



CONSEIL D'ÉTAT

section de législation

avis 64.226/4
du 1^{er} octobre 2018

sur

un avant-projet de décret de la Communauté germanophone
‘approuvant les statuts de la Banque Asiatique
d’Investissement dans les infrastructures’

Le 5 septembre 2018, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Ministre-Président du Gouvernement de la Communauté germanophone à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de décret 'approuvant les statuts de la Banque Asiatique d'Investissement dans les infrastructures'.

L'avant-projet a été examiné par la quatrième chambre le 1^{er} octobre 2018. La chambre était composée de Martine BAGUET, président de chambre, Bernard BLERO et Wanda VOGEL, conseillers d'État, Christian BEHRENDT et Marianne DONY, assesseurs, et Charles-Henri VAN HOVE, greffier assumé.

Le rapport a été présenté par Jean-Baptiste LEVAUX, auditeur.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 1^{er} octobre 2018.

*

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation limite son examen au fondement juridique de 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.

PORTÉE DE L'AVANT-PROJET

1. L'avant-projet de décret soumis pour avis a pour objet de porter assentiment aux « statuts de la Banque asiatique d'investissement dans les infrastructures, ainsi que [au] rapport, faits à Pékin le 29 juin 2015 ».

Aux termes de l'article 1^{er}, paragraphe 1^{er}, de l'Accord portant création de la Banque asiatique d'investissement dans les infrastructures du 29 juin 2015 ¹,

« La Banque a pour objet : (i) de favoriser le développement économique durable, de créer de la richesse et d'améliorer la connectivité des infrastructures en Asie en investissant dans les infrastructures et dans d'autres secteurs productifs, et (ii) de promouvoir la coopération et le partenariat régionaux pour traiter les enjeux de développement, en agissant en étroite collaboration avec d'autres institutions multilatérales et bilatérales du développement ».

COMPÉTENCE DE L'AUTEUR DE L'AVANT-PROJET

2. Ainsi que l'a admis le groupe de travail « Traités mixtes » à la suite de l'avis de la section de législation n° 62.546/VR donné le 23 janvier 2018 sur un avant-projet de loi 'portant approbation des statuts de la Banque asiatique d'investissement dans les infrastructures' ²,

« l'Accord à l'examen est un traité mixte auquel non seulement l'autorité fédérale, mais également les communautés et les régions doivent donner leur assentiment » ³.

[‡] S'agissant d'un avant-projet de décret, on entend par « fondement juridique » la conformité aux normes supérieures.

¹ L'Accord dont il est question dans cet intitulé sera dénommé ci-après « l'Accord du 29 juin 2015 ».

² Cet avant-projet a été suivi d'un projet déposé à la Chambre des représentants, qui l'a adopté le 31 mai 2018, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 54-3043/004, <http://www.lachambre.be/FLWB/PDF/54/3043/54K3043004.pdf>.

³ Observation générale n° 3.1, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/62546.pdf>.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

DISPOSITIF

Article 1^{er}

À l'article 1^{er}, il y a lieu de viser « l'accord portant création de la Banque asiatique d'investissement dans les infrastructures » plutôt que « les Statuts de la Banque asiatique d'investissement dans les infrastructures ».

L'article 3 sera également adapté en ce sens.

Article 3

Dans leur avis n° 62.546/VR-1-4 précité, les chambres réunies de la section de législation du Conseil d'État ont observé ce qui suit :

« 8.1. L'article 53, paragraphe 1, de l'Accord dispose que celui-ci peut être amendé 'sur décision du Conseil des gouverneurs prise à la majorité qualifiée visée à l'article 28 de l'Accord,' à savoir deux tiers du nombre total des gouverneurs représentant au moins les trois quarts du total des voix des membres ⁴⁻⁵. L'article 53, paragraphe 2, prévoit, pour certains types d'amendements, que l'accord unanime du Conseil des gouverneurs est requis.

L'article 53 prévoit donc une procédure de modification de l'accord susceptible d'avoir pour effet que la Belgique se retrouve liée sur le plan international à la suite de ces amendements sans que les assemblées législatives aient donné leur assentiment à cet égard.

L'avant-projet de loi soumis pour avis ne prévoit pas l'assentiment préalable à pareils amendements.

À cet égard, la question se pose donc de savoir si le projet de loi pourrait donner un assentiment préalable à pareilles modifications. À défaut d'assentiment préalable, le Parlement devra expressément donner son assentiment à chacun des amendements de l'Accord adoptés ultérieurement.

⁴ Note de bas de page 14 de l'avis cité : Voir spécialement le paragraphe 2, (ii), de l'article 28.

⁵ Note de bas de page 15 de l'avis cité : L'article 56 de l'Accord semble également applicable. Selon cette disposition, l'accord d'un État membre est réputé avoir été donné à moins que celui-ci ne présente une objection dans un délai déterminé.

8.2. Un tel assentiment préalable du législateur à des amendements futurs est possible, pour autant que certaines conditions soient remplies. C'est ainsi que, dans l'avis portant les numéros 37.954-37.970-37.977-37.978/AG⁶, l'assemblée générale de la section de législation du Conseil d'État a déclaré ce qui suit :

‘Tant la Cour de cassation⁷ que la section de législation du Conseil d'État⁸ admettent que, dans certaines conditions, les Chambres législatives peuvent donner leur assentiment préalable à un traité ou à un amendement à celui-ci. Pour qu'un tel assentiment préalable soit compatible avec l'article 167, §§ 2 à 4, de la Constitution et avec l'article 16 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, deux conditions doivent être réunies : il faut notamment que les Chambres législatives et, le cas échéant, les parlements des communautés et des régions connaissent les limites des futurs amendements⁹ et qu'ils indiquent expressément qu'ils donnent leur assentiment à ces amendements’.

8.3. Les possibilités de recours à la procédure de révision sont formulées en des termes particulièrement larges : il découle en effet de l'article 53 de l'Accord que ‘[l]e présent Accord’ peut être amendé par une décision du Conseil des gouverneurs, soit à la majorité qualifiée des voix, soit – pour certaines dispositions – moyennant l'accord unanime.

Dans la mesure où cela signifierait que l'ensemble de l'Accord pourrait être amendé par la voie de cette procédure, il y aurait lieu de conclure que les conditions précitées, édictées pour qu'il puisse être recouru à l'instrument de l'assentiment préalable de la Chambre aux amendements de l'Accord adoptés sur la base de son article 53, ne sont pas remplies.

⁶ *Note de bas de page 16 de l'avis cité* : Avis rendus le 15 février 2005 sur :

- un avant-projet devenu le décret du 9 juin 2006 ‘portant assentiment au traité établissant une Constitution pour l'Europe, et à l'Acte final, faits à Rome le 29 octobre 2004’ (37.954/AG) (*Doc. parl.*, Parl. fl., 2004-2005, n° 358/1, p. 64) ;
- un avant-projet devenu l'ordonnance du 23 juin 2005 ‘portant assentiment au traité établissant une Constitution pour l'Europe, et à l'Acte final, faits à Rome le 29 octobre 2004’ (37.970/AG) (*Doc. parl.*, Ass. réun. Commission communautaire commune, 2004-2005, n° B-30/1, p. 25) ;
- un avant-projet devenu l'ordonnance du 23 juin 2005 ‘portant assentiment au traité établissant une Constitution pour l'Europe, et à l'Acte final, faits à Rome le 29 octobre 2004’ (37.977/AG) (*Doc. parl.*, Parl. Rég. Brux.-Cap., 2004-2005, n° A-128/1, p. 25) ;
- un avant-projet de loi ‘portant assentiment au traité établissant une Constitution pour l'Europe, et à l'Acte final, faits à Rome le 29 octobre 2004’ (37.978/AG) (*Doc. parl.*, Sénat, 2004-2005, n° 3-1091/1, p. 539).

⁷ *Note de bas de page 17 de l'avis cité* : Note de bas de page n° 35 de l'avis cité : Cass., 19 mars 1981, *Pas.*, 1981, I, n° 417 ; *J.T.*, 1982, 565, et la note de J. VERHOEVEN ; Cass., 2 mai 2002, n° C.99.0518.N.

⁸ *Note de bas de page 18 de l'avis cité* : Note de bas de page n° 36 de l'avis cité : Voir notamment l'avis 33.510/3 du 28 mai 2002 sur l'avant-projet devenu la loi du 17 décembre 2002 portant assentiment à la Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, et aux annexes I et II, faites à Aarhus le 25 juin 1998 (*Doc. parl.*, Sénat, 2001-2002, n° 2-1235/1, p. 48) ; l'avis 35.792/2/V du 20 août 2003 sur l'avant-projet devenu le décret du 27 novembre 2003 portant assentiment à la Convention sur les polluants organiques persistants, faite à Stockholm le 22 mai 2001, ainsi qu'à ses annexes (*Doc. parl.*, C.R.W., 2003/2004, n° 575/1, p. 10) ; l'avis 36.170/1 du 11 décembre 2003 sur l'avant-projet de loi portant assentiment à la Convention sur la sécurité sociale entre le Royaume de Belgique et la République de Croatie, signée à Bruxelles le 31 octobre 2001 (*Doc. parl.*, Sénat, 2004-2005, n° 957/1).

⁹ *Note de bas de page 19 de l'avis cité* : Note de bas de page n° 37 de l'avis cité : Voir notamment les avis cités à la note précédente.

Il doit être toutefois constaté que l'objet de l'Accord, à savoir la création et le fonctionnement d'une Banque asiatique d'investissement dans les infrastructures, est spécifique et limité. Dans ces circonstances, l'assentiment préalable aux amendements de l'Accord adoptés sur la base de son article 53 peut être admis, à condition qu'il s'agisse d'amendements limités à d'éventuelles modifications apportées au texte initial qui se situent dans son prolongement et faisant habituellement l'objet de modifications sous la forme d'accords en forme simplifiée.

Il ne saurait par contre pas en être ainsi pour des amendements à l'Accord portant sur des éléments essentiels quant à l'objet et aux règles de fonctionnement de la Banque. La Chambre des représentants ne pourrait pas être réputée avoir donné son assentiment préalable à un amendement de l'Accord qui en modifierait la nature ou l'essence.

Il importe dès lors que l'obligation d'informer la Chambre – qui constitue l'une des conditions à respecter pour pouvoir recourir à l'assentiment préalable à des amendements ultérieurs de l'Accord – soit organisée de manière telle que cette dernière puisse être en mesure de faire connaître au Gouvernement son éventuelle opposition à une proposition d'amendement pour l'hypothèse où celui-ci irait au-delà de ces limites, et ce de façon à ce qu'il puisse en être tenu compte au moment de déterminer la position de la Belgique avant la réunion du Conseil des gouverneurs qui prendra une décision concernant la proposition. Il est renvoyé sur ce point à l'observation n° 9 formulée ci-dessous.

Lorsque, par hypothèse, la Chambre aura été informée de l'existence d'une proposition d'amendement et aura fait connaître, le cas échéant, sa position par rapport à celle-ci, il appartiendra aux gouvernements, sous le contrôle politique de leurs parlements respectifs, de déterminer la position belge face à pareille proposition d'amendement et, le cas échéant, de décider de retirer le Royaume de Belgique de la Banque conformément à l'article 37 de l'Accord dans l'hypothèse où l'amendement serait adopté. Il importe à cet égard de relever qu'aux termes de l'article 53, paragraphe 2, de l'Accord, 'le droit de se retirer de la Banque', 'les limites à la responsabilité visées à l'article 7, paragraphes 3 et 4' et 'les droits relatifs à l'achat du capital social, visés à l'article 5, paragraphe 4', nécessitent un 'accord unanime' du Conseil des gouverneurs, ce qui empêcherait l'adoption d'un amendement sur ces questions n'ayant pas recueilli l'agrément du gouverneur représentant l'État belge. Plus spécialement, la possibilité d'un retrait de celui-ci ne serait affectée que moyennant son accord.

9. Il convient donc de compléter l'avant-projet par deux dispositions, formant ses articles 4 et 5, le premier procurant un assentiment anticipé aux amendements adoptés sur la base de l'article 53 de l'Accord, le second prévoyant l'obligation pour le Gouvernement de notifier au Parlement, dans un délai déterminé, toute proposition d'amendement à l'Accord déposée dans le cadre des procédures prévues par l'article 53 de l'Accord¹⁰.

¹⁰ Note de bas de page 20 de l'avis cité : Pour la formulation de ces dispositions, on peut s'inspirer des articles 3 et 4 de la loi du 29 février 2016 'portant assentiment au Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation relatif à la Convention sur la diversité biologique, et à l'annexe, faits à Nagoya le 29 octobre 2010'.

En tout état de cause, si des amendements devaient avoir déjà été adoptés sur la base de l'article 53 de l'Accord, ce que le Conseil d'État n'a pas été en mesure de vérifier, la Chambre devrait être invitée, dès à présent, par une autre disposition nouvelle de la loi en projet, à y donner son assentiment et ces amendements devraient être annexés au projet de loi.

10. Il reste une dernière question à examiner, qui concerne la publicité des amendements adoptés selon la procédure à l'examen.

L'assentiment anticipé à de pareilles modifications, qui résulterait de la loi en projet, n'emporte pas dérogation à l'obligation, qui résulte de l'article 190 de la Constitution et de l'article 8 de la loi du 31 mai 1961 'relative à l'emploi des langues en matière législative, à la présentation, à la publication et à l'entrée en vigueur des textes légaux et réglementaires', de publier au *Moniteur belge* ces modifications pour qu'ils produisent leurs effets en droit interne.

L'article 190 de la Constitution réserve à la loi la compétence de déterminer les formes dans lesquelles doivent être publiés les lois et règlements pour être obligatoires. Selon la Cour de cassation, cette disposition constitutionnelle s'applique par analogie aux actes internationaux. Elle a en effet déclaré les traités inopposables aux particuliers tant qu'ils n'ont pas été publiés intégralement au *Moniteur belge*¹¹. L'absence de publication au *Moniteur belge* n'aurait pas soulevé d'objection si l'Accord, tel qu'amendé, qui sera publié au *Moniteur belge*, avait lui-même prévu les formes dans lesquelles ces modifications seront publiées¹²; tel n'est pas le cas en l'espèce, l'article 53, paragraphe 3, de l'Accord se limitant à prévoir 'une communication officielle [des amendements adoptés] adressée [par la Banque] à l'ensemble de ses membres' mais pas de publication des amendements adoptés.

Il y aura lieu en conséquence de publier au *Moniteur belge* les amendements futurs à l'Accord »¹³.

Conformément à ces observations, l'article 3 de l'avant-projet prévoit que les modifications apportées à l'Accord sur la base de son article 53 sortiront leur plein et entier effet. L'avant-projet prévoit ainsi un assentiment anticipé à de telles modifications.

Cela étant, l'avant-projet ne comporte pas de disposition prévoyant l'obligation pour le Gouvernement de notifier au Parlement, dans un délai déterminé, toute proposition d'amendement à l'Accord déposée dans le cadre des procédures prévues par l'article 53 de l'Accord.

¹¹ Note de bas de page 21 de l'avis cité : Cass., 11 décembre 1953, *Pas.*, 1954, I, p. 298 ; 19 mars 1981, précité.

¹² Note de bas de page 22 de l'avis cité : Les règles obligatoires édictées par les organes d'institutions internationales peuvent en effet être rendues obligatoires en droit interne du fait de leur publication dans le bulletin ou le journal officiel édité par ces institutions, par l'effet des clauses contenues dans les traités y relatifs (B. HAUBERT et C. DEBROUX, « L'application du droit international par le juge administratif », *A.P.T.*, 1998, p. 105, note de bas de page n° 110).

¹³ La section de législation s'est également prononcée en ce sens dans l'avis n° 64.079/4-2V donné le 4 septembre 2018 sur un avant-projet de décret de la Région wallonne 'portant approbation des statuts de la Banque asiatique d'investissement dans les infrastructures'.

Au contraire, le commentaire de l'article 3 indique que le Parlement ne doit pas obligatoirement être informé d'éventuelles modifications apportées aux statuts de la Banque conformément à cet article 53.

Cette précision dans le commentaire ne permet pas de donner suite à l'observation susmentionnée. L'avant-projet sera donc adapté.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

Charles-Henri VAN HOVE

Martine BAGUET