette création, ou s'analysent comme une actualisation de la réglementation.

FORMALITÉS

3. L'article 19 du projet contient diverses mesures relatives au personnel, notamment en ce qui concerne le transfert de membres du personnel des organismes qui sont intégrés dans l'Agence.

Les documents communiqués au Conseil d'État, section de législation, ne permettent pas de déduire qu'une quelconque consultation syndicale a eu lieu concernant les principes inscrits à l'article 19.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

4. En vertu de l'article 6, § 1^{er}, VI, de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles', combiné avec l'article 4 de la loi spéciale du 12 janvier 1989 'relative aux Institutions bruxelloises', la Région de Bruxelles-Capitale est compétente pour l'économie. En application de l'article 9 de la loi spéciale du 8 août 1980, la Région de Bruxelles-Capitale peut, dans les matières qui relèvent de sa compétence, créer des services décentralisés, des établissements et des entreprises, ou prendre des participations en capital. En application de cette disposition, le législateur régional bruxellois peut accorder aux organismes précités la personnalité juridique et leur permettre de prendre des participations en capital. En outre, leur création, composition, compétence, fonctionnement et contrôle peuvent être réglés par ordonnance.

² L'article 4, § 2, du projet écarte l'application de diverses dispositions du Code des sociétés.

En admettant que la création de l'Agence puisse être considérée comme une matière qui relève de la politique d'aide économique entrant dans la compétence de la Région de Bruxelles-Capitale, le législateur régional bruxellois peut en principe être réputé adopter la réglementation en projet en application de l'article 9 précité de la loi spéciale du 8 août 1980. Cette constatation doit néanmoins être nuancée sur plusieurs points.

5. Certaines parties de la réglementation en projet excèdent les compétences régionales et ne s'inscrivent pas dans les compétences mentionnées à l'article 9 de la loi spéciale du 8 août 1980. Tel est notamment le cas des articles 4, § 7, et 7, § 4, du projet.

L'article 4, § 7, accorde à l'Agence l'immunité d'exécution « pour les biens entièrement ou partiellement affectés à la mise en œuvre de ses missions de service public ».

L'article 7, § 4, du projet, dispose que la loi du 15 juin 2006 'relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services' ne s'applique pas à l'attribution exclusive des tâches de service public visées à l'article 7, §§ 2 et 3, du projet ³.

Les dispositions précitées concernent une compétence (fédérale) sur laquelle le législateur régional bruxellois peut uniquement empiéter dans la mesure où il peut invoquer à cet égard l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980 ⁴ et les « pouvoirs implicites » qui s'en déduisent. À cet effet, il est néanmoins requis que soient remplies les conditions que l'article 10 précité et la jurisprudence de la Cour constitutionnelle exigent pour l'application de ce dernier article. Il en résulte que les dispositions y afférentes de l'ordonnance doivent être nécessaires à l'exercice de la compétence régionale, que la matière qui en constitue l'objet se prête à un régime différencié et que l'incidence des dispositions en cause sur la matière ne soit que marginale ⁵.

Afin de ne laisser subsister aucun doute sur le fait que l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980 peut être invoqué en ce qui concerne les dispositions précitées, et, qu'en d'autres mots, les conditions que l'article 10 précité et la jurisprudence de la Cour constitutionnelle exigent à cet effet, sont remplies, l'exposé des motifs devrait contenir une justification en ce sens.

6. Il résulte de l'article 9 de la loi spéciale du 8 août 1980 que l'ensemble des règles de base relatives à la création, à la composition, à la compétence, au fonctionnement et également au contrôle de l'Agence soient inscrites dans l'ordonnance en projet. Sur ce point, il y a lieu d'observer que l'article 4, § 1^{er}, du projet permet que les statuts de l'Agence prévoient des dérogations à l'applicabilité du Code des sociétés. Ce faisant, les statuts pourraient intervenir d'une manière essentielle dans le régime juridique envisagé par le législateur régional bruxellois, qui s'applique à l'Agence. Pareille possibilité n'est pas conforme à l'article 9 de la loi spéciale du 8 août 1980 et doit être omise.

³ Pour l'application de la loi du 15 juin 2006, la disposition en projet s'écarte de la définition de la notion de « pouvoir adjudicateur » figurant à l'article 2, 1^o, d), de cette loi.

⁴ Combiné avec l'article 19, § 1^{er}, de la loi spéciale du 8 août 1980.

⁵ Pour un examen plus approfondi des pouvoirs implicites, voir notamment J. VANPRAET, *De latente staatshervorming. De bevoegdheidsverdeling in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof en de adviespraktijk van de Raad van State*, Bruges, La Chartre, 2011, 107-123, n^{os} 112-134.

7. L'Agence est conçue comme une société anonyme de droit public à finalité sociale. Il faudrait préciser dans l'exposé des motifs pourquoi on a choisi cette forme de société, d'autant plus que l'article 4, § 2, du projet exclut diverses dispositions du Code des sociétés de l'application à l'Agence, bien qu'il s'agisse de dispositions qui touchent à l'essence même de la figure juridique de la société anonyme⁶ ou qui ont plus particulièrement trait à la nature, la qualification et la spécificité des règles relatives au capital des sociétés à finalité sociale⁷. On n'aperçoit pas toujours clairement par ailleurs pourquoi certaines dispositions du projet d'ordonnance s'écartent des règles de fonctionnement normales d'une société anonyme. C'est par exemple le cas à l'article 6 du projet en ce qui concerne l'approbation des statuts et de leurs modifications. Compte tenu du fait que la Région de Bruxelles-Capitale agit comme unique actionnaire, la nécessité d'une disposition dérogatoire au sens de l'article 6 du projet n'apparaît pas clairement. Une observation analogue peut être formulée à l'égard de l'article 11, § 2, du projet, en ce qui concerne la nomination des membres du conseil d'administration.

Le législateur régional bruxellois veillera à éviter que l'on puisse reprocher au dispositif en projet qu'il revient à dénaturer de façon inadmissible une forme de société dont les caractéristiques essentielles sont définies dans le Code des sociétés, à savoir celle d'une société à finalité sociale. La nature et le nombre des dérogations aux règles de droit commun en la matière soulèvent la question de savoir si le dispositif en projet n'opte pas davantage par sa dénomination pour une forme de société déterminée, alors que celle-ci risque d'être vidée de sa substance consécutivement aux nombreux tempéraments qui y sont apportés. Il est dès lors recommandé d'expliquer chaque fois plus clairement dans l'exposé des motifs pourquoi il est dérogé aux règles de droit commun et quelle en est la nécessité. On pourra ainsi justifier en même temps pourquoi le statut juridique de l'Agence doit, à divers égards, être réglé différemment de celui des sociétés à finalité sociale, lesquelles restent soumises sans restriction aux dispositions de droit commun du Code des sociétés et pourquoi une différence de traitement est nécessaire sur ce point.

EXAMEN DU TEXTE

Article 3

8. Dans le texte néerlandais de l'article 3, § 1^{er}, du projet, on remplacera les mots « een naamloze vennootschap met sociaal oogmerk » par les mots « een naamloze vennootschap van publiek recht met sociaal oogmerk ». Le texte néerlandais sera ainsi aligné sur le texte français et exprimera mieux l'intention des auteurs du projet, telle qu'elle est définie dans l'exposé des motifs.

⁶ Voir entre autres les articles 454 (concernant la nullité de la société) et 646 du Code des sociétés (concernant le caractère polycéphale).

⁷ Voir les articles 661, alinéa 1^{er}, 4^o, 7^o et 8^o (et non : article 661, § 1^{er}, 4^o, 7^o et 8^o), 666 et 667 du Code des sociétés.

Article 4

9. À la fin du texte néerlandais de l'article 4, § 3, du projet, on remplacera les mots « van het Handelswetboek » par les mots « van het Wetboek van koophandel ».

10. L'article 4, § 4, du projet dispose que l'Agence n'est pas soumise « aux dispositions de la loi du 31 janvier 2009 sur la continuité des entreprises ». Faut-il en conclure que l'Agence est bien soumise à la législation sur les faillites? Il conviendra, le cas échéant, d'apporter des éclaircissements sur ce point dans l'exposé des motifs.

11. L'article 4, § 5, du projet prévoit que l'Agence peut être autorisée par le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale à « procéder à » (et non : poursuivre) l'expropriation.

Conformément à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle⁸, le législateur régional bruxellois est compétent pour habiliter le gouvernement régional à accorder à des administrations subordonnées, des organismes publics et d'autres personnes morales de droit public l'autorisation de procéder à des expropriations.

Pour se conformer à cette jurisprudence, l'article 4, § 5, du projet devra être remanié en ce sens qu'il prévoit que le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale peut autoriser l'Agence, au cas par cas, à procéder à l'expropriation lorsqu'elle estime que l'acquisition des biens concernés est nécessaire dans l'intérêt général⁹.

12. La disposition modificative de l'article 161, 1°, du Code des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe, qui est inscrite à l'article 4, § 8, du projet, doit faire l'objet d'une disposition distincte qui a sa place dans le titre III du projet¹⁰.

Article 11

13. Dans la phrase introductive de l'article 11, § 2, du projet, il est prévu que les administrateurs sont « révoqués par le Gouvernement »; l'article 11, § 5, du projet dispose que l'assemblée générale peut « en tout temps » les révoquer. Le dispositif en projet paraît devoir être adapté sur ce point.

⁸ Voir déjà C.C. n° 3/89, 2 février 1989, 2.B.5 ; n°s 13/89 et 14/89, 31 mai 1989, 2.B.3 ; n° 85/93, 16 décembre 1993, B.3 à B.5 ; n° 81/97, 17 décembre 1997, B.6.3.

⁹ Le remaniement pourrait également être mis à profit pour revoir la formulation de l'article 4, § 5, du projet du point de vue de la correction de la langue et de la terminologie ainsi que pour mieux harmoniser les textes français et néerlandais de cette disposition. C'est ainsi que dans la première phrase de l'article 4, § 5, du projet, le segment de phrase « , en vue de la réalisation de ses missions, » dans le texte français, n'a pas d'équivalent dans le texte néerlandais.

¹⁰ Dans ce cas, le titre III du projet s'intitulera : « Dispositions modificatives ».

14. L'article 11, § 8, du projet ne permet pas de déterminer à quel organe le conseil d'administration pourra déléguer¹¹ les compétences concernées. Le texte de l'ordonnance ne devrait laisser subsister aucune ambiguïté à ce propos et devrait être complété à cet effet¹².

15. En regard du deuxième tiret de l'article 11, § 8, du projet, on visera « l'article 661, alinéa 1^{er}, 6°, » (et non : l'article 661, 6°) du Code des sociétés.

Article 16

16. On n'aperçoit pas clairement la portée précise du segment de phrase « présentes au Conseil économique et Social » (« die aanwezig zijn op de Economische en Sociale Raad ») à la fin de l'article 16, § 2, alinéa 1^{er}, du projet. Soit il convient de modifier la rédaction de la disposition concernée, compte tenu de l'intention qui la sous-tend, soit on précisera dans l'exposé des motifs de quelle manière le segment de phrase cité doit être interprété.

Article 18

17. Le texte français de l'article 18, § 1, 5°, du projet, mentionne « des emprunts contractés préalablement approuvés par le Gouvernement ». Le texte néerlandais de cette même disposition fait mention de « leningen aangegaan ter uitvoering van een investeringsprogramma dat door de Regering aanvaard is ». Sur ce point également, il conviendrait d'améliorer la concordance entre le texte français et le texte néerlandais.

Article 22

18. À la fin du texte néerlandais de l'article 22, § 5¹³, du projet, on supprimera le mot « behoren ».

Article 26

19. L'article 26 du projet vise à modifier l'intitulé de l'ordonnance du 13 janvier 1994. Il est recommandé de remplacer intégralement l'intitulé de cette ordonnance par un nouvel intitulé, d'autant plus que la modification partielle, en projet, de cet intitulé par l'article 26 du projet n'est pas tout à fait correcte. Si l'on remplace dans le texte française le mot « concernant » par les mots « relative à », il faut dans ce cas écrire « et à l'attraction des investissements étrangers ». On écrira également « dans la Région de Bruxelles-Capitale » au lieu de « de la Région de Bruxelles-capitale ».

¹¹ Par analogie avec le texte français et conformément à la terminologie utilisée à l'article 14, § 1^{er}, du projet, on remplacera le mot « afgestaan » par le mot « gedelegeerd » dans le texte néerlandais.

¹² S'il s'agit que le conseil d'administration délègue des compétences au comité de direction visé à l'article 15 du projet, mieux vaudrait en faire mention dans cette dernière disposition.

¹³ Le texte néerlandais mentionne deux fois « paragraaf 4 ».

Article 28

20. On adaptera la formulation de l'article 28 du projet comme suit :

« L'article 2, 3°, de la même ordonnance est abrogé ».

Article 29

21. On rédigera l'article 29 du projet comme suit :

« À l'article 3 de la même ordonnance, les modifications suivantes sont apportées :

1° le signe '§ 1^{er}' est supprimé;

2° les paragraphes 2 et 3 sont abrogés ».

Article 30

22. L'article 30 du projet remplace le chapitre III de l'ordonnance du 13 janvier 1994, qui se compose des articles 4 et 5, par un chapitre comportant un article unique, à savoir l'article 4. Du point de vue de la technique législative, il serait plus correct de remplacer l'intitulé du chapitre III et l'article 4 de l'ordonnance, et d'abroger l'article 5 de cette dernière.

OBSERVATION FINALE

23. Un certain nombre d'observations et de suggestions rédactionnelles ont été formulées aux points précédents. Les auteurs du projet seraient bien avisés de réexaminer l'ensemble du texte – et plus particulièrement sa version néerlandaise – tant du point de vue rédactionnel que linguistique.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Wim GEURTS

Marnix VAN DAMME