RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 62.521/VR/1
van 24 januari 2018

avis 62.521/VR/1
du 24 janvier 2018

over

sur

een voorontwerp van wet ‘houdende machtiging tot oprichting van een internationale vereniging zonder winstoogmerk voor het beheer van de Zuidpoolbasis 'Princess Elisabeth' en tot opheffing van hoofdstuk I van titel V van de wet van 24 juli 2008 houdende diverse bepalingen (I)’

un avant-projet de loi ‘portant autorisation de la création d’une association internationale sans but lucratif pour la gestion de la Station polaire 'Princess Elisabeth' et abrogation du chapitre I du titre V de la loi du 24 juillet 2008 portant des dispositions diverses (I)’

‡LW-DABSLAEGF-GCFCBVT‡

Op 20 november 2017 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Staatssecretaris voor Wetenschapsbeleid verzocht binnen een termijn van dertig dagen, verlengd tot vijfenveertig dagen,(*) een advies te verstrekken over een voorontwerp van wet 'houdende machtiging tot oprichting van een internationale vereniging zonder winstoogmerk voor het beheer van de Zuidpoolbasis 'Princess Elisabeth' en tot opheffing van hoofdstuk I van titel V van de wet van 24 juli 2008 houdende diverse bepalingen (I)'.

Het voorontwerp is, wat de bevoegdheidsvraag betreft, door de verenigde kamers onderzocht op 21 december 2017. De verenigde kamers waren samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, voorzitter, Pierre VANDERNOOT, kamervoorzitter, Chantal BAMPS, Luc DETROUX, Wouter PAS en Wanda VOGEL, staatsraden, en Wim GEURTS en Béatrice DRAPIER, griffiers.

Het verslag is uitgebracht door Benoît JADOT, eerste auditeur-afdelingshoofd, en Kristine BAMS, eerste auditeur.

Het voorontwerp is voor het overige door de eerste kamer onderzocht op 21 december 2017. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Chantal BAMPS en Wouter PAS, staatsraden, en Wim GEURTS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Kristine BAMS, eerste auditeur.

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

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 24 januari 2018.

*

(*) Deze verlenging vloeit voort uit artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, waarin wordt bepaald dat de termijn van dertig dagen verlengd wordt tot vijfenveertig dagen in het geval waarin het advies gegeven wordt door de verenigde kamers met toepassing van artikel 85*bis*.

‡LW-DABSLAECF-GCFCBVT‡

Le 20 novembre 2017, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par la Secrétaire d'État à la Politique scientifique à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, prorogé à quarante-cinq jours [(**)], sur un avant-projet de loi 'portant autorisation de la création d'une association internationale sans but lucratif pour la gestion de la Station polaire 'Princess Elisabeth' et abrogation du chapitre I du titre V de la loi du 24 juillet 2008 portant des dispositions diverses (I)'.

L'avant-projet a été examiné par les chambres réunies le 21 décembre 2017 en ce qui concerne la question des compétences. Les chambres réunies étaient composées de Marnix VAN DAMME, président de chambre, président, Pierre VANDERNOOT, président de chambre, Chantal BAMPS, Luc DETROUX, Wouter PAS et Wanda VOGEL, conseillers d'État, et Wim GEURTS et Béatrice DRAPIER, greffiers.

Le rapport a été présenté par Benoît JADOT, premier auditeur chef de section, et Kristine BAMS, premier auditeur.

Pour le surplus l'avant-projet a été examiné par la première chambre le 21 décembre 2017. La chambre était composée de Marnix VAN DAMME, président de chambre, Chantal BAMPS et Wouter PAS, conseillers d'État, et Wim GEURTS, greffier.

Le rapport a été présenté par Kristine BAMS, premier auditeur.

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

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 24 janvier 2018.

*

[(**)] Cette prorogation résulte de l'article 84, § 1er, alinéa 1er, 2°, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, qui dispose que le délai de trente jours est prorogé à quarante-cinq jours dans le cas où l'avis est donné par les chambres réunies en application de l'article 85*bis*.

‡LW-DABSLAECF-GCFCBVT‡

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

*

STREKKING VAN HET VOORONTWERP VAN WET

2. Het voorontwerp van wet strekt ertoe de Koning te machtigen om een internationale vereniging zonder winstoogmerk op te richten, "Poolinstituut" genoemd, met het oog deze entiteit te belasten met het beheer, onderhoud, de instandhouding en de operationalisering van de Zuidpoolbasis, binnen de perken van de vigerende internationale verdragen inzake Antarctica.

De machtiging aan de Koning tot oprichting en goedkeuring van de statuten van het Poolinstituut en tot benoeming van een regeringscommissaris is vervat in artikel 2 van het voorontwerp. Het maatschappelijk doel en de taken van het Poolinstituut worden vastgelegd in artikel 3 van het voorontwerp. Artikel 4 van het voorontwerp regelt de overdracht bij overeenkomst van het beheer, het onderhoud en de instandhouding van de Zuidpoolbasis. Aansluitend bij die overeenkomst regelt artikel 5 van het voorontwerp het sluiten van een beheersovereenkomst tussen het Poolinstituut en de Belgische Staat. Artikel 6 van het voorontwerp bepaalt dat jaarlijks een algemene toelage kan worden toegekend. Overeenkomstig artikel 7 van het voorontwerp kan de Koning personeel, gebouwen en andere infrastructuur of andere middelen ter beschikking stellen van het Poolinstituut. Artikel 8 van het voorontwerp machtigt de Koning tot het vaststellen van de nadere regels voor de overdrachten van rechten en plichten, activa en passiva van de staatsdienst met afzonderlijk beheer "Poolsecretariaat" naar het Poolinstituut, waarbij in afwachting van de oprichting van het Poolinstituut een voorlopige overeenkomst wordt gesloten tussen het Poolsecretariaat en de International Polar Foundation. De wettelijke en reglementaire bepalingen betreffende de staatsdienst met afzonderlijk beheer "Poolsecretariaat" worden bij artikel 9 van het voorontwerp opgeheven. Tot slot bepaalt artikel 10 van het voorontwerp dat de wet in werking treedt op de datum van bekendmaking in het Belgisch Staatsblad, met uitzondering van artikel 9, dat in werking treedt op een door de Koning te bepalen datum.

BEVOEGDHEID

3. Wat de bevoegdheid van de stellers van het voorontwerp betreft zijn er geen opmerkingen te maken.

[1] Aangezien het om een voorontwerp van wet gaat, wordt onder "rechtsgrond" de overeenstemming met de hogere rechtsnormen verstaan.

‡LW-DABSLAECF-GCFCBVT‡

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 2

4. Het derde lid van artikel 2 bepaalt dat de regeringscommissaris elke beslissing kan schorsen die hij strijdig acht met het recht of die een impact kan hebben op de begroting of op de bijdrage van de Belgische Staat aan het Poolinstituut.

Blijkens deze bepaling wordt het toezicht op het Poolinstituut uitgeoefend door de regeringscommissaris die overeenkomstig het tweede lid, 4°, van artikel 2 door de Koning wordt benoemd.

Hoewel de regeringscommissaris beschikt over een schorsingsbevoegdheid ontbreekt een sluitend administratief toezicht op het Poolinstituut dat inhoudt dat een toezichthoudende overheid de beslissingen kan vernietigen, telkens zij oordeelt dat de wet wordt geschonden of het algemeen belang wordt geschaad.

Het verdient bijgevolg aanbeveling te voorzien in de mogelijkheid voor de bevoegde minister om beslissingen van het Poolinstituut te vernietigen wanneer ze de wet schenden of het algemeen belang schaden.

Artikel 4

5. Overeenkomstig artikel 4 wordt een overeenkomst gesloten tussen de Belgische Staat, de International Polar Foundation en het Poolinstituut, waarbij de Belgische Staat, als eigenaar van de Zuidpoolbasis, het beheer, het onderhoud en de instandhouding van de Zuidpoolbasis overdraagt aan het Poolinstituut. Het Poolinstituut vertrouwt in deze overeenkomst de uitvoering van de operationele aspecten van het beheer, het onderhoud en de instandhouding van de Zuidpoolbasis tijdelijk toe aan de International Polar Foundation. Dit tijdelijk toevertrouwen gebeurt voor een termijn van vijf jaar en kan eenmalig verlengd worden voor een termijn van drie jaar.

Aan de gemachtigde werden in dat verband de volgende vragen gesteld:

> "1) Kunt u die keuze verantwoorden en aanduiden welke bepaling van de overheidsopdrachtenrichtlijnen het mogelijk maakt om deze taak in dit geval zonder verdere procedure toe te wijzen aan het IPF?
>
> 2) Is het de bedoeling om na die 5 (+3) jaar opnieuw het beheer uit te besteden, of minstens die mogelijkheid open te laten, in welk geval er een bepaling in die zin in het ontwerp ontbreekt?
>
> 3) In de mate dat er wordt afgeweken van de overheidsopdrachtenwet, moet dit niet minstens expliciet gebeuren: 'In afwijking van artikel X...', en zo ja wat is volgens u de X?
>
> 4) Wie beslist, en volgens welke procedure en criteria, of de overeenkomst na vijf jaar met drie jaar wordt verlengd?"

‡LW-DABSLAECF-GCFCBVT‡

De gemachtigde antwoordde:

"1) De afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft, in zijn arrest nr. 238.471 van 9 juni 2017, reeds bepaalde onderdelen van antwoord op deze vraag geformuleerd:

'Considérant qu'il est exact que les articles 61 à 63 de la loi du 24 juillet 2008 – dont la partie adverse n'a pas contesté la régularité avant son dernier mémoire – n'ont été précédés d'aucune mise en concurrence ni d'aucune publicité autre que celle qui est inhérente à toute procédure législative ;

Considérant qu'il convient d'observer à cet égard, d'abord qu'il n'est pas allégué que l'opération à laquelle ces articles concourent serait régie par la législation sur les marchés publics ; qu'ensuite et surtout, il convient de situer l'opération dans son contexte et d'en déterminer la nature ;

Considérant que la situation n'est pas de celles où l'État décide un projet puis cherche des partenaires pour le mettre en œuvre, ce qu'il ne peut alors faire qu'au terme d'une procédure comportant un appel à la concurrence ; qu'en l'occurrence, la Station polaire a été conçue et construite par l'I.P.F., avec l'accord de l'État et sa contribution financière à concurrence de 2 millions d'euros sur un total de 6,4 millions, et elle était la propriété exclusive de l'I.P.F. ; que l'État n'a acquis de droits effectifs à l'égard de la Station polaire que par la convention de partenariat du 15 juin 2007, dont les articles 61 à 63 de la loi du 24 juillet 2008 ont pour principal objet d'assurer la régularité de l'opération au regard de la législation sur la comptabilité publique, l'article 140 des lois coordonnées du 17 juillet 1991 sur la comptabilité de l'État et l'article 132 de la loi du 22 mai 2003 portant organisation du budget et de la comptabilité de l'État fédéral exigeant que ce soit 'une loi particulière' qui sépare la gestion de certains services de l'État de celle des services d'administration générale ; que nonobstant les objections émises à ce sujet par la section de législation du Conseil d'État, le législateur a inséré dans l'article 62 de cette loi la disposition qui définit la mission du Secrétariat polaire, à savoir assurer la gestion financière et matérielle de la station 'dans le cadre de sa donation à l'État' par la Fondation polaire internationale ; que la convention de partenariat apparaît ainsi comme une opération contractuelle complexe dont l'élément principal – sans lequel le reste serait dépourvu de toute portée – est la donation de la Station polaire à l'État par l'I.P.F. ; que la circonstance que la donation soit assortie de conditions n'en modifie pas la nature ;

Considérant que l'opération étant ainsi qualifiée, on n'aperçoit pas comment il aurait été concevable que l'État, donataire, organise une quelconque forme de concurrence entre l'I.P.F. et d'autres donateurs potentiels, dont la partie adverse n'allègue pas qu'il en existerait un qui soit en mesure de faire don à l'État d'une station polaire ; que le principe d'égalité et de non-discrimination ne peut trouver à s'appliquer que dans les hypothèses – étrangères à l'espèce – où il existe 'sur le marché' plusieurs administrés susceptibles d'entrer en concurrence ; qu'il en va de même de l'obligation de transparence qui, selon les termes de l'arrêt Telaustria invoqué par la partie adverse, incombe au pouvoir adjudicateur et 'consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication'; qu'en l'absence de tout autre candidat à la donation à l'État d'une station polaire ni la convention de partenariat du 15 juin 2007 ni l'article 62 de la loi du 24 juillet 2008 qui s'y réfère ne s'inscrivent dans un contexte où il y ait matière à s'interroger, et à interroger la Cour constitutionnelle, sur la constitutionnalité de cet article de la loi ;'.

‡LW-DABSLAECF-GCFCBVT‡

Eenzelfde logica moet in dit geval gehanteerd worden. De oprichting van het Poolinstituut dient in zijn context gesitueerd te worden, en de aard ervan bepaald te worden. In dit geval treedt het Poolinstituut immers in de rechten en verplichtingen van het Poolsecretariaat. De voorwaarden waarbinnen het Poolsecretariaat eigenaar is geworden van 999/1000 van de eigendom van de zuidpoolbasis, worden dan ook mutatis mutandis overgedragen aan het Poolinstituut, samen met de reeds vermelde eigendom.

Daarnaast dient vermeld te worden dat het Poolinstituut de volledige 1000/1000 van de eigendom in beheer krijgt, door de overdracht van het resterende 1/1000 van de eigendom door International Polar Foundation (hierna afgekort tot IPF) aan de Belgische Staat. De oprichting van het Poolinstituut is een complexe administratieve verrichting, waarvan de regeling van de verschillende betwistingen tussen IPF en de Belgische Staat, de maatregelen m.b.t. de organisatie van de wetenschappelijke expeditie 2017-2018, maar ook de overdracht van de volledige eigendom van de zuidpoolbasis, deel uitmaken. Hieruit volgt dat de hierboven vermelde redenering van de Raad van State ook in dit geval toepassing vindt.

Er bestaat ten andere niemand die in staat is een gelijkaardige schenking te doen van één duizendste van de eigendom van de zuidpoolbasis, buiten IPF, waardoor het principe van gelijkheid en non-discriminatie *in casu* niet van toepassing kan zijn. Deze zouden immers enkel toepasbaar zijn in de veronderstelling dat er 'op de markt' meerdere spelers zouden zijn die mogelijk in concurrentie zouden kunnen treden. Idem voor de verplichting tot transparantie van de procedure.

In ondergeschikte orde wordt verwezen naar artikel 42, § 1, 1°, d) van de wet inzake overheidsopdrachten dat stelt dat 'de werken, leveringen of diensten alleen door één bepaalde aannemer kunnen worden verricht, om één van de volgende redenen:

- mededinging ontbreekt om technische redenen;

- uitsluitende rechten moeten worden beschermd, met inbegrip van de intellectuele eigendomsrechten'.

In de huidige situatie geniet IPF het statuut van bevoorrechte partner van de Belgische Staat voor het beheer van de zuidpoolbasis. Dit statuut van bevoorrechte partner, volgt uit de partnerschapsovereenkomst tussen de Belgische Staat en IPF dd. 15/06/2007, die de basis vormde voor de artikelen 61-62 van de Wet van 24/07/2008, en het Koninklijk Besluit van 20/05/2009. De praktische details van dit bevoorrecht partnerschap werden uitgewerkt in een partnerschapsprotocol dd. 30/03/2010. De Raad van State heeft zich reeds uitgesproken over dit statuut van 'bevoorrechte partner' onder meer in zijn arresten 235.839 dd. 23/09/2016 en 236.304 dd. 27/10/2016.

Krachtens diezelfde partnerschapsovereenkomst was IPF bovendien nog altijd mede-eigenaar van de zuidpoolbasis ten belope van 1/1000. Onder meer het Rekenhof toonde zich in het verleden voorstander van een meer eenduidige eigendomsstructuur. Hierbij kan bij wijze van voorbeeld verwezen worden naar het 169ste en 173ste Boek van het Rekenhof.

‡LW-DABSLAECF-GCFCBVT‡

De dadingsovereenkomst tussen de Belgische Staat en IPF heeft enerzijds tot doel de lopende juridische geschillen tussen beide partijen te beëindigen en anderzijds een stabiele juridische structuur te creëren die de organisatie van de toekomstige wetenschappelijke expedities naar de zuidpoolbasis mogelijk maakt. Het tijdelijk overdragen van het beheer van de zuidpoolbasis aan IPF dient dan ook in dit kader gezien te worden.

De voorgestelde constructie is expliciet opgevat als een tijdelijke overgangsregeling ter afsluiting van de momenteel bestaande exclusieve samenwerking, waarbij IPF ook haar eigendom (1/1000) van de zuidpoolbasis aan de Belgische Staat overdraagt. In die context is het IPF in deze fase de enig mogelijke partner "capable de fournir le dernier milième de propriété à l'Institut Polaire, et le seul capable, actuellement, voor het verdere beheer van de basis tijdens de vernoemde overgangsperiode.

2) De overgangsregeling gedurende 5 (+3) jaar werd opgevat als een uitzondering, waarbij het ons niet nodig leek om het generieke regime te expliciteren. Er is uiteraard geen enkel bezwaar om dit alsnog te doen, mocht de Raad dit wenselijk achten.

Het is echter weldegelijk de bedoeling dat na afloop van de bedoelde periode van 5 (+3) jaar, de raad van bestuur van het Poolinstituut autonoom kan beslissen over de toekomstige organisatie van het beheer van de zuidpoolbasis, in overeenstemming met de wetgeving inzake overheidsopdrachten.

3) De wetgeving inzake overheidsopdrachten is niet van toepassing op de operatie gezien zijn bijzondere aard (cf. bovenvermeld arrest nr 238.471 van de Raad van State van 9 juni 2017). IPF is de enige die een 1/1000 van de basis kan geven. De wetgeving zal in de toekomst toegepast worden, met instemming van IPF (cnf. dadingsovereenkomst en nevenovereenkomsten), maar is voor de oprichting van het instituut niet van toepassing.

4) De procedure alsook de criteria, zijn verankerd in hoofdstuk 8 van de zogeheten 'operator-overeenkomst' tussen de Belgische Staat, IPF en het toekomstige Poolinstituut, dat ook door de Inspectie van Financiën in punt 2.2 van haar advies dd. 27/06/2017 wordt aangehaald. Het ontwerp van deze operator-overeenkomst werd reeds goedgekeurd door de federale ministerraad en ondertekend door de vertegenwoordigers van de Belgische Staat en IPF.

Deze operator-overeenkomst voorziet in 10 – stringente – criteria waarop de operator jaarlijks geëvalueerd zal worden. Slechts in het geval dat minstens drie van deze jaarlijkse evaluaties gunstig zijn, kan de overeenkomst eenmalig met drie jaar verlengd worden. Deze verlenging dient bovendien expliciet geformaliseerd te worden door beide partijen.

Hierbij verwijzen we ook naar de discussie die de Staatssecretaris over dit onderwerp had in de vergadering van de verenigde kamercommissies voor het bedrijfsleven, het wetenschapsbeleid, het onderwijs, de nationale wetenschappelijke en culturele instellingen, de middenstand en de landbouw, en voor de volksgezondheid, het leefmilieu en de maatschappelijke hernieuwing dd. 18/07/2017, en waarbij de reacties van de volksvertegenwoordigers eensluidend positief was."

‡LW-DABSLAECF-GCFCBVT‡

Er dient te worden opgemerkt dat de constructie op basis van de operator-overeenkomst, zoals die wordt beschreven in de tekst van het voorontwerp, van aard is om vragen te doen rijzen bij de inpasbaarheid ervan in de reglementering inzake overheidsopdrachten in het bijzonder wat de ter zake geldende Europese regels en beginselen betreft. De stellers van het voorontwerp doen er daarom goed aan om in de commentaar die in de memorie van toelichting wordt gegeven bij artikel 4 duidelijker aan te geven dat de ontworpen regeling in overeenstemming is met de voornoemde overheidsopdrachtenreglementering. Hierbij zullen zij erover oordelen of en in welke mate zij daarbij elementen van de door de gemachtigde verstrekte antwoorden zullen betrekken.

*

‡LW-DABSLAEGF-GCFCBVT‡

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

*

PORTÉE DE L'AVANT-PROJET DE LOI

2. L'avant-projet de loi vise à habiliter le Roi à créer une association internationale sans but lucratif, dénommée « Institut polaire », en vue de charger cette entité de la gestion, de l'entretien, de la maintenance et de l'opérationnalisation de la Station polaire, dans les limites des traités internationaux sur l'Antarctique en vigueur.

L'habilitation au Roi en vue de la création de l'Institut polaire, de l'approbation de ses statuts ainsi que de la nomination d'un commissaire du gouvernement figure à l'article 2 de l'avant-projet. L'objet social et les missions de l'Institut polaire sont fixés à l'article 3 de l'avant-projet. L'article 4 de l'avant-projet règle la cession par convention de la gestion, de l'entretien et de la maintenance de la Station polaire. Dans le prolongement de cette convention, l'article 5 de l'avant-projet règle la conclusion d'une convention de gestion entre l'Institut Polaire et l'État belge. L'article 6 de l'avant-projet dispose qu'un subside général peut être accordé annuellement. Conformément à l'article 7 de l'avant-projet, le Roi peut mettre à la disposition de l'Institut polaire du personnel, des bâtiments ainsi que d'autres infrastructures ou moyens. L'article 8 de l'avant-projet habilite le Roi à fixer les règles en matière de cession des droits, des obligations, de l'actif et du passif du service de l'État à gestion séparée « Secrétariat polaire » à l'Institut Polaire, et prévoit que, dans l'attente de la création de l'Institut polaire, une convention provisoire est conclue entre le Secrétariat polaire et la Fondation Polaire Internationale. L'article 9 de l'avant-projet abroge les dispositions légales et réglementaires relatives au service de l'État à gestion séparée « Secrétariat polaire ». Enfin, l'article 10 de l'avant-projet dispose que la loi entre en vigueur à sa date de publication au Moniteur belge, à l'exception de l'article 9, qui entre en vigueur à une date à déterminer par le Roi.

COMPÉTENCE

3. La compétence des auteurs de l'avant-projet ne donne lieu à aucune observation.

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

‡LW-DABSLAECF-GCFCBVT‡

EXAMEN DU TEXTE

Article 2

4. L'alinéa 3 de l'article 2 dispose que le commissaire du gouvernement peut suspendre toute décision qu'il juge contraire à la loi ou qui a un impact sur le budget ou sur la contribution de l'État belge à l'Institut Polaire.

Selon cette disposition, le contrôle de l'Institut polaire est exercé par le commissaire du gouvernement qui est nommé par le Roi conformément à l'alinéa 2, 4°, de l'article 2.

Bien que le commissaire du gouvernement dispose d'un pouvoir de suspension, l'Institut polaire n'est soumis à aucun contrôle administratif concluant, impliquant qu'une autorité de tutelle puisse annuler les décisions chaque fois qu'elle estime que la loi est violée ou que l'intérêt général est blessé.

Il est par conséquent recommandé de prévoir la possibilité pour le ministre compétent d'annuler des décisions de l'Institut polaire lorsque celles-ci violent la loi ou l'intérêt général.

Article 4

5. L'article 4 prévoit la conclusion d'une convention entre l'État belge, la Fondation Polaire Internationale et l'Institut polaire, par laquelle l'État belge, en tant que propriétaire de la Station polaire, cède la gestion, l'entretien et la maintenance de la Station polaire à l'Institut polaire. Dans cette convention, l'Institut polaire confie provisoirement l'exécution des aspects opérationnels de la gestion, de l'entretien et de la maintenance de la Station polaire à la Fondation Polaire Internationale. Cette cession provisoire a lieu pour une durée de cinq ans et peut être prolongée une fois pour une durée de trois ans.

À cet égard les questions suivantes ont été posées au délégué :

> « 1) Kunt u die keuze verantwoorden en aanduiden welke bepaling van de overheidsopdrachtenrichtlijnen het mogelijk maakt om deze taak in dit geval zonder verdere procedure toe te wijzen aan het IPF?
>
> 2) Is het de bedoeling om na die 5 (+3) jaar opnieuw het beheer uit te besteden, of minstens die mogelijkheid open te laten, in welk geval er een bepaling in die zin in het ontwerp ontbreekt?
>
> 3) In de mate dat er wordt afgeweken van de overheidsopdrachtenwet, moet dit niet minstens expliciet gebeuren: 'In afwijking van artikel X...', en zo ja wat is volgens u de X?
>
> 4) Wie beslist, en volgens welke procedure en criteria, of de overeenkomst na vijf jaar met drie jaar wordt verlengd? ».

‡LW-DABSLAEGF-GCFCBVT‡

Le délégué y a répondu comme suit :

« 1) De afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft, in zijn arrest nr. 238.471 van 9 juni 2017, reeds bepaalde onderdelen van antwoord op deze vraag geformuleerd:

> 'Considérant qu'il est exact que les articles 61 à 63 de la loi du 24 juillet 2008 – dont la partie adverse n'a pas contesté la régularité avant son dernier mémoire – n'ont été précédés d'aucune mise en concurrence ni d'aucune publicité autre que celle qui est inhérente à toute procédure législative ;
>
> Considérant qu'il convient d'observer à cet égard, d'abord qu'il n'est pas allégué que l'opération à laquelle ces articles concourent serait régie par la législation sur les marchés publics ; qu'ensuite et surtout, il convient de situer l'opération dans son contexte et d'en déterminer la nature ;
>
> Considérant que la situation n'est pas de celles où l'État décide un projet puis cherche des partenaires pour le mettre en œuvre, ce qu'il ne peut alors faire qu'au terme d'une procédure comportant un appel à la concurrence ; qu'en l'occurrence, la Station polaire a été conçue et construite par l'I.P.F., avec l'accord de l'État et sa contribution financière à concurrence de 2 millions d'euros sur un total de 6,4 millions, et elle était la propriété exclusive de l'I.P.F. ; que l'État n'a acquis de droits effectifs à l'égard de la Station polaire que par la convention de partenariat du 15 juin 2007, dont les articles 61 à 63 de la loi du 24 juillet 2008 ont pour principal objet d'assurer la régularité de l'opération au regard de la législation sur la comptabilité publique, l'article 140 des lois coordonnées du 17 juillet 1991 sur la comptabilité de l'État et l'article 132 de la loi du 22 mai 2003 portant organisation du budget et de la comptabilité de l'État fédéral exigeant que ce soit 'une loi particulière' qui sépare la gestion de certains services de l'État de celle des services d'administration générale ; que nonobstant les objections émises à ce sujet par la section de législation du Conseil d'État, le législateur a inséré dans l'article 62 de cette loi la disposition qui définit la mission du Secrétariat polaire, à savoir assurer la gestion financière et matérielle de la station 'dans le cadre de sa donation à l'État' par la Fondation polaire internationale ; que la convention de partenariat apparaît ainsi comme une opération contractuelle complexe dont l'élément principal – sans lequel le reste serait dépourvu de toute portée – est la donation de la Station polaire à l'État par l'I.P.F. ; que la circonstance que la donation soit assortie de conditions n'en modifie pas la nature ;
>
> Considérant que l'opération étant ainsi qualifiée, on n'aperçoit pas comment il aurait été concevable que l'État, donataire, organise une quelconque forme de concurrence entre l'I.P.F. et d'autres donateurs potentiels, dont la partie adverse n'allègue pas qu'il en existerait un qui soit en mesure de faire don à l'État d'une station polaire ; que le principe d'égalité et de non discrimination ne peut trouver à s'appliquer que dans les hypothèses – étrangères à l'espèce – où il existe 'sur le marché' plusieurs administrés susceptibles d'entrer en concurrence ; qu'il en va de même de l'obligation de transparence qui, selon les termes de l'arrêt Telaustria invoqué par la partie adverse, incombe au pouvoir adjudicateur et 'consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication'; qu'en l'absence de tout autre candidat à la donation à l'État d'une station polaire ni la convention de partenariat du 15 juin 2007 ni l'article 62 de la loi du 24 juillet 2008 qui s'y réfère

‡LW-DABSLAECF-GCFCBVT‡

ne s'inscrivent dans un contexte où il y ait matière à s'interroger, et à interroger la Cour constitutionnelle, sur la constitutionnalité de cet article de la loi ;'.

Eenzelfde logica moet in dit geval gehanteerd worden. De oprichting van het Poolinstituut dient in zijn context gesitueerd te worden, en de aard ervan bepaald te worden. In dit geval treedt het Poolinstituut immers in de rechten en verplichtingen van het Poolsecretariaat. De voorwaarden waarbinnen het Poolsecretariaat eigenaar is geworden van 999/1000 van de eigendom van de zuidpoolbasis, worden dan ook mutatis mutandis overgedragen aan het Poolinstituut, samen met de reeds vermelde eigendom.

Daarnaast dient vermeld te worden dat het Poolinstituut de volledige 1000/1000 van de eigendom in beheer krijgt, door de overdracht van het resterende 1/1000 van de eigendom door International Polar Foundation (hierna afgekort tot IPF) aan de Belgische Staat. De oprichting van het Poolinstituut is een complexe administratieve verrichting, waarvan de regeling van de verschillende betwistingen tussen IPF en de Belgische Staat, de maatregelen m.b.t. de organisatie van de wetenschappelijke expeditie 2017-2018, maar ook de overdracht van de volledige eigendom van de zuidpoolbasis, deel uitmaken. Hieruit volgt dat de hierboven vermelde redenering van de Raad van State ook in dit geval toepassing vindt.

Er bestaat ten andere niemand die in staat is een gelijkaardige schenking te doen van één duizendste van de eigendom van de zuidpoolbasis, buiten IPF, waardoor het principe van gelijkheid en non-discriminatie *in casu* niet van toepassing kan zijn. Deze zouden immers enkel toepasbaar zijn in de veronderstelling dat er 'op de markt' meerdere spelers zouden zijn die mogelijk in concurrentie zouden kunnen treden. Idem voor de verplichting tot transparantie van de procedure.

In ondergeschikte orde wordt verwezen naar artikel 42, § 1, 1°, d) van de wet inzake overheidsopdrachten dat stelt dat 'de werken, leveringen of diensten alleen door één bepaalde aannemer kunnen worden verricht, om één van de volgende redenen:

- mededinging ontbreekt om technische redenen;

- uitsluitende rechten moeten worden beschermd, met inbegrip van de intellectuele eigendomsrechten'.

In de huidige situatie geniet IPF het statuut van bevoorrechte partner van de Belgische Staat voor het beheer van de zuidpoolbasis. Dit statuut van bevoorrechte partner, volgt uit de partnerschapsovereenkomst tussen de Belgische Staat en IPF dd. 15/06/2007, die de basis vormde voor de artikelen 61-62 van de Wet van 24/07/2008, en het Koninklijk Besluit van 20/05/2009. De praktische details van dit bevoorrecht partnerschap werden uitgewerkt in een partnerschapsprotocol dd. 30/03/2010. De Raad van State heeft zich reeds uitgesproken over dit statuut van 'bevoorrechte partner' onder meer in zijn arresten 235.839 dd. 23/09/2016 en 236.304 dd. 27/10/2016.

Krachtens diezelfde partnerschapsovereenkomst was IPF bovendien nog altijd mede-eigenaar van de zuidpoolbasis ten belope van 1/1000. Onder meer het Rekenhof toonde zich in het verleden voorstander van een meer eenduidige eigendomsstructuur. Hierbij kan bij wijze van voorbeeld verwezen worden naar het 169ste en 173ste Boek van het Rekenhof.

De dadingsovereenkomst tussen de Belgische Staat en IPF heeft enerzijds tot doel de lopende juridische geschillen tussen beide partijen te beëindigen en anderzijds een

‡LW-DABSLAECF-GCFCBVT‡

stabiele juridische structuur te creëren die de organisatie van de toekomstige wetenschappelijke expedities naar de zuidpoolbasis mogelijk maakt. Het tijdelijk overdragen van het beheer van de zuidpoolbasis aan IPF dient dan ook in dit kader gezien te worden.

De voorgestelde constructie is expliciet opgevat als een tijdelijke overgangsregeling ter afsluiting van de momenteel bestaande exclusieve samenwerking, waarbij IPF ook haar eigendom (1/1000) van de zuidpoolbasis aan de Belgische Staat overdraagt. In die context is het IPF in deze fase de enig mogelijke partner "capable de fournir le dernier milième de propriété à l'Institut Polaire, et le seul capable, actuellement, voor het verdere beheer van de basis tijdens de vernoemde overgangsperiode.

2) De overgangsregeling gedurende 5 (+3) jaar werd opgevat als een uitzondering, waarbij het ons niet nodig leek om het generieke regime te expliciteren. Er is uiteraard geen enkel bezwaar om dit alsnog te doen, mocht de Raad dit wenselijk achten.

Het is echter weldegelijk de bedoeling dat na afloop van de bedoelde periode van 5 (+3) jaar, de raad van bestuur van het Poolinstituut autonoom kan beslissen over de toekomstige organisatie van het beheer van de zuidpoolbasis, in overeenstemming met de wetgeving inzake overheidsopdrachten.

3) De wetgeving inzake overheidsopdrachten is niet van toepassing op de operatie gezien zijn bijzondere aard (cf. bovenvermeld arrest nr 238.471 van de Raad van State van 9 juni 2017). IPF is de enige die een 1/1000 van de basis kan geven. De wetgeving zal in de toekomst toegepast worden, met instemming van IPF (cnf. dadingsovereenkomst en nevenovereenkomsten), maar is voor de oprichting van het instituut niet van toepassing.

4) De procedure alsook de criteria, zijn verankerd in hoofdstuk 8 van de zogeheten 'operator-overeenkomst' tussen de Belgische Staat, IPF en het toekomstige Poolinstituut, dat ook door de Inspectie van Financiën in punt 2.2 van haar advies dd. 27/06/2017 wordt aangehaald. Het ontwerp van deze operator-overeenkomst werd reeds goedgekeurd door de federale ministerraad en ondertekend door de vertegenwoordigers van de Belgische Staat en IPF.

Deze operator-overeenkomst voorziet in 10 – stringente – criteria waarop de operator jaarlijks geëvalueerd zal worden. Slechts in het geval dat minstens drie van deze jaarlijkse evaluaties gunstig zijn, kan de overeenkomst eenmalig met drie jaar verlengd worden. Deze verlenging dient bovendien expliciet geformaliseerd te worden door beide partijen.

Hierbij verwijzen we ook naar de discussie die de Staatssecretaris over dit onderwerp had in de vergadering van de verenigde kamercommissies voor het bedrijfsleven, het wetenschapsbeleid, het onderwijs, de nationale wetenschappelijke en culturele instellingen, de middenstand en de landbouw, en voor de volksgezondheid, het leefmilieu en de maatschappelijke hernieuwing dd. 18/07/2017, en waarbij de reacties van de volksvertegenwoordigers eensluidend positief was ».

Il y a lieu de relever que la construction prévue sur la base de la convention opérateur, telle qu'elle est décrite dans le texte de l'avant-projet, est de nature à susciter des interrogations quant à sa compatibilité avec la réglementation relative aux marchés publics, en particulier en ce qui concerne les règles et principes européens applicables en la matière. Les auteurs de l'avant-projet seront donc bien avisés d'indiquer plus clairement, dans le commentaire

‡LW-DABSLAECF-GCFCBVT‡

figurant dans l'exposé des motifs à propos de l'article 4, que le régime en projet est conforme à la législation précitée relative aux marchés publics. Ils jugeront à cet égard s'il y a lieu d'y intégrer des éléments issus des réponses fournies par le délégué, et, si oui, dans quelle mesure.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

Wim GEURTS

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Marnix VAN DAMME

‡LW-DABSLAECF-GCFCBVT‡