



CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

avis 61.162/4
du 26 avril 2017

sur

un avant-projet de loi 'portant
modification du nom de la
Coopération technique belge et
définition des missions de
Enabel, Agence belge de
Développement'

RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 61.162/4
van 26 april 2017

over

een voorontwerp van wet 'tot
wijziging van de naam van de
Belgische Technische
Coöperatie en de vaststelling
van de opdrachten van Enabel,
Belgisch
Ontwikkelingsagentschap'

Le 16 mars 2017, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Vice-Premier Ministre et Ministre de la Coopération au développement, de l'Agenda numérique, des Télécommunications et de la Poste à communiquer un avis, dans un délai de trente jours prorogé jusqu'au 30 avril 2017 ^(*), sur un avant-projet de loi 'portant modification du nom de la Coopération technique belge et définition des missions de Enabel, Agence belge de Développement'.

L'avant-projet a été examiné par la quatrième chambre le 26 avril 2017. La chambre était composée de Pierre LIÉNARDY, président de chambre, Martine BAGUET et Bernard BLERO, conseillers d'État, Jacques ENGLEBERT, assesseur, et Anne-Catherine VAN GEERSDAELE, greffier.

Le rapport a été présenté par Patrick RONVAUX, premier auditeur.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise a été vérifiée sous le contrôle de Martine BAGUET.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 26 avril 2017.

^(*) Par courriel du 20 mars 2017.

*

Op 16 maart 2017 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vice-Eerste Minister en Minister van Ontwikkelingssamenwerking, Digitale Agenda, Telecommunicatie en Post verzocht binnen een termijn van dertig dagen verlengd tot 30 april 2017 ^(*) een advies te verstrekken over een voorontwerp van wet 'tot wijziging van de naam van de Belgische Technische Coöperatie en de vaststelling van de opdrachten van Enabel, Belgisch Ontwikkelingsagentschap'.

Het voorontwerp is door de vierde kamer onderzocht op 26 april 2017. De kamer was samengesteld uit Pierre LIÉNARDY, kamervoorzitter, Martine BAGUET en Bernard BLERO, staatsraden, Jacques ENGLEBERT, assessor, en Anne-Catherine VAN GEERSDAELE, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Patrick RONVAUX, eerste auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Martine BAGUET.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 26 april 2017.

^(*) Bij e-mail van 20 maart 2017.

*

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, la section de législation limite son examen au fondement juridique l'avant-projet^(*), à la compétence de l'auteur de l'acte ainsi qu'à l'accomplissement des formalités préalables, conformément à l'article 84, § 3, des lois coordonnées précitées.

Sur ces trois points, l'avant-projet appelle les observations suivantes.

FORMALITÉS PRÉALABLES

Dans le courrier qu'il a adressé au Vice-Premier Ministre et Ministre ayant la Coopération au développement dans ses attributions, le Ministre de la Fonction publique a subordonné son accord administratif à l'avant-projet à la condition que diverses modifications et précisions y soient ajoutées.

Or, aucune suite n'a été réservée au passage suivant, qui conditionne l'accord :

« Dans le cadre du contrôle administratif, qui porte uniquement sur les chapitres 6 et 10, ainsi que sur la section 3 du chapitre 11, j'ai l'honneur de vous communiquer mon accord sur les dispositions contenues dans ces chapitres, pour autant qu'il soit tenu compte des remarques formulées ci-dessous.

– Le directeur général (articles 27 et 28 du chapitre 6)

L'avant-projet de loi prévoit que le conseil d'administration nomme, dans le cadre d'un mandat, le directeur général pour 6 ans. Un renouvellement du mandat est possible. Il est également prévu les mêmes incompatibilités que pour les membres du conseil d'administration.

L'avant-projet de loi mériterait toutefois d'être complété en précisant notamment les conditions d'admissibilité, les connaissances et l'expertise minimales qui sont requises pour exercer l'emploi de directeur général. De même, il conviendrait de préciser sous quelles conditions le mandat peut être renouvelé.

En outre, il doit revenir au Roi, et non au Conseil d'administration, de nommer le directeur général, comme c'est d'ailleurs le cas actuellement pour la désignation du délégué à la gestion journalière.

– Le personnel (articles 43 à 45 du chapitre 10)

a) Fixation du statut du personnel

La législation actuelle prévoit que le statut du personnel est fixé par le Roi. L'article 43, § 1 de l'avant-projet de loi prévoit maintenant que la compétence de la fixation du statut du personnel est transférée au conseil d'administration.

Pour ma part, je ne peux pas accepter que le pouvoir de fixer le statut du personnel de la BDA dépende exclusivement du conseil d'administration. En effet, cela risquerait de créer des inégalités de traitement manifestes entre cette nouvelle catégorie de personnel et les catégories de personnel déjà existantes au sein de la BDA (membres du personnel recrutés ou engagés avant l'entrée en vigueur de la présente loi, membres du personnel

^(*) S'agissant d'un avant-projet de loi, on entend par « fondement juridique » la conformité aux normes supérieures.

transférés de l'administration et membres du personnel exerçant une mission d'intérêt général à la BDA).

C'est la raison pour laquelle je suis d'avis qu'il convient de laisser déterminer, sur proposition du conseil d'administration, le statut de ce personnel par le Roi.

En outre, le projet prévoit que les salaires, traitements, indemnités et avantages du personnel de la BDA ne peuvent dépasser les salaires, traitements, indemnités et avantages maxim[aux] d'agents de l'État à des grades équivalents. Outre le fait que le mot « salaire » est superflu (le terme « traitement » est suffisant), l'avant-projet de loi ne détermine pas les grades qui seraient fixés par le conseil d'administration et qui devraient être réputés comme équivalents à des grades d'agents de l'État. Comment et selon quels critères cette équivalence sera définie si la fixation du statut relève de la seule compétence du conseil d'administration ? ».

Dans un tel contexte, il ne peut être considéré que l'avant-projet a reçu l'accord du Ministre ayant la Fonction publique dans ses attributions.

L'auteur de l'avant-projet devra donc encore obtenir cet accord ou soumettre les objections émises par le Ministre de la Fonction publique et auxquelles il n'a pas été donné suite à l'examen du Conseil des ministres conformément à l'article 8 de l'arrêté royal du 16 novembre 1994 'relatif au contrôle administratif et budgétaire'.

EXAMEN DE L'AVANT-PROJET

OBSERVATION PRÉLIMINAIRE

Selon son exposé des motifs ¹,

« [c]e projet de loi vise la transformation de l'agence d'exécution de la coopération gouvernementale belge CTB en une agence de coordination et d'exécution de la politique belge en matière de développement, Enabel ».

L'avant-projet de loi qui en résulte est un texte hybride. En effet, sous un intitulé ambigu qui ne rend compte ni de son contenu ni de sa portée,

– il modifie profondément la loi du 21 décembre 1998 'portant création de la « Coopération technique belge » sous la forme d'une société de droit public' dont il ne subsiste pratiquement plus rien ;

– il emprunte partiellement ses dispositions à la loi du 19 mars 2013 'relative à la Coopération belge au Développement' ;

– il contient des dispositions autonomes, modificatives ou abrogatoires de diverses autres lois.

Fondamentalement, cet avant-projet ne peut être distrait des autres lois et arrêtés royaux qui, au fil des dernières années, se sont succédé en matière de coopération au développement. Au final, dans son ensemble, l'avant-projet de loi se présente comme un agrégat

¹ Exposé des motifs, 1. Considérations générales, Objectifs, alinéa 1^{er}.

de dispositions relatives à la CTB, de dispositions empruntées ou inspirées d'autres lois, de dispositions particulières qui dérogent ou aménagent des règles qui constituent par exemple le droit commun du droit budgétaire, d'autres encore qui s'inspirent, sans doute à juste titre, de règles, de normes ou de pratiques qui encadrent les projets de coopération au développement, à l'étranger ou dans des organisations internationales ou dans des comités fonctionnant en leur sein.

À titre d'exemple, la section de législation relève :

– En ce qui concerne le contrôle exercé par des commissaires du gouvernement, l'article 39 de l'avant-projet s'inspire de l'article 23 de la loi du 21 mars 1991 'portant réforme de certaines entreprises publiques économiques' ;

– En ce qui concerne le contrôle de la situation financière et de trésorerie, des comptes annuels et de la régularité, exercé notamment par un commissaire désigné par la Cour des comptes, l'article 40 de l'avant-projet s'inspire de l'article 25 de la loi du 21 mars 1991 ;

– En ce qui concerne le statut des comptables, l'article 40, § 5, de l'avant-projet s'inspire de l'article 25, § 7, de la loi du 21 mars 1991 ;

– En ce qui concerne la comptabilité et les comptes annuels, l'article 42 de l'avant-projet s'inspire de l'article 27 de la loi du 21 mars 1991 ;

Par ailleurs, l'exposé des motifs² relate qu'à deux reprises, en janvier 2015 et en septembre 2015, le Comité d'aide au développement (CAD) de l'OCDE a procédé à un *peer review* de la CTB et que lors du second examen

« la Belgique a été priée [...] d'adapter le modèle d'organisation de sa Coopération au développement, et plus précisément l'articulation entre la DGD et la CTB, en fonction de l'évolution des priorités et des besoins des pays en développement et du contexte mondial ».

S'agissant de la coordination entre la DGD et la CTB, il s'agit précisément du cadre juridique organique qui fait l'objet de cet avant-projet de loi et qui doit être soumis à la délibération du Parlement.

Afin de prévenir toute asymétrie d'information entre tous acteurs ou parties concernées, la CTB, l'administration, l'auteur du texte et finalement le Parlement, il y a lieu d'identifier précisément les règles et modèles inspirés du CAD et des organismes pairs et d'expliquer leur introduction et leur justification dans le commentaire des articles. Seule cette méthode permettra de comprendre exactement la portée de certaines dispositions.

Dans un tel contexte et vu la charge actuelle de la section de législation du Conseil d'État, celle-ci n'a pu procéder au recoupement de chacune des dispositions de l'avant-projet. Force est aussi de constater que le commentaire des articles ne permet pas de remonter à l'origine de chacune des dispositions. Une telle information apparaît néanmoins bien nécessaire, non seulement pour comprendre la portée de la disposition mais aussi pour répondre à la question de savoir si ce nouveau texte doit ou non s'interpréter à l'instar de celui dont l'auteur s'est inspiré.

² Exposé des motifs, 1. Considérations générales, Contexte, alinéas 6 et sv.

En matière législative, il n'est pas question de procéder par un simple copier-coller. Afin que les membres du Parlement délibèrent et votent en connaissance de cause, il convient d'établir un tableau qui permette d'identifier d'une part la provenance de chaque disposition de l'avant-projet et d'autre part la modification ou l'aménagement que l'auteur du texte entend apporter à une disposition dont il s'est inspiré, sans préjudice de l'observation qui sera formulée quant à la structure générale de l'avant-projet et quant à son contenu.

Quoiqu'il en soit du degré d'autonomie que le législateur entendrait donner à Enabel, du régime juridique particulier sous lequel il fonctionnerait à l'avenir ou des dérogations diverses – pour autant qu'elles soient dûment justifiées – qui lui seraient accordées, l'auteur de l'avant-projet ne doit pas perdre de vue qu'Enabel reste une personne morale de droit public investie par ailleurs d'une mission de service public. Outre que cet organisme reste placé sous le contrôle du pouvoir exécutif et donc aussi – surtout – de celui du Parlement, s'imposent à Enabel notamment la législation en matière d'emploi des langues, en matière de marchés publics, en matière de droit budgétaire ainsi que les réglementations qui les exécutent, à l'instar de tout service public au sens large du terme.

En tout état de cause, il est dépourvu de sens de faire de la loi en projet un texte autonome. Il convient :

– ou bien d'insérer, éventuellement en les adaptant, les articles 2 à 45 de l'avant-projet dans le texte actuel de la loi du 21 décembre 1998, à la place des dispositions qui, dans cette loi du 21 décembre 1998, sont abrogées par l'article 47 de l'avant-projet ; l'intitulé de la loi du 21 décembre 1998 devra alors être modifié pour rendre compte de ce qu'elle porte création de l'Agence belge de Développement, dénommée « Enabel », sous la forme d'une société de droit public et non plus création de la « Coopération technique belge » ;

– ou bien d'abroger entièrement la loi du 21 décembre 1998 et d'insérer dans le texte de l'avant-projet les quelques dispositions de cette loi qui sont maintenues inchangées par l'avant-projet.

Dans les deux hypothèses, subsistera ainsi une seule loi qui réglera la création, l'organisation, le fonctionnement et le contrôle de l'Agence belge de développement, dénommée « Enabel ».

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

I. LES MISSIONS DE L'AGENCE BELGE DE DÉVELOPPEMENT, LE RECOURS AU CONTRAT DE GESTION ET LE PRINCIPE DE LA SPÉCIALITÉ DES PERSONNES MORALES DE DROIT PUBLIC

1. Selon son exposé des motifs, l'avant-projet de loi à l'examen entend abroger partiellement la loi du 21 décembre 1998. Si l'avant-projet ne remplace pas entièrement cette loi, il en abroge toutefois la quasi-totalité des articles puisque seuls subsisteront dans leur forme actuelle les articles 1^{er} (détermination de la matière réglée par l'avant-projet), 3, alinéa 1^{er} (création de la Coopération technique belge sous la forme d'une société anonyme de droit public à finalité sociale), 10 (constitution du capital social), 11 (restrictions en cas d'augmentation de

capital), 12 (restrictions à la cession des actions), 40 (dissolution de la CTB) et 41 (entrée en vigueur).

L'avant-projet a pour « intention explicite » que l'Agence belge de Développement, qui portera le nom d'Enabel, conserve le même statut juridique que la Coopération technique belge et ses droits et obligations de telle sorte qu'Enabel garde les accréditations internationales que la CTB a acquises.

Dans la ligne de ce qui précède,

« Enabel deviendra ainsi l'Agence de Développement du gouvernement fédéral belge ; elle exécutera la politique belge en matière de développement et prendra en charge, à la demande du gouvernement, toute mission de service public qui s'intègre dans l'Agenda 2030 pour le Développement durable, de préférence dans les pays à faible revenu et à revenu intermédiaire et dans les États fragiles ».

Cet objectif s'exprime principalement dans les articles 5, 6 et 32 de l'avant-projet, lesquels précisent, dans le cadre de son objet social, les missions de service public attribuées à Enabel, la procédure qui sera suivie pour déterminer parmi ces missions de service public celles qui seront effectuées par Enabel et à défaut par l'administration voire par un appel aux services de tiers, ainsi que le contenu minimum du contrat de gestion conclu entre l'État fédéral et Enabel.

2. Il n'est pas douteux que les compétences ainsi confiées à Enabel sont, dans l'organisation des pouvoirs au sein de l'État, des compétences à rattacher au pouvoir exécutif fédéral, à savoir, en l'occurrence, celles « d'exécuter la politique belge en matière de développement ».

Selon l'article 37 de la Constitution, c'est au Roi qu'appartient le pouvoir exécutif fédéral. Conformément à l'article 107, alinéa 2, de la Constitution, il Lui revient d'organiser l'administration générale et les services administratifs de l'État et l'exercice de l'autorité sur ceux-ci, en répartissant les attributions ministérielles à leur égard, étant entendu que les services de l'administration centralisée sont placés sous l'autorité hiérarchique du ministre dont ils dépendent.

Toutefois, les services publics agissant dans le cadre de la fonction exécutive ne se résument pas à la seule administration générale tel qu'énoncé à l'article 107, alinéa 2, de la Constitution.

Consacrant le phénomène déjà fort ancien de la décentralisation par service³ qui, au sein du secteur public, s'est développé en marge de l'organisation de l'administration

³ Sur ce phénomène, voir l'ouvrage collectif *Le paraétatisme – Nouveaux regards sur la décentralisation fonctionnelle en Belgique et dans les institutions européennes*, La Charte, bibliothèque de droit administratif, 2010, spécialement la contribution de I. MATHY, « Être ou ne pas être une personne juridique distincte de l'État, la Communauté ou la Région ? L'autonomie avec ou sans personnalité juridique », (pp. 33-114) et celle de P.O. DE BROUX, « Introduction à la décentralisation administrative : évolutions théoriques et pratiques politiques » (pp. 1-32).

générale, la Cour constitutionnelle a en effet admis que la loi peut créer des établissements publics et des entreprises dans le cadre des compétences de l'État ⁴.

La création par la voie légale au sein du pouvoir exécutif d'administrations spécialisées dotées de la personnalité juridique, administrations qualifiées de manière courante d'organismes d'intérêt public, telle Enabel, est soumise au respect du principe de légalité des personnes morales de droit public dont il résulte qu'il incombe au législateur de régler, dans leurs aspects essentiels, la création, la composition, la compétence, le fonctionnement et le contrôle des personnes morales de droit public ⁵.

3. L'article 5 de l'avant-projet énonce, en ses paragraphes 1^{er} à 3, les missions de service public confiées à Enabel, le paragraphe 4 déterminant à qui attribuer ces missions dans l'hypothèse où Enabel a, sur la base de raisons formellement motivées, refusé de les exécuter totalement ou partiellement. L'articulation des paragraphes 1^{er} à 4 de l'article 5 traduit en quelque sorte un ordre de priorité :

- le paragraphe 1^{er} énumère les missions de service public relevant exclusivement de la compétence d'Enabel ;

- le paragraphe 2 précise les missions complémentaires de service public dont la prise en charge doit être d'abord proposée par le ministre à Enabel ;

- le paragraphe 3 cite les missions de service public autres que celles figurant aux paragraphes 1^{er} et 2, que le ministre propose d'abord à Enabel en précisant les motifs pour lesquels l'administration peut difficilement les effectuer elle-même.

Si Enabel refuse de manière formellement motivée l'une des missions prévues à ces paragraphes 1^{er} à 3, le ministre peut alors les faire exécuter soit en gestion propre, soit par des tiers.

L'article 6 de l'avant-projet prévoit en ce qui concerne les missions qui n'entrent ni dans le champ d'application de l'article 5, ni dans celui du contrat de gestion, que le ministre a la possibilité d'adresser d'abord à Enabel une demande d'appui provenant de l'administration, demande qu'Enabel peut également refuser en motivant formellement sa décision dont elle avise le ministre.

Quant à l'article 32 de l'avant-projet qui a trait au contrat de gestion, il requiert, en son paragraphe 1^{er}, d'y préciser les règles et conditions selon lesquelles Enabel exerce les missions visées aux articles 5 et 6 de l'avant-projet, mais n'apporte aucune précision, en son paragraphe 2, quant au contenu des missions de service public proprement dites qui doivent être prises en charge par Enabel, le dispositif se limitant à préciser, à l'article 32, § 2, 1^o, que le contrat de gestion définira « la procédure suivie par le Ministre » dans l'attribution des missions et « les délais pour une décision de refus de la part d'Enabel ».

⁴ Voir C.C., 31 janvier 1989, n° 1/89, 12.B.

⁵ En ce qui concerne les communautés et les régions, ce principe trouve une expression dans l'article 9 de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles'.

4. Or, lorsque le législateur crée une administration spécialisée sous la forme d'une personne morale de droit public pour lui attribuer en propre la gestion de missions relevant de l'intérêt général dans le cadre de la fonction exécutive au sein de l'État, il lui revient de cerner avec précision l'objet social de l'organisme créé puisque une personne morale de droit public, comme toute personne morale, est soumise à un principe de spécialité quant à son action, c'est-à-dire qu'elle ne peut agir que dans les limites des missions qui lui ont été confiées, et ce dans le cadre de son objet social, auquel ses missions se rattachent ⁶.

De ce point de vue, les articles 5 et 6 de l'avant-projet ne permettent pas d'appréhender de manière suffisamment précise les missions de service public ni les tâches qui sont concrètement attribuées à Enabel ⁷.

Bien plus, si les missions de service public telles que décrites à ces articles apparaissent procéder, en l'espèce, de l'essence même de l'objet social d'Enabel, force est de constater qu'en vertu de l'article 5, § 4, de l'avant-projet, c'est à Enabel elle-même qu'appartiendra, dans les faits, le pouvoir de décider de manière discrétionnaire laquelle ou lesquelles de ces missions elle entend effectuer, y compris s'agissant des missions réglées par l'article 5, § 1^{er}, pour lesquelles Enabel disposent d'une « compétence exclusive ». Ce faisant et dans cette mesure, le dispositif à l'examen place le ministre dans une situation de dépendance par rapport à la personne morale de droit public créée pour l'exécution des missions de service public dans le domaine de la coopération au développement.

Un tel système se situe en porte-à-faux par rapport aux prérogatives qui appartiennent au pouvoir exécutif dans la mise en œuvre des politiques dont la responsabilité de la conception lui est confiée ⁸, ainsi que par rapport à la responsabilité que l'autorité ministérielle est appelée à assumer devant le Parlement.

La définition plus précise des missions confiées à Enabel ne peut se faire au travers de la conclusion du contrat de gestion réglé par l'article 32 de l'avant-projet. En effet, de

⁶ Voir, *mutatis mutandis*, D. DEOM qui écrit : « Si les initiatives politiques doivent être examinées sous le signe du principe de légalité, celles des entreprises publiques doivent l'être à la lumière du principe de spécialité. Cette différence est significative du contexte juridique où se meuvent les unes et les autres. Les collectivités politiques poursuivent des finalités générales dont la nature même exclut une délimitation *a priori* par des textes juridiques. Le droit s'attachera à régler les moyens d'action des collectivités politiques, à définir leurs prérogatives, à circonscrire les instruments juridiques dont elles peuvent user; mais il ne peut appréhender leur raison d'être en soi. La faculté d'agir dans l'intérêt général recèle une dimension fondamentalement indéterminable, qui caractérise la chose politique elle-même. Au contraire, l'entreprise publique ne trouve sa raison d'être que dans la réalisation d'un objet spécifique. L'existence d'une finalité déterminée constitue d'ailleurs l'un des éléments caractéristiques de la notion même d'entreprise : celle-ci se définit généralement comme un ensemble de moyens (humains, matériels, financiers et juridiques) ordonnés en vue de la réalisation d'une activité déterminée ». (*in* Le statut juridique des entreprises publiques, Bruxelles, Story-Scientia, 1990, p. 192). Comme le relève I. MATHY (voir l'article cité à la note 2), « le propos vaut évidemment pour tout organisme public personnalisé » (*op. cit.*, p. 77, note 188).

⁷ On verra dans l'observation générale II que cette imprécision rend aussi problématique la qualification ou non d'Enabel en service d'intérêt économique général au sens des règles du droit de l'Union européenne.

⁸ Sous cet angle, la définition des missions de l'organisme telle qu'elle est envisagée aux articles 5 et 6 de l'avant-projet soulève certaines difficultés. Enabel reçoit en effet une « compétence exclusive » fort large qui vaut « dans et en dehors du territoire », et qui doit pouvoir se concilier avec le principe inscrit à l'article 167, § 1^{er}, de la Constitution selon lequel le Roi dirige les relations internationales et conclut les traités, ce qui implique toute liberté pour les négocier sans être tenu à cet égard par quelque compétence exclusive qui aurait été conférée à des organismes déterminés au sein du pouvoir exécutif

manière générale, un contrat de gestion ne peut avoir pour objet de se substituer à la loi dans la définition des éléments essentiels liés à la création, à l'organisation, au fonctionnement, au contrôle et au financement d'un organisme d'intérêt public mais a uniquement pour fin de préciser concrètement la manière dont les options de principe arrêtées par la loi verront le jour d'un point de vue opérationnel dans le cadre des relations à établir entre l'organisme concerné et son autorité de tutelle⁹.

En conclusion, les articles 5, 6 et 32 de l'avant-projet doivent être revus en manière telle que, d'une part, les missions de service public attribuées à Enabel soient clairement et précisément déterminées dans la loi sans les faire dépendre d'éléments de négociation extrinsèques et notamment de la négociation du contrat de gestion, et, d'autre part, que le Roi soit investi à l'égard de l'organisme d'intérêt public des prérogatives¹⁰ et instruments de contrôle qui permettent *in fine* au Ministre d'assumer la responsabilité de la mise en œuvre de la politique gouvernementale dans le domaine ici concerné de la coopération au développement, devant le Parlement.

II. LA NATURE COMMERCIALE CONFÉRÉE PAR LA LOI AUX ACTES POSÉS PAR L'AGENCE BELGE DE DÉVELOPPEMENT ET SON INCIDENCE SUR L'APPLICATION DU DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE RELATIF AUX SERVICES D'INTÉRÊT ÉCONOMIQUE GÉNÉRAL

Selon l'article 18, § 1^{er}, de l'avant-projet, Enabel est, d'une part, soumise aux dispositions légales et réglementaires de nature commerciale qui sont applicables aux sociétés

⁹ Dans l'avis 58.106/2 donné le 30 septembre 2015 sur un avant-projet devenu le décret de la Commission communautaire française du 28 avril 2016 'modifiant le décret de la Commission communautaire française du 17 mars 1994 portant création de l'Institut bruxellois francophone pour la Formation professionnelle', la section de législation a envisagé les rapports entre la loi et le contrat de gestion dans des termes qui *mutatis mutandis* trouvent aussi à s'appliquer en l'espèce : « L'article 3/2 en projet du décret du 17 mars 1994 (article 10 de l'avant-projet) charge le Collège de conclure avec le Comité de gestion de Bruxelles Formation un contrat de gestion contenant notamment les 'engagements du Collège en matière de subventions et d'autres engagements non financiers, les engagements de Bruxelles-Formation en terme de services à rendre aux usagers, de gestion de ses ressources, d'objectifs quantitatifs et qualitatifs, de moyens à mettre en œuvre pour les atteindre et d'échéances, les modalités de suivi et de révision' ; cette disposition place dans l'orbite du contrat de gestion nombre de thèmes qui font partie de ceux que l'article 9 de la loi spéciale charge le législateur de régler dans leurs éléments essentiels, à savoir les questions liées à la compétence, au fonctionnement, au financement et au contrôle de Bruxelles Formation. S'il est admissible, en droit, que des questions de cette nature soient traitées dans le cadre du contrat de gestion, celui-ci ne peut être envisagé sur ces points que comme la déclinaison par le pouvoir exécutif sous une forme concrète et négociée, des options retenues par le législateur sur les points qu'il lui revient de régler ; or, en l'espèce, le décret du 17 mars 1994 tel que modifié ne se prononce pas ou peu sur les questions précitées, lesquelles paraissent donc être abandonnées à la discrétion des autorités qui seront appelées à négocier le contrat de gestion. Une telle manière de procéder n'est pas conforme à l'ordre des priorités que pose la loi spéciale selon laquelle, lorsque la gestion d'un pan de l'activité des pouvoirs publics n'est plus centralisée au sein des services de l'exécutif agissant sous l'autorité directe de celui-ci, mais est confiée à un organisme d'intérêt public, il appartient alors au législateur de tracer les éléments essentiels du fonctionnement, du financement et du contrôle d'un organisme d'intérêt public qu'il crée et qu'il dote de la personnalité juridique ».

¹⁰ Afin d'assurer le respect du règlement (UE) n° 549/2013 du parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 'relatif au système européen des comptes nationaux et régionaux dans l'Union européenne', dénommé « SEC 2010 », il convient non seulement de doter la puissance publique des prérogatives nécessaires ou utiles pour en assurer le respect mais aussi de conformer l'organisme nouvellement créé aux mêmes exigences, à défaut de pouvoir considérer qu'il échappe à l'emprise de ce règlement, ce que la section de législation du Conseil d'État n'aperçoit pas comment cela se pourrait.

anonymes pour autant qu'il n'y soit pas expressément dérogé par ou en vertu de la loi à l'examen ou d'une autre loi et, d'autre part, ses actes « sont réputés commerciaux ».

À l'occasion de l'avis qu'elle a donné sur l'avant-projet de loi devenu la loi du 21 décembre 1998 que l'avant-projet à l'examen modifie ¹¹, la section de législation avait émis l'observation de principe qui suit :

« 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 CTB se voit attribuer exclusivement l'ensemble des missions du service public de la coopération au développement ».

Bien qu'elle n'ait pas été entendue, cette observation de principe mérite d'être réitérée et remise en perspective au regard de l'évolution plus récente du droit de l'Union européenne.

En effet, comme le relève l'avis précité, l'emprunt d'une forme juridique au travers de laquelle les dispositions légales et réglementaires de nature commerciale sont par principe rendues applicables et les actes posés par l'institution sont réputés commerciaux se rencontre le plus souvent pour des parastataux économiques amenés à poser des actes dans un environnement concurrentiel caractérisé par l'existence d'un marché.

Il s'agit alors généralement d'organismes qui, au regard du droit de l'Union européenne, ont la qualité de service d'intérêt économique général (SIEG) avec cette conséquence que le mandat qui leur est donné pour remplir des missions de service public et le financement qui leur est octroyé sont soumis à un ensemble de règles contraignantes. Ces règles contraignantes ont principalement leur siège dans la communication du 20 décembre 2011 de la Commission 'relative à l'application des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État aux compensations octroyées pour la prestation de services d'intérêt économique général', le règlement (UE) n° 360/2012 de la Commission du 25 avril 2012 'relatif à l'application des articles 107 et 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides *de minimis* accordées à des entreprises fournissant des services d'intérêt économique général', la décision 2012/21/UE de la Commission du 20 décembre 2011 'relative à l'application de l'article 106, paragraphe 2, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides d'État sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de service d'intérêt économique général' et la communication de la Commission du

¹¹ Avis 26.773/2-26.774/2 donné le 24 septembre 1997 respectivement sur un avant-projet et un projet devenus la loi du 21 décembre 1998 'portant création de l'organisme « Coopération Technique Belge »' (*Doc. parl.*, Chambre, 1997-1998, n° 1371/001 et n° 1372/001).

11 janvier 2012 ‘concernant l’encadrement de l’Union européenne applicable aux aides d’État sous forme de compensations de service public’.

Les exigences nombreuses et complexes qui se déduisent de ces instruments que, au nom du respect des règles relatives au marché intérieur et à la concurrence, le droit européen impose aux États membres lorsque ces derniers utilisent leur « large pouvoir discrétionnaire » pour encadrer, organiser, soutenir et financer des SIEG n’ont pas cours lorsque l’entité en voie de création n’est pas un SIEG mais est un service non économique d’intérêt général (SIG) au sens de l’article 2 du Protocole n° 26 sur les services d’intérêt général annexé au Traité sur le fonctionnement de l’Union européenne puisqu’en ce cas « les dispositions des traités ne portent en aucune manière atteinte à la compétence des États membres » pour fournir, faire exécuter et organiser de tels services, la compétence discrétionnaire des États membres étant seulement limitée par le respect des principes fondamentaux du droit de l’Union, en particulier le principe de non-discrimination ¹².

Il est donc essentiel de déterminer si l’ensemble des activités qui seront prises en charge par Enabel ont exclusivement un caractère non économique d’intérêt général ou si certaines d’entre-elles ne sont pas éventuellement à ranger dans la catégorie des activités d’intérêt économique général auquel cas les règles de l’Union européenne précitées trouveraient à s’appliquer à ces missions peu importe à cet égard que la majorité des missions assumées par la personne morale de droit public concernée serait par hypothèse de nature non économique.

Or, si la majorité des tâches prises en charge par Enabel ne présente pas de caractère économique, comme l’expliquait déjà l’avis précité qui s’étonnait en conséquence de la forme entrepreneuriale choisie pour l’exercice de missions par nature non marchandes liées à l’intérêt général, le choix de cette forme juridique entrepreneuriale et le caractère commercial donné aux actes que l’organisme posera, couplé au constat qu’Enabel est notamment habilitée à prendre des participations directes ou indirectes dans des sociétés privées – certes situées dans des pays partenaires dont on peut supposer qu’ils ne font pas partie des pays parties au marché intérieur ¹³ – et à octroyer des prêts et subsides ainsi qu’à effectuer des missions pour tiers, ne sont pas de nature à écarter toute possibilité qu’Enabel intervienne bien sous certains aspects comme acteur dans le cadre d’activités présentant une nature économique au sein du marché intérieur ¹⁴.

¹² Sur les notions de service d’intérêt général, de service d’intérêt non économique général et de service d’intérêt économique général et les critères pertinents de qualification pour les distinguer, voir l’avis n° 58.287/4 donné le 4 novembre 2015 par la section de législation sur un avant-projet devenu le décret du 11 mars 2016 ‘modifiant le livre II du Code de l’environnement contenant le Code de l’Eau en vue de déclarer les secteurs publics issus du domaine de l’eau comme étant des services d’intérêt général’ (*Doc. parl.*, Parl. wall., 2015-2016, n° 369/1, pp. 8-12).

¹³ L’avant-projet prend également soin d’énoncer qu’Enabel ne peut prendre des participations qui relèvent des missions légales et statutaires de BIO lequel se présente comme le réel parastatal économique lié à la politique de développement de l’État fédéral.

¹⁴ D’après l’article 9, § 1^{er}, de l’avant-projet, les missions pour tiers doivent être compatibles avec les objectifs de la coopération belge au développement tels que définis dans le chapitre 2 de la loi du 19 mars 2013 ‘relative à la Coopération belge au Développement’. Or, certains de ces objectifs impliquent des actions à accomplir au profit d’acteurs de la coopération situés en Belgique et on note également que la « stratégie » visée à l’article 2, § 2, 1^o, de l’avant-projet peut englober des objectifs et priorités produisant des effets dans des pays partenaires, des pays en développement ou « en Belgique ». En outre, l’article 7, § 3, de l’avant-projet prévoit la possibilité qu’Enabel puisse mettre des agents à disposition notamment d’organisations accréditées dans les catégories des organisations au sens

En raison de la grande généralité des termes utilisés pour qualifier l'objet social d'Enabel et des incertitudes qui entourent sa détermination concrète, la section de législation ne saurait toutefois en aucune manière prétendre établir si Enabel revêt ou non la qualité de SIEG pour l'exercice de certaines de ses missions.

Si tel était le cas, l'octroi de ces missions à Enabel et les modalités de leur financement devraient être réalisés dans le respect des instruments juridiques de l'Union européenne cités plus haut, lesquels portent notamment sur les conditions à remplir pour charger correctement un prestataire d'effectuer des obligations de service public, sur les paramètres à prendre en compte pour calculer la compensation, sur la nécessité d'éviter toute surcompensation et sur les règles à respecter pour sélectionner le ou les prestataires du service.

Il appartient à l'auteur de l'avant-projet de procéder aux vérifications requises quant à la consistance réelle et concrète des missions qui sont attribuées à Enabel et d'en tirer les conséquences en adaptant le texte de l'avant-projet ou son commentaire pour clarifier cette importante question.

III. LE FINANCEMENT DE L'AGENCE BELGE DE DÉVELOPPEMENT

Abstraction faite de la nécessité éventuelle de respecter les exigences du droit de l'Union européenne quant au financement des missions de service public attribuées à Enabel, il y a lieu de relever que les modalités selon lesquelles Enabel sera financée n'apparaissent pas clairement.

En principe, s'agissant d'une personne morale de droit public, Enabel devrait au départ du budget général des dépenses recevoir une dotation dont le montant sera établi chaque année par le législateur budgétaire et dont l'affectation sera laissée à la libre appréciation des organes appelés à adopter le budget d'Enabel, lequel devra normalement être joint au budget général des dépenses de l'État qui sera déposé sur le bureau de la chambre des représentants, conformément à l'article 87 de la loi du 22 mai 2003 'portant organisation du budget et de la comptabilité de l'État fédéral'.

Ces principes d'un classicisme assez répandu ne ressortent toutefois pas du texte en projet et ils font au contraire l'objet d'une déclinaison curieuse et peu claire dans l'avant-projet dans la mesure où diverses dispositions paraissent créer un lien entre le financement émanant de l'État et son affectation à la couverture exclusive de certains types de dépenses de l'organisme, ce qui dément la notion d'une dotation libre d'affectation particulière et destinée à couvrir l'ensemble des besoins de l'organisme.

de l'article 26 de la loi du 19 mars 2013, c'est-à-dire disposant notamment en Belgique d'une « assise sociétale démontrable ».

Ainsi, on rencontre dans l'avant-projet les dispositions suivantes qui touchent aux relations financières entre l'État et Enabel et à la manière dont Enabel est libre ou non d'utiliser les moyens financiers mis à sa disposition par l'État :

– l'article 14, § 3, énonce qu'en cas de non-remboursement total ou partiel d'un prêt accordé par Enabel ou en cas de pertes dues au risque de change, « les montants correspondants sont enregistrés comme perte et ne sont pas compensés par des moyens prévus pour les missions de service public, telles que visées aux articles 5 et 6 » ;

– l'article 15, § 1^{er}, 1^o, énonce que parmi les ressources d'Enabel figurent « les moyens résultant de l'intervention de l'État fédéral pour l'exécution des missions visés à l'article 5 et 6 » ;

– l'article 15, § 2, énonce que les dépenses de Enabel dans les pays non partenaires « financées par le budget général des dépenses de l'État fédéral » peuvent par exercice budgétaire s'élever au maximum à « un tiers des recettes totales de Enabel issues du budget général des dépenses de l'État fédéral » ;

– l'article 32, § 2, 12^o, énonce que le contrat de gestion règle « les modalités de financement de Enabel » qui portent « entre autres » sur « la structure et les modalités de transfert et d'approbation du budget », « l'établissement et les modalités de l'intervention dans les coûts opérationnels qui découlent des missions visées aux articles 5 et 6 », et « l'établissement, le calcul et les modalités d'intervention dans le financement des coûts de gestion pour Enabel qui découlent des missions visées à l'article 5 et 6 » ;

– l'article 32, § 2, 13^o, énonce que le contrat de gestion règle « la manière dont les intérêts financiers de l'État fédéral sont garantis » ;

– l'article 32, § 2, 18^o, énonce que le contrat de gestion règle « l'impact budgétaire des portefeuilles » ;

– l'article 38, alinéa 2, envisage que les éléments du plan d'entreprise d'Enabel soient « financés entièrement ou partiellement, directement ou indirectement par l'État fédéral » ou que les mêmes éléments puissent « avoir un impact sur le financement par l'État fédéral ».

Ces dispositions éparses et non systématiques ne donnent pas une vue d'ensemble du financement d'Enabel, elles doivent donc être clarifiées et éventuellement revues.

Elles ne permettent en tout état de cause pas de percevoir si, dans l'intention qui anime l'auteur de l'avant-projet, la dotation que recevra l'organisme est exclusive du financement direct par le budget général des dépenses de certains programmes gérés par Enabel (voir l'article 15, § 2, qui est peu clair).

Elles ne permettent pas non plus de déterminer le degré de liberté dont dispose ou non l'organisme pour affecter sa dotation au travers de son budget. Si des contraintes sont envisagées, par exemple liée à l'obligation d'affecter certains pourcentages de la dotation à certaines dépenses, celles-ci doivent être établies par ou en vertu du texte en projet et ne peuvent être laissées à l'entière appréciation du contrat de gestion.

L'avant-projet ou son commentaire seront complétés et clarifiés pour mieux expliquer le régime d'autonomie financière qui sera appliqué à l'organisme et la manière dont l'État fédéral sera appelé à intervenir pour financer celui-ci ¹⁵.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

DISPOSITIF

Article 2

1. Le paragraphe 1^{er} rend applicables les définitions reprises à l'article 2 de la loi du 19 mars 2013 'relative à la Coopération belge au Développement'.

Au sujet de celles-ci, la section de législation avait observé qu'elles étaient rédigées en des termes qui manquent généralement du minimum de la clarté, de la précision et de la rigueur que requiert une loi ou parfois encore étaient libellées, non sous la forme de véritables règles de droit, mais plutôt comme de simples déclarations d'intention dont on ne décèle pas quelle est ou pourrait être la portée juridique exacte.

Ces faiblesses rejaillissent sur la compréhension de l'avant-projet lorsque celui-ci renvoie à la loi du 19 mars 2013.

2. Au paragraphe 2, 1^o et 9^o, et à l'article 3, alinéa 2, il est question de la « *Belgian Development Agency* ». Il est bien entendu que comme cela est expliqué dans la demande d'avis, ces mots seront remplacés là où ils apparaissent par les mots « Agence belge de développement ».

3. Au 8^o, la définition du mot « ministre » et les compétences qui lui sont confiées dans la suite de l'avant-projet ont pour effet que le législateur s'immisce dans l'organisation et le fonctionnement interne de l'exécutif en attribuant directement au ministre des pouvoirs qui normalement reviennent au Roi.

Ces dispositions doivent être revues pour attribuer les pouvoirs concernés au Roi et le 8^o sera omis.

4. Le 10^o, n'est pas nécessaire étant donné que le contexte de l'avant-projet est déjà largement décrit par l'exposé des motifs où ces textes trouvent par ailleurs mieux leur place.

Article 7

1. Au paragraphe 2, s'agissant d'« emplois civils » au sens de l'article 10, alinéa 2, de la Constitution, il va de soi que les procédures sur la base desquelles des « assistants junior »

¹⁵ L'avis du 15 septembre 2016 donné par l'Inspecteur des Finances mériterait à cet égard d'être joint au dossier qui sera déposé sur le bureau de la Chambre des représentants compte tenu de l'ensemble des précisions qu'il donne sur le contexte financier et de technique budgétaire lié à l'avant-projet.

seront engagés devront permettre l'égal accès des Belges à ces emplois, ce qui impliquera nécessairement d'en assurer la publicité par la voie d'un appel à candidatures au *Moniteur belge*.

2. Dans la version française du paragraphe 2, « ces assistants juniors sont occupés dans les pays partenaires ».

Selon la version française du paragraphe 3, alinéa 2, « ces assistants juniors sont employés dans les pays partenaires ».

La section de législation s'interroge sur la portée de la répétition de la même idée rédigée différemment.

3. Au paragraphe 4, le commentaire de l'article précisera ce à quoi le Roi est habilité. La signification des mots « les conditions et modalités pour souscrire un contrat de travail » n'apparaît en effet pas d'emblée.

Article 9

1. Au paragraphe 1, alinéa 3, il est question de « jours ouvrables ». Cette dernière notion ne recevant aucune qualification juridique précise et la loi ayant vocation à s'appliquer dans des contextes dans lesquels la notion usuelle de jour ouvrable peut varier, il conviendrait soit de la définir, soit, de préférence, de prévoir un délai calculé en « jours »¹⁶. L'explication sous le commentaire de l'article ne suffit pas.

La même observation vaut pour la suite de l'avant-projet

2. Au paragraphe 4, la loi ne peut restreindre le pouvoir du Roi de clôturer une mission « pour des motifs politiques qui tiennent à la situation dans le pays » à la condition qu'il soit en mesure de concomitamment prévoir « une solution pour d'éventuels dommages ».

La dernière phrase du paragraphe 4 doit être omise.

Article 10

1. Le paragraphe 2 est dépourvu de portée juridique compte tenu de ce que prévoit la suite de l'article.

Il sera par conséquent omis.

2. Au paragraphe 5, alors que la version française fait uniquement mention de l'hypothèse où « un bailleur international important » prévoit une accréditation spécifique, la version néerlandaise mentionne un bailleur international « ou bilatéral » important.

¹⁶ Voir l'avis 60.804/2 donné le 1^{er} février 2017 sur le projet devenu l'arrêté royal du 15 mars 2017 'relatif aux modalités d'inscription du syndicat à la Banque-Carrefour des Entreprises' (<http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/60804.pdf>).

Il convient de veiller à la concordance entre le texte français et le texte néerlandais.

3. Le paragraphe 6 n'est pas clair et le commentaire ne fournit aucune explication à son sujet. L'hypothèse et les conditions dans lesquelles un commissaire du gouvernement pourrait proposer au Ministre, dans un délai de quatorze jours qui – dans ce contexte paraît fort court – de soumettre Enabel à une vérification des critères de la capacité de gestion auxquels Enabel doit satisfaire, ne sont pas suffisamment déterminées, de même que l'articulation entre les paragraphes 2 et 6 de cet article. Ce mécanisme semble par ailleurs étranger au contrôle organisé à l'article 39 de l'avant-projet de loi.

Article 12

1. Au 1^o, la section de législation se demande pourquoi la disposition en projet ne mentionne pas les fondations, telles qu'elles sont régies par la loi du 27 juin 1921 'sur les associations sans but lucratif, les fondations, les partis politiques européens et les fondations politiques européennes' ¹⁷.

2. Dans le texte français, les mots « entièrement ou en partie » sont redondants et doivent être omis.

Article 13

Il n'est pas admissible que les éléments mentionnés au paragraphe 2 soient déterminés par voie de convention.

Ces éléments doivent figurer soit dans la décision unilatérale de l'autorité soit dans l'arrêté royal adopté en exécution du paragraphe 1^{er}.

La disposition sera revue à la lumière de cette observation.

Article 18

1. Selon le paragraphe 1^{er},

« Enabel est soumise aux dispositions légales et réglementaires de nature commerciale qui sont applicables aux sociétés anonymes pour autant qu'il n'y soit pas expressément dérogé par ou en vertu de la présente loi ou d'une loi particulière quelconque ».

¹⁷ Voir dans le même sens l'avis 42.112/4, donné le 12 février 2007 sur l'avant-projet devenu le décret du 6 décembre 2007 'relatif aux services d'aide aux familles et aux personnes âgées'. Voir récemment l'avis 55.013/4 donné le 5 février 2014 sur un avant-projet de décret devenu le décret du 27 mars 2014 'insérant, dans la partie décrétable du Code wallon de l'Action sociale et de la Santé, des dispositions relatives aux centres de Télé-Accueil' (*Doc. parl.*, Parl. wall., 2013-2014, 993/1, pp. 12-14), l'observation sous l'article 13 (article 624/7 en projet).

Cette dernière exemption qui renvoie à « une loi particulière quelconque » est inadmissible car elle est source d'insécurité juridique tant dans le chef d'Enabel que dans celui de ses cocontractants. L'avant-projet de loi doit régler lui-même cette question avec la précision requise puisqu'il s'agit de dérogations, lesquelles sont de stricte interprétation.

2. Eu égard au régime général de l'article 1412*bis* du Code judiciaire, l'auteur de l'avant-projet doit pouvoir démontrer les raisons spécifiques, pertinentes et proportionnées qui justifient de s'en écarter dans le cadre de l'avant-projet.

3. Au paragraphe 5, 2° et 3°, la loi fédérale n'est compétente que dans la mesure où la disposition en projet ne porte pas sur des droits d'enregistrement ou de succession qui sont de compétence régionale au sens de l'article 3, alinéa 1^{er}, 4° et 6° à 8°, de la loi spéciale du 16 janvier 1989 'relative au financement des Communautés et des Régions' ¹⁸.

Article 21

1. Au paragraphe 1^{er}, il est inutile de préciser que le président est membre de plein droit du conseil d'administration, cette règle résultant de l'article 22, alinéa 1^{er}, de l'avant-projet.

2. La section de législation se demande ce que signifie la notion d'accumulation d'« une expertise utile et démontrable en matière de développement international et de coopération au développement et, si possible, de gestion d'entreprises ».

3. Le paragraphe 3 peut être omis dans la mesure où l'état de droit repose sur le principe selon lequel les destinataires des lois les respectent.

4. Au paragraphe 8, 8°, les mots « titulaire d'un mandat à plein temps ou d'une fonction à plein temps de plein exercice dans une intercommunale » devraient être mieux précisés.

En outre, l'interdiction vise-t-elle la seule intercommunale ou également les mandats au sein de structures qui en dériveraient directement ou indirectement ?

5. Au paragraphe 9, le législateur ne peut se saisir d'un fonctionnaire qui dépend du Roi et qui exerce une haute fonction au sein des services de l'État pour le placer à la disposition d'une institution comme membre de son conseil d'administration. Il est ce faisant porté atteinte à l'indépendance du pouvoir exécutif et il est perdu de vue que ce fonctionnaire est soumis à un statut élaboré par le Roi qui prévoit généralement des interdictions de cumul. À cet égard, la section de législation n'aperçoit pas comment cette personne pourrait encore remplir sa fonction

¹⁸ Dans le même sens, voir déjà *mutatis mutandis* l'avis 38.596/3 donné le 23 juin 2005 sur un avant-projet de loi devenu la loi du 26 janvier 2006 'relative à la détention des stocks obligatoires de pétrole et des produits pétroliers et à la création d'une agence pour la gestion de ces stocks et modifiant la loi du 10 juin 1997 relative au régime général, à la détention, à la circulation et au contrôle des produits soumis à accises', observation sous l'article 40 (*Doc. parl.*, Chambre, 2004-2005, n° 1968/001, pp. 45-50).

principale de manière indépendante dans les rapports entre le SPF qu'il représente et l'institution concernée si la loi prévoit qu'il percevra en plus de son traitement de fonctionnaire une « rémunération identique à celle des membres du conseil d'administration » laquelle est fixée par « l'assemblée générale ».

La disposition sera revue.

Article 22

La section de législation se demande pourquoi l'alinéa 3 ne s'applique pas également au vice-président.

Articles 23, § 2, 28, § 2 et 30, alinéa 2

La section de législation se demande si finalement ces trois dispositions ne disent pas toutes la même chose.

L'avant-projet de loi sera revu pour plus de clarté.

Article 25

Au paragraphe 4, il convient de prévoir que l'appui donné par le service fédéral d'audit interne ne sera possible que selon les modalités déterminées par le Roi puisqu'il s'agit d'un service qui relève directement de Lui.

Article 26

Au paragraphe 1^{er}, alinéa 5, il n'est pas nécessaire de prévoir que le directeur général est « excusé » pour les points d'agenda relatifs à sa fonction, son évaluation ou sa nomination puisque c'est sa présence qui serait naturellement incongrue en de telles occurrences.

Article 27

1. S'agissant d'un emploi civil au sens de la Constitution, le principe d'égal accès aux emplois publics trouve à s'appliquer à la nomination du directeur général par le conseil d'administration. Il appartiendra donc au conseil d'administration d'y veiller en prévoyant un appel public à candidature.

2. La section de législation se demande pourquoi l'avant-projet de loi ne fixe aucune condition de nomination pour le directeur général d'Enabel alors qu'il en existe pour les membres du conseil d'administration ¹⁹.

3. Au paragraphe 1^{er}, alinéa 2, il convient de faire mention de l'article 21, § 8.

La même observation vaut pour l'article 29, § 1^{er}, alinéa 4.

Article 29

1. En ce qui concerne le comité de direction, l'avant-projet ne prévoit plus les équilibres linguistiques et de genre qui sont prévus pour les autres sous-comités que l'avant-projet institue.

L'auteur de l'avant-projet vérifiera que cela ne résulte pas d'un oubli de sa part.

2. Au paragraphe 2, la section de législation se pose la question de savoir si le directeur général cumule la rémunération qu'il promérite en sa qualité de directeur général (article 27, § 2, de l'avant-projet) avec celle prévue pour les membres du comité de direction dont il fait partie de plein droit et qu'il préside.

Si tel est le cas, il convient de s'interroger, dans un souci de bonne gestion des deniers publics, sur la question de savoir s'il est parfaitement sain que ce soit ce même directeur général qui propose au conseil d'administration dont sera issu ce comité de direction les rémunérations et droits à attribuer aux membres de ce dernier.

3. Il résulte du paragraphe 3 que la fonction de membre du comité de direction est une « fonction à plein temps ». Il s'agit donc ici aussi d'un emploi civil pour lequel le principe d'égal accès aux emplois publics s'applique.

Article 32

Dans le texte français du paragraphe 2, 14°, il convient de faire mention du numéro de l'article.

Article 39

1. Il convient de reformuler le paragraphe 1^{er}, alinéa 5, dès lors que la portée du dispositif est en ce sens que l'hypothèse des « cas exceptionnels motivés » vise à permettre de déroger au délai minimal dans lequel les ordres du jour des réunions sont communiqués aux commissaires de gouvernement, et non à écarter le principe de la transmission de ces documents aux commissaires, comme semble l'impliquer le texte en projet dans sa rédaction actuelle.

¹⁹ Comparer avec l'article 21, § 2, alinéa 1^{er}, de l'avant-projet de loi.

2.1. Au paragraphe 3, il convient de préciser, à l'alinéa 1^{er}, que chaque commissaire du gouvernement peut introduire un recours « suspensif » contre les décisions mentionnées.

Il y a également lieu d'indiquer auprès de quelle autorité précisément le recours est introduit – il se déduit seulement de l'alinéa 5 en projet qu'il s'agit d'un « membre du gouvernement ».

2.2. À l'alinéa 3 du même paragraphe, les mots « Pour la suspension » seront remplacés par les mots « Pour l'introduction du recours mentionné à l'alinéa 1^{er} ».

2.3. Dès lors que le recours suspensif est introduit auprès d'un membre du gouvernement, la section de législation n'aperçoit pas l'utilité d'informer ce membre de l'existence d'une suspension, comme l'impose l'alinéa 4.

La disposition sera revue en conséquence.

2.4. À l'alinéa 5 du même paragraphe, il est question de « jours calendrier ». Comme la section de législation le rappelle fréquemment, il suffit d'écrire « jours »²⁰.

2.5. À l'alinéa 7 du même paragraphe 3, les délais dans lesquels les commissaires du gouvernement peuvent suspendre les décisions prises par Enabel et les délais dans lesquels le ministre peut par la suite les annuler sont démesurément courts de telle sorte qu'ils sont de nature à ruiner le contrôle effectif sur l'organisme que la disposition en projet se donne pour objet d'organiser.

En organisant un contrôle qui doit être effectué dans des délais aussi courts, le législateur rend difficile le contrôle effectif des décisions prises, ce qui est susceptible de poser des problèmes au regard du principe de la responsabilité ministérielle puisque le ministre se voit assigner une tâche difficilement réalisable.

La disposition sera revue à la lumière de la présente observation.

2.6. À l'alinéa 7, dernière phrase, il convient de faire mention de « l'alinéa 5 » et non du « sixième alinéa ».

Article 40

1. Le paragraphe 3, alinéa 3, sera omis. Il est en effet de la liberté de chacun de renoncer à l'exercice d'un mandat et ce, quelles que soient les raisons.

²⁰ *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.conseildetat.be, onglet « Technique législative », recommandation n° 95, a).

Voir, pour un cas récent, l'avis 56.873/3 donné le 7 janvier 2015 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement wallon du 29 janvier 2015 'relatif aux modalités d'attribution aux communes du produit de la taxe additionnelle à la taxe sur les mâts, pylônes ou antennes' (<http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/56873.pdf>).

Article 43

Il va de soi que le régime « de recrutement, le régime pécuniaire, le régime de carrière et le régime de congés » s'établira dans le respect des règles impératives et d'ordre public qui régissent la relation de travail entre un travailleur et son employeur dans le cadre d'un contrat de travail.

Article 49

Cet article doit être omis car il est dépourvu de sens d'abroger des dispositions modificatives. Celles-ci ont en effet instantanément épuisé leurs effets par leur incorporation dans le texte qu'elles modifiaient.

Article 53

Cet article énonce un principe général qui vaut d'office lorsque la loi nouvelle ne rend pas impossible l'application des arrêtés d'exécution de la loi ancienne.

Par conséquent, l'article est inutile et doit être omis.

*

Aangezien de adviesaanvraag ingediend is op basis van artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, beperkt de afdeling Wetgeving overeenkomstig artikel 84, § 3, van de voornoemde gecoördineerde wetten haar onderzoek tot de rechtsgrond van het voorontwerp,^(*) de bevoegdheid van de steller van de handeling en de te vervullen voorafgaande vormvereisten.

Wat die drie punten betreft, geeft het voorontwerp aanleiding tot de volgende opmerkingen.

VOORAFGAANDE VORMVEREISTEN

In zijn brief aan de vice-eerste minister en minister van Ontwikkelingssamenwerking heeft de minister van Ambtenarenzaken zijn administratieve akkoordbevinding van het voorontwerp afhankelijk gesteld van de voorwaarde dat daarin verscheidene wijzingen en preciseringen aangebracht zouden worden.

Aan de volgende passage, die nochtans bepalend is voor die akkoordbevinding, is evenwel geen enkel gevolg gegeven:

“Dans le cadre du contrôle administratif, qui porte uniquement sur les chapitres 6 et 10, ainsi que sur la section 3 du chapitre 11, j’ai l’honneur de vous communiquer mon accord sur les dispositions contenues dans ces chapitres, pour autant qu’il soit tenu compte des remarques formulées ci-dessous.

– Le directeur général (articles 27 et 28 du chapitre 6)

L’avant-projet de loi prévoit que le conseil d’administration nomme, dans le cadre d’un mandat, le directeur général pour 6 ans. Un renouvellement du mandat est possible. Il est également prévu les mêmes incompatibilités que pour les membres du conseil d’administration.

L’avant-projet de loi mériterait toutefois d’être complété en précisant notamment les conditions d’admissibilité, les connaissances et l’expertise minimales qui sont requises pour exercer l’emploi de directeur général. De même, il conviendrait de préciser sous quelles conditions le mandat peut être renouvelé.

En outre, il doit revenir au Roi, et non au Conseil d’administration, de nommer le directeur général, comme c’est d’ailleurs le cas actuellement pour la désignation du délégué à la gestion journalière.

– Le personnel (articles 43 à 45 du chapitre 10)

a) Fixation du statut du personnel

La législation actuelle prévoit que le statut du personnel est fixé par le Roi. L’article 43, § 1 de l’avant-projet de loi prévoit maintenant que la compétence de la fixation du statut du personnel est transférée au conseil d’administration.

Pour ma part, je ne peux pas accepter que le pouvoir de fixer le statut du personnel de la BDA dépende exclusivement du conseil d’administration. En effet, cela risquerait de créer des inégalités de traitement manifestes entre cette nouvelle catégorie de personnel et les catégories de personnel déjà existantes au sein de la BDA (membres du personnel recrutés ou engagés avant l’entrée en vigueur de la présente loi, membres du personnel

transférés de l'administration et membres du personnel exerçant une mission d'intérêt général à la BDA).

C'est la raison pour laquelle je suis d'avis qu'il convient de laisser déterminer, sur proposition du conseil d'administration, le statut de ce personnel par le Roi.

En outre, le projet prévoit que les salaires, traitements, indemnités et avantages du personnel de la BDA ne peuvent dépasser les salaires, traitements, indemnités et avantages maximaux d'agents de l'État à des grades équivalents. Outre le fait que le mot « salaire » est superflu (le terme « traitement » est suffisant), l'avant-projet de loi ne détermine pas les grades qui seraient fixés par le conseil d'administration et qui devraient être réputés comme équivalents à des grades d'agents de l'État. Comment et selon quels critères cette équivalence sera définie si la fixation du statut relève de la seule compétence du conseil d'administration ? ».

In dergelijke omstandigheden kan er niet van uitgegaan worden dat de minister van Ambtenarenzaken het voorontwerp akkoord bevonden zou hebben.

De steller van het voorontwerp dient er dan ook voor te zorgen dat die akkoordbevinding alsnog wordt verkregen of, in het andere geval, de bezwaren van de minister van Ambtenarenzaken waaraan geen gevolg gegeven is voor onderzoek aan de Ministerraad voor te leggen overeenkomstig artikel 8 van het koninklijk besluit van 16 november 1994 'betreffende de administratieve en begrotingscontrole'.

ONDERZOEK VAN HET VOORONTWERP

VOORAFGAANDE OPMERKING

De memorie van toelichting van het voorontwerp bevat de volgende passage:¹

“Dit wetsontwerp beoogt de omvorming van het uitvoeringsagentschap van de Belgische gouvernementele samenwerking BTC naar een coördinerend en uitvoerend agentschap voor het Belgische ontwikkelingsbeleid, Enabel.”

Het voorontwerp van wet dat daaruit voortvloeit, is een hybride tekst. Immers, onder een dubbelzinnig opschrift, waarin noch de inhoud, noch de strekking van het voorontwerp tot uiting komt,

– wordt de wet van 21 december 1998 'tot oprichting van de “Belgische Technische Coöperatie” in de vorm van een vennootschap van publiek recht' grondig gewijzigd zodat van die wet nagenoeg niets meer overblijft;

– wordt een aantal bepalingen ervan overgenomen uit de wet van 19 maart 2013 'betreffende de Belgische Ontwikkelingssamenwerking';

– worden in die wet autonome bepalingen opgenomen, samen met bepalingen tot wijziging of tot opheffing van verscheidene andere wetten.

¹ Memorie van toelichting, 1. Algemene beschouwingen, Doelstellingen, eerste alinea.

Principieel mag dit voorontwerp niet los gezien worden van de overige wetten en koninklijke besluiten die gedurende de jongste jaren achtereenvolgens uitgevaardigd zijn inzake ontwikkelingssamenwerking. Finaal komt het voorontwerp van wet in zijn geheel over als een verzameling van bepalingen betreffende de BTC, bepalingen die uit andere wetten overgenomen of op andere wetten geïnspireerd zijn, bijzondere bepalingen houdende afwijkingen of aanpassingen van de regels die bijvoorbeeld het gemeen recht in budgettaire aangelegenheden vormen, en nog andere bepalingen die, wellicht terecht, geïnspireerd zijn op regels, normen of praktijken die gangbaar zijn in projecten van ontwikkelingssamenwerking, in het buitenland of in internationale organisaties of in comités die binnen dergelijke organisaties functioneren zijn.

Bij wijze van voorbeeld merkt de afdeling Wetgeving het volgende op:

– Wat het toezicht betreft dat door regeringscommissarissen uitgeoefend wordt, is artikel 39 van het voorontwerp geïnspireerd op artikel 23 van de wet van 21 maart 1991 ‘betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven’;

– Wat de controle op de financiële en thesaurietoestand, de jaarrekeningen en de regelmatigheid betreft, die inzonderheid uitgeoefend wordt door een commissaris die door het Rekenhof aangewezen wordt, is artikel 40 van het voorontwerp geïnspireerd op artikel 25 van de wet van 21 maart 1991;

– Wat het statuut van de rekenplichtigen betreft, is artikel 40, § 5, van het voorontwerp geïnspireerd op artikel 25, § 7, van de wet van 21 maart 1991;

– Wat de boekhouding en de jaarrekening betreft, is artikel 42 van het voorontwerp geïnspireerd op artikel 27 van de wet van 21 maart 1991.

Voorts wordt in de memorie van toelichting² beschreven dat tot twee keer toe, namelijk in januari 2015 en in september 2015, door het *Development Assistance Committee* (DAC) van de OESO een *peer review* van de BTC uitgevoerd is en dat tijdens die tweede review aan België de aanmaning gericht is

“om zijn organisatiemodel voor ontwikkelingssamenwerking, en meer bepaald de articulatie tussen DGD en BTC, aan te passen aan de evoluerende prioriteiten en noden van ontwikkelingslanden en de veranderende mondiale context”.

Die coördinatie tussen de DGD en de BTC is net het organiek juridisch kader waarop dit voorontwerp van wet betrekking heeft en dat ter beraadslaging aan het Parlement voorgelegd dient te worden.

Om elke vorm van informatieasymmetrie te voorkomen onder alle betrokken actoren of partijen, de BTC, het bestuur, de steller van de tekst en uiteindelijk het Parlement, dient nauwkeurig bepaald te worden welke regels en modellen geïnspireerd zijn door het DAC en de *peer*-instellingen en dient in de artikelsgewijze bespreking uitgelegd te worden op welke wijze en om welke reden ze ingevoerd worden. Alleen die werkwijze zal het mogelijk maken de draagwijdte van een aantal bepalingen juist te begrijpen.

² Memorie van toelichting, 1. Algemene beschouwingen, Context, zesde alinea e.v.

In dergelijke omstandigheden en gelet op de werklast waaronder de afdeling Wetgeving thans gebukt gaat, is het haar niet mogelijk geweest elke bepaling van het voorontwerp grondig te onderzoeken. Bovendien valt op te merken dat op grond van de artikelsgewijze bespreking de oorsprong van elk van die bepalingen niet opgespoord kan worden. Die informatie lijkt niettemin wel degelijk noodzakelijk, niet alleen om de draagwijdte van de bepaling te kunnen begrijpen, maar ook om te kunnen antwoorden op de vraag of deze nieuwe tekst al dan niet geïnterpreteerd behoort te worden naar het voorbeeld van die waarop de steller ervan zich geïnspireerd heeft. In wetgevingszaken is eenvoudig kopieer-en-plakwerk uit den boze. Opdat de parlementsleden met kennis van zaken over dit voorontwerp kunnen debatteren en stemmen, dient een tabel opgesteld te worden waaruit opgemaakt kan worden, enerzijds, vanwaar elke bepaling van het voorontwerp komt en, anderzijds, welke wijziging of aanpassing de steller van de tekst wenst aan te brengen in een bepaling waarop hij zich geïnspireerd heeft, waarbij nu reeds gewezen wordt op de opmerking die *infra* gemaakt zal worden over de algemene structuur van het voorontwerp en de inhoud ervan.

Ongeacht de mate van autonomie waarover de wetgever Enabel zou willen laten beschikken, ongeacht het bijzonder juridisch stelsel waaronder dat agentschap in de toekomst zou functioneren en ongeacht de diverse aan dat agentschap verleende afwijkingen – voor zover ze terdege verantwoord zijn –, mag de steller van het voorontwerp niet uit het oog verliezen dat Enabel nog steeds een publiekrechtelijke rechtspersoon is die bovendien met een opdracht van openbare dienst belast is. Enabel staat niet alleen nog steeds onder de controle van de uitvoerende macht en dus eveneens – en vooral – onder die van het Parlement, maar voor die instelling gelden eveneens inzonderheid de wetgeving op het gebruik van de talen, inzake overheidsopdrachten, en inzake begrotingsrecht alsook de regelgevingen waarbij die wetgevingen uitgevoerd worden, net zoals dat het geval is met elke openbare dienst in de ruime betekenis van die term.

Hoe dan ook heeft het geen zin om van de ontworpen wet een op zichzelf staande tekst te maken. In plaats daarvan dient gebruikgemaakt te worden van een van beide volgende mogelijkheden:

- hetzij de artikelen 2 tot 45 van het voorontwerp, eventueel in aangepaste vorm, invoegen in de huidige tekst van de wet van 21 december 1998, ter vervanging van de bepalingen die, in die wet van 21 december 1998, opgeheven worden bij artikel 47 van het voorontwerp, in welk geval het opschrift van de wet van 21 december 1998 aldus gewijzigd behoort te worden dat tot uiting komt dat die wet strekt tot oprichting van het Belgisch Ontwikkelingsagentschap, “Enabel” genaamd, in de vorm van een vennootschap van publiek recht, en niet langer tot oprichting van de “Belgische Technische Coöperatie”;

- hetzij de wet van 21 december 1998 in haar geheel opheffen en in de tekst van het voorontwerp de weinige bepalingen van die wet overnemen die bij het voorontwerp niet gewijzigd of opgeheven worden.

Ongeacht welke van beide mogelijkheden gebruikt wordt, zal er aldus slechts één wet zijn tot regeling van de oprichting, de organisatie en de werking van alsmede de controle op het Belgisch Ontwikkelingsagentschap, “Enabel” genaamd.

ALGEMENE OPMERKINGEN

I. DE OPDRACHTEN VAN HET BELGISCH ONTWIKKELINGSAGENTSCHAP, HET WERKEN MET EEN BEHEERSCONTRACT EN HET BEGINSSEL VAN DE SPECIALITEIT VAN DE PUBLIEKRECHTELIJKE RECHTSPERSONEN

1. Volgens de memorie van toelichting strekt het voorliggende voorontwerp van wet tot de gedeeltelijke opheffing van de wet van 21 december 1998. Hoewel die wet bij het voorontwerp niet integraal vervangen wordt, worden daarbij evenwel nagenoeg alle artikelen van die wet opgeheven, aangezien de enige artikelen die in hun huidige vorm behouden blijven de volgende zijn : 1 (bepaling van de aangelegenheid die bij het voorontwerp geregeld wordt), 3, eerste lid, (oprichting van de “Belgische Technische Coöperatie” in de vorm van een publiekrechtelijke naamloze vennootschap met sociaal oogmerk), 10 (samenstelling van het maatschappelijk kapitaal), 11 (beperkingen in geval van kapitaalsverhoging), 12 (beperkingen inzake de overdracht van aandelen), 40 (ontbinding van de BTC) en 41 (inwerkingtreding).

Het is de “uitdrukkelijke intentie” van de steller van het voorontwerp dat het Belgisch Ontwikkelingsagentschap, dat de naam Enabel zal dragen, hetzelfde juridische statuut behoudt als de Belgische Technische Coöperatie en de rechten en plichten van die vennootschap behoudt, zodat Enabel zou kunnen blijven beschikken over de internationale accreditaties die de BTC verworven heeft.

In dezelfde gedachtegang wordt

“Enabel [...] aldus het ontwikkelingsagentschap van de Belgische federale regering, voert het Belgische ontwikkelingsbeleid uit, evenals, op vraag van de regering, elke taak van openbare dienstverlening, preferentieel in lage en midden inkomenslanden en fragiele staten, die past in de Agenda 2030 voor Duurzame Ontwikkeling.”

Dat doel komt voornamelijk tot uiting in de artikelen 5, 6 en 32 van het voorontwerp, waarin, in het kader van het maatschappelijk doel van ENABEL, bepaald wordt welke opdrachten van openbare dienst aan Enabel toegewezen worden, welke procedure gevolgd zal worden om vast te stellen welke van die opdrachten van openbare dienst uitgevoerd dienen te worden door Enabel, of in het andere geval door de administratie of zelfs door een beroep te doen op de diensten van derden, alsook welke aangelegenheden minimaal geregeld behoren te worden in het beheerscontract dat tussen de federale Staat en Enabel gesloten zal worden.

2. Het lijkt geen twijfel dat de bevoegdheden die aldus aan Enabel opgedragen worden, in het kader van de organisatie van de bevoegdheden binnen de Staat, bevoegdheden zijn die in verband gebracht moeten worden met de federale uitvoerende macht, namelijk *in casu* de bevoegdheden tot uitvoering van het “Belgische ontwikkelingsbeleid”.

Krachtens artikel 37 van de Grondwet berust de federale uitvoerende macht bij de Koning. Volgens artikel 107, tweede lid, van de Grondwet komt het aan Hem toe om het algemeen bestuur en de administratieve diensten van de Staat te organiseren en te regelen hoe het gezag over die diensten uitgeoefend wordt, door de ministeriële bevoegdheden ten aanzien ervan te verdelen, met dien verstande dat de diensten van het centraal bestuur onder het hiërarchisch gezag staan van de minister onder wie ze ressorteren.

Niet alle overheidsdiensten die betrokken zijn bij de uitoefening van de uitvoerende macht behoren evenwel tot het algemeen bestuur in de zin van artikel 107, tweede lid, van de Grondwet.

Het Grondwettelijk Hof heeft, in een arrest waarin het de deugdelijkheid bevestigd heeft van het reeds zeer oude fenomeen van de dienstgewijze decentralisatie,³ dat binnen de overheid ontstaan is in de marge van de organisatie van het algemeen bestuur, immers aanvaard dat de wet binnen het kader van de bevoegdheid van de Staat, instellingen en bedrijven kan oprichten.⁴

Wanneer binnen de uitvoerende macht bij wet gespecialiseerde besturen met rechtspersoonlijkheid worden opgericht, welke besturen doorgaans instellingen van openbaar nut genoemd worden, en zoals Enabel er een is, dient men zich te houden aan het beginsel van de wettelijkheid van de publiekrechtelijke rechtspersonen, uit welk beginsel volgt dat het de wetgever is die de essentiële aspecten behoort te regelen van de oprichting, de samenstelling, de bevoegdheid en de werking van en het toezicht op de publiekrechtelijke rechtspersonen.⁵

3. In artikel 5, paragrafen 1 tot 3, van het voorontwerp worden de opdrachten van openbare dienst opgesomd die aan Enabel toevertrouwd worden, terwijl in paragraaf 4 bepaald wordt aan wie die opdrachten toegewezen moeten worden ingeval Enabel op uitdrukkelijk met redenen omklede gronden geweigerd heeft om ze geheel of gedeeltelijk uit te voeren. Uit de onderlinge samenhang van de paragrafen 1 tot 4 van artikel 5 blijkt in zekere zin een orde van voorrang:

- in paragraaf 1 worden de opdrachten van openbare dienst opgesomd die tot de exclusieve bevoegdheid van Enabel behoren;

- in paragraaf 2 wordt gepreciseerd voor welke bijkomende opdrachten van openbare dienst de minister eerst aan Enabel dient voor te stellen dat Enabel deze op zich zou nemen;

- in paragraaf 3 worden de andere opdrachten van openbare dienst vermeld dan die waarvan sprake is in de paragrafen 1 en 2 die de minister eerst aan Enabel voorstelt met opgave van de motieven waarom de administratie ze moeilijk zelf kan uitvoeren.

Indien Enabel op uitdrukkelijk met redenen omklede gronden een van de in de paragrafen 1 tot 3 bedoelde opdrachten weigert, dan kan de minister ze laten uitvoeren, hetzij in eigen beheer, hetzij door derden.

³ Zie, wat dit fenomeen betreft, het collectieve werk *Le paraétatisme – Nouveaux regards sur la décentralisation fonctionnelle en Belgique et dans les institutions européennes*, La Charte, bibliothèque de droit administratif, 2010, in het bijzonder de bijdrage van I. MATHY, “Être ou ne pas être une personne juridique distincte de l’État, la Communauté ou la Région ? L’autonomie avec ou sans personnalité juridique”, (33-114) en die van P.O. DE BROUX, “Introduction à la décentralisation administrative : évolutions théoriques et pratiques politiques” (1-32).

⁴ Zie GwH 31 januari 1989, nr. 1/89, 12.B.

⁵ Wat de gemeenschappen en de gewesten betreft, komt dat beginsel tot uiting in artikel 9 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’.

Wat de opdrachten betreft die noch binnen het toepassingsgebied van artikel 5, noch binnen dat van het beheerscontract vallen, wordt in artikel 6 van het voorontwerp bepaald dat de minister eerst tot Enabel een vraag tot ondersteuning uitgaande van de administratie kan richten, een vraag waarop Enabel eveneens kan weigeren in te gaan bij een uitdrukkelijk met redenen omklede beslissing die ze ter kennis van de minister dient te brengen.

Artikel 32 van het voorontwerp, dat betrekking heeft op het beheerscontract, bepaalt in paragraaf 1 dat in dat beheerscontract de regels en voorwaarden vastgelegd moeten worden waaronder Enabel de opdrachten bedoeld in de artikelen 5 en 6 van het voorontwerp vervult, maar in paragraaf 2 ervan wordt geen enkele precisering gegeven aangaande de inhoud van de eigenlijke opdrachten van openbare dienst die Enabel op zich dient te nemen, aangezien in het dispositief, en meer bepaald in artikel 32, § 2, 1°, alleen bepaald wordt dat in het beheerscontract behoort te worden geregeld welke “procedure [...] door de Minister wordt toegepast” bij het toekennen van opdrachten en welke “termijnen [gelden] voor een weigeringsbeslissing door Enabel”.

4. Wanneer de wetgever een gespecialiseerd bestuur opricht in de vorm van een publiekrechtelijke rechtspersoon om aan dat bestuur in zijn eigen hoedanigheid het beheer toe te kennen van opdrachten van algemeen belang in het kader van de uitoefening van de uitvoerende macht binnen de Staat, dient de wetgever het maatschappelijk doel van de aldus opgerichte instelling nauwkeurig af te bakenen, aangezien voor een publiekrechtelijke rechtspersoon, zoals voor elke rechtspersoon, het specialiteitsbeginsel geldt wat zijn handelend optreden betreft, dat wil zeggen dat ze slechts mag handelen binnen de grenzen van de opdrachten die aan haar zijn toevertrouwd, en zulks binnen het kader van haar maatschappelijk doel, waarmee haar opdrachten verband houden.⁶

Vanuit dat gezichtspunt kan op basis van de artikelen 5 en 6 van het voorontwerp niet nauwkeurig genoeg opgemaakt worden welke opdrachten van openbare dienst en welke taken *in concreto* aan Enabel⁷ toegewezen worden.

⁶ Zie, *mutatis mutandis*, de volgende beschouwing van D. DEOM: “Si les initiatives politiques doivent être examinées sous le signe du principe de légalité, celles des entreprises publiques doivent l’être à la lumière du principe de spécialité. Cette différence est significative du contexte juridique où se meuvent les unes et les autres. Les collectivités politiques poursuivent des finalités générales dont la nature même exclut une délimitation *a priori* par des textes juridiques. Le droit s’attachera à régler les moyens d’action des collectivités politiques, à définir leurs prérogatives, à circonscrire les instruments juridiques dont elles peuvent user; mais il ne peut appréhender leur raison d’être en soi. La faculté d’agir dans l’intérêt général recèle une dimension fondamentalement indéterminable, qui caractérise la chose politique elle-même. Au contraire, l’entreprise publique ne trouve sa raison d’être que dans la réalisation d’un objet spécifique. L’existence d’une finalité déterminée constitue d’ailleurs l’un des éléments caractéristiques de la notion même d’entreprise : celle-ci se définit généralement comme un ensemble de moyens (humains, matériels, financiers et juridiques) ordonnés en vue de la réalisation d’une activité déterminée”. (*in* Le statut juridique des entreprises publiques, Brussel, Story-Scientia, 1990, 192). Bovendien wordt door I. MATHY (zie het artikel waarnaar verwezen is in voetnoot 2) het volgende gesteld: “Le propos vaut évidemment pour tout organisme public personnalisé.” (*op. cit.*, p. 77, noot 188).

⁷ Infra zal in algemene opmerking II vermeld worden dat die onnauwkeurigheid ook de vraag doet rijzen of Enabel al dan niet bestempeld kan worden als een dienst van algemeen economisch belang in de zin van de regels van het recht van de Europese Unie.

Meer nog, ook al blijken de opdrachten van openbare dienst zoals die in die artikelen beschreven worden, *in casu* voort te vloeien uit de essentie zelf van het maatschappelijk doel van Enabel, toch moet worden vastgesteld dat Enabel krachtens artikel 5, § 4, van het voorontwerp in feite zelf bevoegd zal zijn om discretionair te beslissen welke van die opdrachten het wenst uit te voeren, ook wat de opdrachten betreft die geregeld worden bij artikel 5, § 1, waarvoor Enabel over een “exclusieve bevoegdheid” beschikt. Aldus en in die mate wordt de minister bij het voorliggende dispositief afhankelijk gemaakt van de publiekrechtelijke rechtspersoon die opgericht wordt voor het uitvoeren van de opdrachten van openbare dienst inzake ontwikkelingssamenwerking.

Een dergelijke regeling staat haaks op de prerogatieven waarover de uitvoerende macht beschikt in de uitvoering van de beleidslijnen die ze kan opstellen op grond van de verantwoordelijkheid die aan haar is toevertrouwd,⁸ en op de verantwoordelijkheid die het ministeriële gezag voor het Parlement op zich dient te nemen.

De opdrachten die aan Enabel toevertrouwd worden, mogen niet nader bepaald worden door middel van het beheerscontract dat geregeld wordt bij artikel 32 van het voorontwerp. Algemeen gesproken mag een beheerscontract immers niet gebruikt worden ter vervanging van de wet voor het bepalen van de essentiële aspecten inzake de oprichting, de organisatie, de werking, de controle en de financiering van een instelling van openbaar nut, aangezien het er alleen toe strekt in concreto aan te geven op welke wijze de principiële keuzes die bij de wet vastgesteld zijn, uit operationeel oogpunt ingevuld moeten worden binnen het kader van de relaties die tussen de instelling in kwestie en de toezichthoudende overheid ervan tot stand moeten worden gebracht.⁹

⁸ Vanuit die invalshoek doet de definitie van de opdrachten van de instelling, zoals ze in het vooruitzicht gesteld wordt in de artikelen 5 en 6 van het voorontwerp, bepaalde problemen rijzen. Enabel krijgt immers een zeer ruime “exclusieve bevoegdheid” die “binnen en buiten het grondgebied” geldt en die moet kunnen samengaan met het beginsel dat vervat is in artikel 167, § 1, van de Grondwet en naar luid waarvan de Koning de leiding heeft van de buitenlandse betrekkingen en de verdragen sluit, wat impliceert dat het Hem volkomen vrij staat daarover onderhandelingen te voeren en dat Hij in dat verband niet gebonden is aan enige exclusieve bevoegdheid die verleend zou zijn aan welbepaalde instellingen binnen de uitvoerende macht.

⁹ In advies 58.106/2, dat op 30 september 2015 gegeven is over een voorontwerp dat geleid heeft tot het decreet van de Franse Gemeenschapscommissie van 28 april 2016 ‘tot wijziging van het decreet van de Franse Gemeenschapscommissie van 17 maart 1994 houdende de oprichting van het ‘Institut bruxellois francophone pour la Formation professionnelle’, heeft de afdeling Wetgeving aandacht besteed aan het verband tussen de wet en het beheerscontract in bewoordingen die *mutatis mutandis* eveneens *in casu* van toepassing zijn: “L’article 3/2 en projet du décret du 17 mars 1994 (article 10 de l’avant-projet) charge le Collège de conclure avec le Comité de gestion de Bruxelles Formation un contrat de gestion contenant notamment les ‘engagements du Collège en matière de subventions et d’autres engagements non financiers, les engagements de Bruxelles-Formation en terme de services à rendre aux usagers, de gestion de ses ressources, d’objectifs quantitatifs et qualitatifs, de moyens à mettre en œuvre pour les atteindre et d’échéances, les modalités de suivi et de révision’ ; cette disposition place dans l’orbite du contrat de gestion nombre de thèmes qui font partie de ceux que l’article 9 de la loi spéciale charge le législateur de régler dans leurs éléments essentiels, à savoir les questions liées à la compétence, au fonctionnement, au financement et au contrôle de Bruxelles Formation. S’il est admissible, en droit, que des questions de cette nature soient traitées dans le cadre du contrat de gestion, celui-ci ne peut être envisagé sur ces points que comme la déclinaison par le pouvoir exécutif sous une forme concrète et négociée, des options retenues par le législateur sur les points qu’il lui revient de régler ; or, en l’espèce, le décret du 17 mars 1994 tel que modifié ne se prononce pas ou peu sur les questions précitées, lesquelles paraissent donc être abandonnées à la discrétion des autorités qui seront appelées à négocier le contrat de gestion. Une telle manière de procéder n’est pas conforme à l’ordre des priorités que pose la loi spéciale selon laquelle, lorsque la gestion d’un pan de l’activité des pouvoirs publics n’est plus centralisée au sein des services de l’exécutif agissant sous l’autorité directe de celui-ci, mais est confiée à un organisme d’intérêt public,

Kortom, de artikelen 5, 6 en 32 van het voorontwerp moeten aldus herzien worden dat enerzijds de aan Enabel toegewezen opdrachten van openbare dienst duidelijk en nauwkeurig in de wet vastgelegd worden zonder ze te laten afhangen van extrinsieke onderhandelingscomponenten, en inzonderheid van de onderhandeling van het beheerscontact, en dat anderzijds de Koning ten aanzien van de instelling van openbaar nut bekleed wordt met de prerogatieven¹⁰ en controle-instrumenten waarmee de minister *in fine* ten aanzien van het Parlement de verantwoordelijkheid op zich kan nemen voor de tenuitvoerlegging van het regeringsbeleid op het *in casu* relevante domein van de ontwikkelingssamenwerking.

II. DE OMSTANDIGHEID DAT DE DADEN VAN HET BELGISCH ONTWIKKELINGSAGENTSCHAP KRACHTENS DE WET GEACHT WORDEN DADEN VAN KOOPHANDEL TE ZIJN EN DE WEERSLAG ERVAN OP DE TOEPASSING VAN HET RECHT VAN DE EUROPESE UNIE MET BETREKKING TOT DE DIENSTEN VAN ALGEMEEN ECONOMISCH BELANG

Volgens artikel 18, § 1, van het voorontwerp is Enabel enerzijds onderworpen aan de wettelijke en reglementaire bepalingen van handelsrechtelijke aard die van toepassing zijn op de naamloze vennootschappen, in zoverre hiervan niet uitdrukkelijk door of als gevolg van de voorliggende wet of een andere wet wordt afgeweken, en worden anderzijds haar handelingen “geacht daden van koophandel te zijn.”

In haar advies over het voorontwerp van wet dat geleid heeft tot de wet van 21 december 1998 die bij het voorliggende voorontwerp gewijzigd wordt,¹¹ heeft de afdeling Wetgeving de volgende principiële opmerking geformuleerd:

“IV. De gezamenlijke opmerkingen die hier zijn gemaakt doen een nog belangrijkere 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.

il appartient alors au législateur de tracer les éléments essentiels du fonctionnement, du financement et du contrôle d'un organisme d'intérêt public qu'il crée et qu'il dote de la personnalité juridique.”

¹⁰ Met het oog op de naleving van verordening (EU) Nr. 549/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2013 ‘betreffende het Europees systeem van nationale en regionale rekeningen in de Europese Unie’, “ESA 2010” genoemd, dient men niet alleen het openbaar gezag te voorzien van de prerogatieven die daartoe nodig of dienstig zijn, maar dient er eveneens voor gezorgd te worden dat de nieuw opgerichte instelling voldoet aan dezelfde vereisten, tenzij er van uitgegaan kan worden dat ze buiten het bereik van die verordening valt, in verband waarmee de afdeling Wetgeving niet inziet hoe dat zou kunnen.

¹¹ Advies 26.773/2 en 26.774/2, dat op 24 september 1997 gegeven is over respectievelijk een voorontwerp en een ontwerp die geleid hebben tot de wet van 21 december 1998 ‘tot oprichting van de “Belgische Technische Coöperatie” in de vorm van een vennootschap van publiek recht’ (*Parl.St.* Kamer 1997-98, nr. 1371/001 en nr. 1372/001).

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.”

Hoewel aan die principiële opmerking geen gevolg gegeven is, is het goed ze hier te herhalen en ze opnieuw in perspectief te plaatsen in het licht van de jongste ontwikkelingen in het recht van de Europese Unie.

Zoals in het voormelde advies opgemerkt is, komt het gebruikmaken van een rechtsvorm waardoor de wettelijke en reglementaire bepalingen van handelsrechtelijke aard principieel van toepassing gemaakt worden en de handelingen die door de instelling gesteld worden, geacht worden daden van koophandel te zijn, het vaakst voor bij economische parastatale instellingen die ertoe gebracht worden handelingen te stellen in een omgeving van mededinging die gekenmerkt wordt door het bestaan van een markt.

Het betreft dan doorgaans instellingen die in het licht van het recht van de Europese Unie de hoedanigheid van dienst van algemeen economisch belang (DAEB) bezitten, met als gevolg dat het eraan verleende mandaat om opdrachten van openbare dienst uit te voeren en de eraan toegekende financiering onderworpen zijn aan een geheel van dwingende regels. Die dwingende regels zijn voornamelijk vastgelegd in de mededeling van 20 december 2011 van de Commissie ‘betreffende de toepassing van de staatssteunregels van de Europese Unie op voor het verrichten van diensten van algemeen economisch belang verleende compensatie’, in de verordening (EU) nr. 360/2012 van de Commissie van 25 april 2012 ‘betreffende de toepassing van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op *de-minimis*steun verleend aan diensten van algemeen economisch belang verrichtende ondernemingen’, in het besluit 2012/21/EU van de Commissie van 20 december 2011 ‘betreffende de toepassing van artikel 106, lid 2, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst, verleend aan bepaalde met het beheer van diensten van algemeen economisch belang belaste ondernemingen’ en in de mededeling van de Commissie van 11 januari 2012 ‘Eu-kaderregeling inzake staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst’.

De talrijke, complexe vereisten die voortvloeien uit bovenstaande instrumenten die, ter wille van de naleving van de regels inzake de interne markt en de mededinging, bij het Europees recht opgelegd worden aan de lidstaten wanneer deze hun “ruime discretionaire bevoegdheid” aanwenden om DAEB’s te begeleiden, te organiseren, te ondersteunen en te financieren, gelden niet wanneer de op te richten entiteit geen DAEB, maar een niet-economische dienst van algemeen belang (DAB) is in de zin van artikel 2 van protocol nr. 26 betreffende de diensten van algemeen belang, dat bij het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie is gevoegd, aangezien in dat geval “[d]e bepalingen van de Verdragen (...) op generlei wijze afbreuk [doen] aan de bevoegdheid van de lidstaten” om dergelijke diensten te verrichten, te doen verrichten en te organiseren. De discretionaire bevoegdheid van de lidstaten wordt enkel beperkt door de inachtneming van de fundamentele beginselen van het Unierecht, in het bijzonder het beginsel van non-discriminatie.¹²

¹² Voor de begrippen ‘dienst van algemeen belang’, ‘niet-economische dienst van algemeen belang’ en ‘dienst van algemeen economisch belang’, en de relevante criteria om die begrippen van elkaar te onderscheiden, zie

Het is dan ook van essentieel belang om nader te bepalen of alle activiteiten die Enabel op zich zal nemen, uitsluitend van niet-economisch algemeen belang zijn, dan wel of sommige van die activiteiten eventueel niet thuishoren in de categorie van de activiteiten van algemeen economisch belang, in welk geval de voornoemde regels van de Europese Unie op die opdrachten van toepassing zouden zijn, waarbij het in dat verband niet ter zake doet dat het merendeel van de opdrachten die de betrokken publiekrechtelijke rechtspersoon uitvoert, eventueel van niet-economische aard zouden zijn.

Indien de opdrachten die door Enabel uitgevoerd worden, overwegend niet-economisch zijn, zoals reeds uitgelegd in het voornoemde advies, waarin de Raad zich dan ook verbaasd heeft over de ondernemingsvorm waarvoor gekozen was om opdrachten uit te voeren die uit hun aard niet-commercieel zijn en verband houden met het algemeen belang, dan kunnen de keuze voor die ondernemingsrechtsvorm en het als handelsrechtelijk aanmerken van de handelingen die de instelling zal stellen, samen met de vaststelling dat Enabel inzonderheid bevoegd is om rechtstreeks of onrechtstreeks participaties te nemen in privébedrijven - weliswaar gevestigd in partnerlanden waarvan verondersteld kan worden dat ze geen deel uitmaken van de interne markt -¹³, leningen en subsidies toe te kennen en opdrachten voor derden uit te voeren, echter niet volledig uitsluiten dat Enabel in bepaalde opzichten wel degelijk op de interne markt kan optreden als actor in het kader van economische activiteiten¹⁴.

Gelet op de zeer algemene bewoordingen waarin het maatschappelijk doel van Enabel omschreven wordt en op de onzekerheden die omtrent de concrete bepaling ervan bestaan, kan de afdeling Wetgeving echter geenszins met stelligheid bepalen of Enabel voor het uitvoeren van sommige van zijn opdrachten al dan niet een DAEB is.

Mocht dat het geval zijn, dan zouden de toekenning van die opdrachten aan Enabel en de nadere regeling van de financiering ervan moeten gebeuren met inachtneming van de hiervoor genoemde rechtsinstrumenten van de Europese Unie die inzonderheid betrekking hebben op de voorwaarden die vervuld moeten worden om een dienstverlener op correcte wijze te belasten met het uitvoeren van verplichtingen van openbare dienstverlening, op de parameters die in aanmerking moeten worden genomen om de compensatie te berekenen, op de noodzaak om

advies 58.287/4, op 4 november 2015 door de afdeling Wetgeving verstrekt over een voorontwerp dat geleid heeft tot het decreet van 11 maart 2016 'tot wijziging van Boek II van het Milieuwetboek, dat het Waterwetboek inhoudt, teneinde de openbare sectoren die tot het watergebied behoren, als diensten van algemeen economisch belang te verklaren' (*Parl.St. W.Parl.* 2015-16, nr. 369/1, 8-12).

¹³ In het voorontwerp wordt tevens bepaald dat Enabel geen participaties kan nemen die vallen binnen de wettelijke en statutaire opdrachten van BIO, welke maatschappij zich aandient als de echte economische parastatale op het vlak van het ontwikkelingsbeleid van de federale Staat.

¹⁴ Volgens artikel 9, § 1, van het voorontwerp moeten de opdrachten voor derden verenigbaar zijn met de doelstellingen van de Belgische Ontwikkelingssamenwerking zoals bepaald in hoofdstuk 2 van de wet van 19 maart 2013 'betreffende de Belgische Ontwikkelingssamenwerking'. Sommige van die doelstellingen houden echter in dat opgetreden moet worden ten gunste van actoren van de ontwikkelingssamenwerking die in België gevestigd zijn. Er valt tevens op te merken dat de "strategie" bedoeld in artikel 2, § 2, 1°, van het voorontwerp, doelstellingen en prioriteiten kan omvatten die gevolgen hebben in partnerlanden, ontwikkelingslanden of "in België". Bovendien bepaalt artikel 7, § 3, van het voorontwerp dat Enabel werknemers ter beschikking kan stellen, inzonderheid van organisaties die erkend zijn in de categorieën van de organisaties in de zin van artikel 26 van de wet van 19 maart 2013, d.i. organisaties die meer bepaald in België beschikken over een "aantoonbaar maatschappelijk draagvlak."

elke overcompensatie te voorkomen en op de regels die nageleefd moeten worden om de dienstverstreker(s) te selecteren.

Het staat aan de steller van het voorontwerp om de werkelijke en concrete inhoud van de opdrachten die aan Enabel toegewezen worden aan de vereiste controles te onderwerpen en om daaraan de nodige gevolgen te verbinden door de tekst van het voorontwerp of de toelichting erbij aan te passen teneinde deze belangrijke kwestie te verduidelijken.

III. DE FINANCIERING VAN HET BELGISCH ONTWIKKELINGSAGENTSCHAP

Los van het feit dat de vereisten van het recht van de Europese Unie inzake de financiering van de opdrachten van openbare dienstverlening die aan Enabel toevertrouwd worden, eventueel in acht moeten worden genomen, dient te worden opgemerkt dat de wijze waarop Enabel gefinancierd zal worden, onduidelijk is.

Aangezien Enabel een publiekrechtelijk rechtspersoon is, zou het in principe uit de algemene uitgavenbegroting een dotatie moeten ontvangen waarvan het bedrag elk jaar zal worden vastgesteld door de begrotingswetgever en waarvan de toewijzing overgelaten wordt aan het vrije oordeel van de instellingen die de begroting van Enabel moeten goedkeuren, welke begroting normaliter moet worden gevoegd bij de algemene uitgavenbegroting van de Staat die, overeenkomstig artikel 87 van de wet van 22 mei 2003 ‘houdende organisatie van de begroting en van de comptabiliteit van de federale Staat’, bij het bureau van de Kamer van volksvertegenwoordigers moet worden ingediend.

Die nogal wijdverbreide klassieke beginselen komen echter niet tot uiting in de ontworpen tekst. Integendeel, ze krijgen in het voorontwerp een merkwaardige en onduidelijke invulling doordat verscheidene bepalingen een verband lijken te leggen tussen de financiering vanwege de Staat en de toewijzing ervan aan de dekking van alleen bepaalde soorten uitgaven van de instelling, wat in tegenspraak is met het begrip van een dotatie zonder specifieke toewijzing, die bedoeld is om alle behoeften van de instelling te dekken.

Zo staan in het voorontwerp de volgende bepalingen die te maken hebben met de financiële relaties tussen de Staat en Enabel en met de wijze waarop het Enabel al dan niet vrijstaat de financiële middelen aan te wenden die het door de Staat ter beschikking zijn gesteld:

– artikel 14, § 3, stelt dat in geval van gehele of gedeeltelijke niet-terugbetaling van een lening die door Enabel is toegekend of van wisselkoersverliezen, “de overeenkomstige bedragen als verlies [worden] geboekt, en niet [worden] gecompenseerd met middelen voorzien voor de opdrachten van openbare dienst zoals bepaald in artikelen 5 en 6”;

– artikel 15, § 1, 1°, stelt dat “de middelen afkomstig van de interventie van de Federale Staat ter uitvoering van de opdrachten zoals bedoeld in artikelen 5 en 6” deel uitmaken van de middelen van Enabel;

– artikel 15, § 2, stelt dat de uitgaven van Enabel in niet-partnerlanden, “gefinancierd door de algemene uitgavenbegroting van de Federale Staat”, per begrotingsjaar maximaal “één derde [mogen] bedragen van de totale inkomsten van Enabel ontvangen uit de algemene uitgavenbegroting van de Federale Staat”;

– artikel 32, § 2, 12°, stelt dat het beheerscontract “de nadere regeling van de financiering van Enabel” bevat, “waaronder (...) de structuur en de modaliteiten voor de overmaking en de goedkeuring van het budget”, “de vaststelling en de modaliteiten van de tussenkomst in de operationele kosten die voortvloeien uit de opdrachten bedoeld in artikel 5 en 6” en “de vaststelling, de berekening en de modaliteiten van tussenkomst in de financiering van de beheerskosten die voor Enabel voortvloeien uit de opdrachten bedoeld in artikel 5 en 6”;

– artikel 32, § 2, 13°, stelt dat het beheerscontract “de manier [regelt] waarop de financiële belangen van de Federale Staat worden gewaarborgd”;

– artikel 32, § 2, 18°, stelt dat het beheerscontract “de budgettaire impact van de portfolio’s” regelt;

– artikel 38, tweede lid, schrijft voor dat de onderdelen van het ondernemingsplan van Enabel “geheel of gedeeltelijk, rechtstreeks of onrechtstreeks, gefinancierd worden door de Federale Staat” of “een impact kunnen hebben op de financiering door de Federale Staat”.

Die verspreide en niet systematisch voorkomende bepalingen bieden geen overzicht van de financiering van Enabel. Ze moeten dus worden verduidelijkt en eventueel herzien.

Op basis van die bepalingen valt hoe dan ook niet uit te maken of de bedoeling van de steller van het voorontwerp erin bestaat dat de dotatie die de instelling zal ontvangen, uitsluit dat bepaalde programma’s die door Enabel worden beheerd, rechtstreeks worden gefinancierd door de algemene uitgavenbegroting (zie het onduidelijk geredigeerde artikel 15, § 2).

Evenmin valt op basis van die bepalingen vast te stellen uit welke mate de instelling al dan niet de vrijheid heeft om haar dotatie via haar begroting aan te wenden. Indien het de bedoeling is dat verplichtingen worden opgelegd, bijvoorbeeld de verplichting om een bepaald percentage van de dotatie voor bepaalde uitgaven te gebruiken, moeten die door of krachtens de ontwerptekst worden bepaald en kunnen ze niet volledig worden vastgesteld in het beheerscontract.

Het voorontwerp of de bespreking ervan moet worden aangevuld en verduidelijkt zodat de regeling inzake financiële autonomie die voor de instelling zal gelden en de wijze waarop de federale staat zal moeten optreden om die regeling te financieren, beter worden toegelicht.¹⁵

¹⁵ Het advies van de inspecteur van Financiën van 15 september 2016 zou in dat opzicht moeten worden gevoegd bij het dossier dat bij de Kamer van volksvertegenwoordigers wordt ingediend, gelet op alle preciseringen over de financiële context en de begrotingstechniek van het voorontwerp die in dat advies worden gegeven.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

DISPOSITIEF

Artikel 2

1. Paragraaf 1 maakt de definities toepasselijk die zijn vervat in artikel 2 van de wet van 19 maart 2013 ‘betreffende de Belgische Ontwikkelingssamenwerking’.

De afdeling Wetgeving heeft opgemerkt dat die definities over het algemeen zijn geformuleerd zonder het minimum aan helderheid, nauwkeurigheid en consequentie die een wet vereist, of soms niet als echte rechtsregels zijn gesteld, maar eerder als loutere intentieverklaringen waaruit niet kan worden afgeleid wat de exacte juridische draagwijdte ervan is of zou kunnen zijn.

Die zwakke punten tasten een goed begrip van het voorontwerp aan wanneer daarin wordt verwezen naar de wet van 19 maart 2013.

2. In paragraaf 2, 1° en 9°, en in artikel 3, tweede lid, is sprake van het “*Belgian Development Agency*”. Het spreekt vanzelf dat die woorden overal in het ontwerp moeten worden vervangen door de woorden “Belgisch ontwikkelingsagentschap”, zoals in de adviesaanvraag is uitgelegd.

3. De definitie van het woord “minister” in de bepaling onder 8° en de bevoegdheden die de minister in het vervolg van het voorontwerp worden toegekend, hebben als gevolg dat de wetgever zich inlaat met de organisatie en de interne werkwijze van de uitvoerende macht, doordat hij de minister rechtstreeks bevoegdheden opdraagt die normaliter de Koning toekomen.

Die bepalingen moeten worden herzien zodat de betreffende bevoegdheden aan de Koning worden opgedragen, en de bepaling onder 8° moet worden weggelaten.

4. De bepaling onder 10° is overbodig, aangezien de context van het voorontwerp al uitvoerig wordt omschreven in de memorie van toelichting. De betreffende teksten zouden overigens beter in de memorie van toelichting worden opgenomen.

Artikel 7

1. Paragraaf 2 houdt verband met de “burgerlijke bedieningen” in de zin van artikel 10, tweede lid, van de Grondwet. Het spreekt vanzelf dat de procedures voor het aanwerven van “junior assistenten” een gelijke toegang van Belgen tot die betrekkingen moeten waarborgen, wat noodzakelijkerwijs inhoudt dat die betrekkingen door middel van een oproep tot gegadigden in het *Belgisch Staatsblad* worden bekendgemaakt.

2. De Franse tekst van paragraaf 2 luidt: “Ces assistants juniors sont occupés dans les pays partenaires”.

De Franse tekst van paragraaf 3, tweede lid, luidt: “Ces assistants juniors sont employés dans les pays partenaires”.

De afdeling Wetgeving vraagt zich af waarom dezelfde gedachte in een verschillende formulering wordt herhaald.

3. In de bespreking moet in verband met paragraaf 4 worden gepreciseerd waartoe de Koning wordt gemachtigd. De betekenis van de woorden “de voorwaarden en modaliteiten voor de ondertekening van een contract” is immers niet meteen duidelijk.

Artikel 9

1. In paragraaf 1, derde lid, is sprake van “werkdagen”. Aangezien dat begrip in juridisch opzicht nergens duidelijk omschreven wordt en de wet bestemd is om te worden toegepast in contexten waarin het gebruikelijke begrip werkdag kan verschillen, zou het moeten worden gedefinieerd, ofwel zou, bij voorkeur, moeten worden voorzien in een termijn berekend in “dagen”.¹⁶ De toelichting in de bespreking van het artikel is ontoereikend.

Dezelfde opmerking geldt voor het vervolg van het voorontwerp.

2. Wat paragraaf 4 betreft, kan de bevoegdheid van de Koning om een opdracht te beëindigen, “omwille van politieke motieven die verband houden met de situatie in het land”, alleen bij wet worden ingeperkt indien Hij tegelijk in een “een oplossing (...) voor eventuele schade” kan voorzien.

De laatste zin van paragraaf 4 moet worden weggelaten.

Artikel 10

1. Paragraaf 2 heeft geen juridische strekking, gelet op wat in het vervolg van het artikel wordt bepaald.

Hij moet bijgevolg worden weggelaten.

2. De Nederlandse tekst van paragraaf 5 maakt melding van het geval waarin een belangrijke internationale “of bilaterale” donor in een specifieke accreditatie voorziet, terwijl in de Franse tekst enkel melding wordt gemaakt van “un bailleur international important”.

De Nederlandse en de Franse tekst moeten met elkaar in overeenstemming worden gebracht.

¹⁶ Zie advies 60.804/2, op 1 februari 2017 gegeven over een ontwerp dat ontstaan heeft gegeven aan het koninklijk besluit van 15 maart 2017 ‘betreffende de nadere regels voor de inschrijving van de syndicus in de Kruispuntbank van Ondernemingen’ (<http://www.raadvst-consetat.be/dbx/adviezen/60804.pdf>).

3. Paragraaf 6 is niet duidelijk en wordt in de bespreking niet toegelicht. Er wordt onvoldoende bepaald in welk geval en onder welke voorwaarden een regeringscommissaris de minister binnen een termijn van veertien dagen – die in die context bijzonder kort lijkt – kan voorstellen na te gaan of Enabel aan de vereiste criteria inzake beheerscapaciteit beantwoordt. Ook de samenhang tussen de paragrafen 2 en 6 van dat artikel is onvoldoende duidelijk. Die regeling lijkt overigens buiten het toezicht te vallen dat artikel 39 van het voorontwerp van wet organiseert.

Artikel 12

1. De afdeling Wetgeving vraagt zich af waarom de ontworpen bepaling in punt 1° geen melding maakt van de stichtingen, zoals die worden geregeld bij de wet van 27 juni 1921 ‘betreffende de verenigingen zonder winstoogmerk, de stichtingen en de Europese politieke partijen en stichtingen’.¹⁷

2. In de Franse tekst zijn de woorden “entièrément ou en partie” overbodig. Ze moeten worden weggelaten.

Artikel 13

Dat de elementen vermeld in paragraaf 2 door middel van een overeenkomst worden bepaald, is niet aanvaardbaar.

Ze moeten worden vermeld hetzij in de unilaterale beslissing van de overheid, hetzij in het koninklijk besluit dat ter uitvoering van paragraaf 1 wordt vastgesteld.

De bepaling moet in het licht van deze opmerking worden herzien.

Artikel 18

1. Paragraaf 1 luidt als volgt:

“Enabel is onderworpen aan de wettelijke en reglementaire bepalingen van handelsrechtelijke aard die van toepassing zijn op de naamloze vennootschappen, in zoverre hiervan niet uitdrukkelijk door of als gevolg van deze wet of welke bijzondere wet dan ook wordt afgeweken”.

Die laatste afwijking waarbij verwezen wordt naar “welke bijzondere wet dan ook” is onaanvaardbaar, aangezien zij zowel voor Enabel als voor zijn medecontractanten een bron van rechtsonzekerheid is. Het voorontwerp van wet moet die kwestie zelf met de vereiste

¹⁷ Zie in dezelfde zin advies 42.112/4, op 12 februari 2007 gegeven over het voorontwerp dat ontstaan heeft gegeven aan het decreet van 6 december 2007 ‘betreffende de hulpdiensten voor gezinnen en bejaarde personen’. Zie het recente advies 55.013/4, op 5 februari 2014 gegeven over een voorontwerp van decreet dat ontstaan heeft gegeven aan het decreet van 27 maart 2014 ‘waarbij bepalingen betreffende de tele-onthaalcentra in het decretale gedeelte van het Waalse wetboek voor Sociale Actie en Gezondheid ingevoegd worden’ (*Parl.St.* W.Parl. 2013-14, nr. 993/1, 12-14), opmerking over artikel 13 (ontworpen artikel 624/7).

nauwkeurigheid regelen, vermits het om afwijkingen gaat die strikt geïnterpreteerd moeten worden.

2. Gelet op de algemene regeling waarin artikel 1412*bis* van het Gerechtelijk Wetboek voorziet, moet de steller van het voorontwerp kunnen aantonen om welke specifieke, relevante en redelijke redenen het gerechtvaardigd is ervan af te wijken in het kader van het voorontwerp.

3. Wat paragraaf 5, 2° en 3°, betreft, is de federale wetgever slechts bevoegd in zoverre de ontworpen bepaling geen betrekking heeft op registratie- of successierechten die een gewestelijke bevoegdheid zijn in de zin van artikel 3, eerste lid, 4° en 6° tot 8°, van de bijzondere wet van 16 januari 1989 ‘betreffende de financiering van de Gemeenschappen en de Gewesten’.¹⁸

Artikel 21

1. In paragraaf 1 is het niet nodig te preciseren dat de voorzitter van rechtswege lid is van de raad van bestuur, aangezien die regel voortvloeit uit artikel 22, eerste lid, van het voorontwerp.

2. Het is de afdeling Wetgeving niet duidelijk wat dient verstaan te worden onder “een nuttige en aantoonbare ervaring hebben verworven op het vlak van internationale ontwikkeling en ontwikkelingssamenwerking en, indien mogelijk, van bedrijfsbeheer”.

3. Paragraaf 3 mag weggelaten worden, aangezien de rechtsstaat berust op het beginsel dat de wetten nageleefd worden door de adressaten ervan.

4. In paragraaf 8, 8°, zouden de woorden “houder van een voltijds mandaat of een voltijdse functie van een intercommunale” verduidelijkt moeten worden.

Bovendien rijst de vraag of het verbod enkel op de intercommunale slaat of ook op de mandaten bij organisaties die er rechtstreeks of onrechtstreeks zouden uit voortvloeien.

5. Wat paragraaf 9 betreft, mag een rijksambtenaar die onder de Koning ressorteert en die binnen de staatsdiensten tot de hoge ambtenarij behoort niet door de wetgever weggehaald worden teneinde hem ter beschikking te stellen van een instelling als lid van haar raad van bestuur. Aldus wordt afbreuk gedaan aan de onafhankelijkheid van de uitvoerende macht en wordt uit het oog verloren dat die ambtenaar onder een door de Koning uitgewerkt statuut valt dat doorgaans in een cumulatieverbod voorziet. In dat verband begrijpt de afdeling Wetgeving niet hoe die persoon zijn hoofdfunctie nog in alle onafhankelijkheid zou kunnen uitoefenen in de

¹⁸ Zie in dezelfde zin reeds *mutatis mutandis* advies 38.596/3, op 23 juni 2005 gegeven over een voorontwerp van wet dat ontstaan heeft gegeven aan de wet van 26 januari 2006 ‘betreffende de aanhouding van een verplichte voorraad aardolie en aardolieproducten en de oprichting van een agentschap voor het beheer van een deel van deze voorraad en tot wijziging van de wet van 10 juni 1997 betreffende de algemene regeling voor accijnsproducten, het voorhanden hebben, en het verkeer daarvan en de controles daarop’, in het bijzonder de opmerking met betrekking tot artikel 40 (*Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 1968/001, 45-50).

relaties tussen de FOD die hij vertegenwoordigt en de betrokken instelling, als de wet bepaalt dat hij bovenop zijn ambtenarenwedde “een vergoeding [zal ontvangen] gelijk aan die van de leden van de raad van bestuur”, welke vergoeding door de “algemene vergadering” vastgesteld wordt.

De bepaling moet herzien worden.

Artikel 22

De afdeling Wetgeving vraagt zich af waarom het derde lid ook niet geldt voor de vicevoorzitter.

Artikelen 23, § 2, 28, § 2 en 30, tweede lid

De afdeling Wetgeving vraagt zich af of de inhoud van die drie bepalingen uiteindelijk niet identiek is.

Ter wille van de duidelijkheid behoort het voorontwerp van wet herzien te worden.

Artikel 25

In paragraaf 4 moet bepaald worden dat de Federale Interneauditdienst slechts ondersteuning zal kunnen bieden volgens de door de Koning bepaalde nadere regels, aangezien die dienst rechtstreeks onder Zijn bevoegdheid valt.

Artikel 26

In paragraaf 1, vijfde lid, is het niet nodig te bepalen dat de algemeen directeur “zich verontschuldigt” voor die agendapunten die zijn functie, evaluatie of benoeming betreffen, aangezien het in dergelijke gevallen uiteraard ongepast zou zijn dat hij aanwezig is.

Artikel 27

1. Aangezien het gaat om een burgerlijke bediening in de zin van de Grondwet, geldt het beginsel van gelijke toegang tot de openbare ambten voor de benoeming van de algemeen directeur door de raad van bestuur. De raad van bestuur moet daar dus op toezien door te voorzien in een openbare oproep tot gegadigden.

2. De afdeling Wetgeving vraagt zich af waarom bij het voorontwerp van wet geen enkele benoemingsvoorwaarde vastgesteld wordt voor de algemeen directeur van Enabel, terwijl er wel vastgesteld zijn voor de leden van de raad van bestuur.¹⁹

¹⁹ Vergelijk met artikel 21, § 2, eerste lid, van het voorontwerp van wet.

3. In paragraaf 1, tweede lid, moet melding gemaakt worden van artikel 21, § 8.

Dezelfde opmerking geldt voor artikel 29, § 1, vierde lid.

Artikel 29

1. Wat het directiecomité betreft, is er in het voorontwerp geen sprake meer van het taal- en genderevenwicht waarin voorzien wordt voor de andere subcomités die bij het voorontwerp opgericht worden.

De steller van het voorontwerp dient na te gaan of dat niet te wijten is aan een vergetelheid van zijnentwege.

2. Wat paragraaf 2 betreft, vraagt de afdeling Wetgeving zich af of de algemeen directeur de vergoeding die hij als algemeen directeur ontvangt (artikel 27, § 2, van het voorontwerp), cumuleert met de vergoeding waarin is voorzien voor de leden van het directiecomité waar hij van rechtswege deel van uitmaakt en waarvan hij de voorzitter is.

Als dat het geval is, dient men zich af te vragen of het, met het oog op een goed beheer van de openbare geldmiddelen, wel erg verstandig is dat diezelfde algemeen directeur aan de raad van bestuur die dat directiecomité dient samen te stellen, voorstelt welke vergoedingen en rechten aan de leden van dat directiecomité toegekend moeten worden.

3. Uit paragraaf 3 blijkt dat de functie van lid van het directiecomité een “voltijdse functie” is. Het gaat dus ook hier om een openbare bediening waarvoor het beginsel van gelijke toegang tot de openbare ambten geldt.

Artikel 32

In de Franse tekst van paragraaf 2, 14°, moet het artikelnummer vermeld worden.

Artikel 39

1. Paragraaf 1, vijfde lid, moet geherformuleerd worden, aangezien het dispositief aldus gesteld is dat het in geval van “met redenen omklede buitengewone omstandigheden” mogelijk moet zijn om af te wijken van de minimumtermijn waarin de agenda's van de vergaderingen aan de regeringscommissarissen bezorgd worden, maar het er niet toe strekt het overmaken van die documenten aan de commissarissen principieel uit te sluiten, zoals de huidige versie van het wetsontwerp lijkt te impliceren.

- 2.1. In paragraaf 3, eerste lid, moet gepreciseerd worden dat elke regeringscommissaris een “schorsend” beroep kan instellen tegen de vermelde beslissingen.

Er dient eveneens aangegeven te worden bij welke overheid het beroep precies ingesteld wordt – uit het ontworpen vijfde lid valt enkel af te leiden dat het om een “regeringslid” gaat.

2.2. In het derde lid van dezelfde paragraaf moeten de woorden “voor de schorsing” vervangen worden door de woorden “voor het instellen van het in het eerste lid vermelde beroep”.

2.3. Aangezien het schorsend beroep bij een regeringslid ingesteld wordt, begrijpt de afdeling Wetgeving niet waarom dat regeringslid, zoals voorgeschreven in het vierde lid, van een schorsing op de hoogte gebracht moet worden.

De bepaling moet dienovereenkomstig herzien worden.

2.4. In het vijfde lid van dezelfde paragraaf is sprake van “kalenderdagen”. Zoals de afdeling Wetgeving al dikwijls heeft opgemerkt, volstaat het “dagen” te schrijven.²⁰

2.5. In het zevende lid van dezelfde paragraaf 3 zijn de termijnen waarbinnen de regeringscommissarissen de door Enabel genomen beslissingen kunnen schorsen en de termijnen waarbinnen de minister ze vervolgens kan vernietigen dermate kort dat afbreuk wordt gedaan aan het daadwerkelijk toezicht op de instelling, wat de ontworpen bepaling beoogt te regelen.

Door een toezicht te regelen dat binnen dermate korte termijnen uitgeoefend moet worden, bemoeilijkt de wetgever het daadwerkelijke toezicht op de genomen beslissingen, wat in het licht van het beginsel van de ministeriële verantwoordelijkheid tot problemen kan leiden, aangezien aan de minister een moeilijk te vervullen taak opgedragen wordt.

De bepaling dient in het licht van deze opmerking herzien te worden.

2.6. In het zevende lid, laatste zin, moet melding gemaakt worden van “het vijfde lid” en niet van het “zesde lid”.

Artikel 40

1. Paragraaf 3, derde lid, moet geschrapt worden. Iedereen is immers vrij om om welke redenen dan ook af te zien van het uitoefenen van een mandaat.

Artikel 43

Het spreekt vanzelf dat “de wervingsregeling, de geldelijke regeling, de loopbaanregeling en de verlofregeling” uitgewerkt moeten worden met inachtneming van de

²⁰ *Beginnelsen van de wetgevingstechniek - Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, www.raadvst-consetat.be, tab “Wetgevingstechniek”, aanbeveling 95, a).

Zie, voor een recent voorbeeld, advies 56.873/3, op 7 januari 2015 gegeven over een ontwerp dat ontstaan heeft gegeven aan het besluit van de Waalse Regering van 29 januari 2015 ‘relatif aux modalités d’attribution aux communes du produit de la taxe additionnelle à la taxe sur les mâts, pylônes ou antennes’ (<http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/56873.pdf>).

regels van dwingende aard en van openbare orde die gelden voor de arbeidsverhouding tussen een werknemer en zijn werkgever in het kader van een arbeidsovereenkomst.

Artikel 49

Dit artikel moet geschrapt worden, aangezien het geen zin heeft wijzigingsbepalingen op te heffen. Die bepalingen zijn immers ogenblikkelijk uitgewerkt doordat de inhoud ervan opgenomen wordt in de tekst tot wijziging waarvan ze strekten.

Artikel 53

In dit artikel wordt een algemeen beginsel geformuleerd dat zonder meer geldt wanneer de nieuwe wet de toepassing van de uitvoeringsbesluiten van de vroegere wet niet onmogelijk maakt.

Het artikel is bijgevolg zinloos en dient geschrapt te worden.

LE GREFFIER – DE GRIFFIER

LE PRÉSIDENT – DE VOORZITTER

Anne-Catherine VAN GEERSDAELE

Pierre LIÉNARDY