

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 196.968 van 15 oktober 2009
in de zaak A. 122.357/XII-3571.**

In zake : 1. Paul WILLE,
 2. André DENYS,
 die woonplaats kiezen bij
 advocaat B. Martens,
 kantoor houdende te Brussel,
 Louizalaan 106

tegen :

het VLAAMS GEWEST,
dat woonplaats kiest bij
advocaat B. Staelens,
kantoor houdende te Brugge,
Stockhouderskasteel
Gerard Davidstraat 46 bus 1.

D E R A A D V A N S T A T E, XIIe K A M E R,

Gezien het verzoekschrift dat Paul Wille en André Denys op 12 april 2002 hebben ingediend om de nietigverklaring te vorderen van de omzendbrief van 11 januari 2002 van de Vlaamse minister van Binnenlandse Aangelegenheden, Ambtenarenzaken en Buitenlands Beleid inzake de toepassing van het decreet van 6 juli 2001 houdende de intergemeentelijke samenwerking;

Gelet op het arrest nr. 111.540 van 15 oktober 2002 waarbij de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing wordt verworpen;

Gezien het verzoekschrift tot voortzetting van het geding van 21 november 2002 ingediend door verzoekers;

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgesteld door auditeur P. De Somere;

Gelet op de beschikking van 17 april 2007 die de neerlegging ter griffie van het verslag en van het dossier gelast;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen en gezien de laatste memories;

Gelet op de beschikking van 10 maart 2009 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 19 mei 2009;

Gehoord het verslag van staatsraad J. Lust;

Gehoord de opmerkingen van advocaat E. Goossenaerts, die loco advocaat B. Martens verschijnt voor verzoekers, en van advocaat B. Staelens, die verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van auditeur P. De Somere;

Gelet op titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973,

OVERWEEGT WAT VOLGT :

Afstand

1. Ter terechtzitting doet tweede verzoeker afstand van het geding. Hierna wordt het beroep dan ook nog alleen onderzocht wat eerste verzoeker betreft.

De ontvankelijkheid ratione materiae

2. Naar eerste verzoeker, die verklaart als lid van het Vlaams Parlement actief te hebben deelgenomen aan de totstandkoming van het decreet van 6 juli 2001 houdende de intergemeentelijke samenwerking (hierna: het decreet van 6 juli 2001), in het verzoekschrift uiteenzet, vertoont de bestreden omzendbrief een verordenend karakter: ze voegt een nieuwe regel aan de bestaande rechtsorde toe; de auteur heeft de bedoeling om de richtlijnen die in de omzendbrief vervat zijn verplicht te stellen; de overheid die de omzendbrief uitvaardigt, heeft de bevoegdheid om degene die de richtlijn moet toepassen te binden; tevens beschikt die overheid over de middelen om de handhaving van de richtlijnen af te dwingen.

Verwerende partij betwist dat en werpt de onontvankelijkheid *ratione materiae* op. Volgens haar blijkt overduidelijk dat de omzendbrief zeker niet verordenend is, maar deels interpretatief en deels beleidsregels inhoudt; de omzendbrief is geenszins op een dusdanige imperatieve wijze opgesteld dat een toetsing eraan mogelijk zou zijn.

3. In beginsel zijn enkel verordenende omzendbrieven vatbaar voor nietigverklaring, terwijl niet-normatieve omzendbrieven geen aanvechtbare rechtshandelingen zijn omdat zij geen rechtsgevolgen met zich meebrengen. Verordenende omzendbrieven hebben tot doel een dwingende rechtsregel te formuleren die moet worden nageleefd door degenen tot wie de omzendbrief is gericht.

In het tweede tot en met negende middel bekritiseert eerste verzoeker telkens een passage van de omzendbrief omdat ze aan de bestaande rechtsorde een nieuwe regel zou toevoegen door bepaalde wetgeving uit te sluiten of van toepassing te verklaren, dan wel door een bepaalde interpretatie te geven die in strijd is met het decreet van 6 juli 2001. Het onderzoek van de exceptie van niet-ontvankelijkheid *ratione materiae* dient bijgevolg tot dat van die middelen te leiden, waarbij middel per middel zal worden nagegaan of de betrokken gewraakte passages al dan niet nieuwe voorschriften aan de bestaande rechtsorde toevoegen met de bedoeling deze regels algemeen verbindend te maken.

4. In een *tweede middel* doet eerste verzoeker gelden dat de omzendbrief bepaalt dat het begrip “beheersoverdracht” in artikel 12, § 1, van het decreet van 6 juli 2001 dient te worden gelezen als “bevoegdheidsoverdracht”, terwijl die bepaling geen betrekking heeft op de bevoegdheidsoverdracht, doch op het uitvoeren van de door de deelnemende gemeenten genomen beslissingen in het kader van de doelstellingen van het samenwerkingsverband.

5. Eerste verzoeker leest in de omzendbrief meer dan er staat. De gewraakte passage luidt :

“Het onderscheid tussen dienstverlenende en opdrachthoudende verenigingen staat in de beheersoverdracht: in de eerste vorm is er geen beheersoverdracht; in de tweede vorm wel. De beheersoverdracht is omschreven in artikel 12 van het decreet: de definitie parafraseert de actueel gebezigde term bevoegdheidsoverdracht, waarmee de intercommunale sector vertrouwd is, maar die minder accuraat is in juridisch opzicht”.

Met deze passus wordt geenszins een nieuwe regel toegevoegd, doch enkel verduidelijkt dat thans, in het artikel 12 van het decreet van 6 juli 2001, de correcte term “beheersoverdracht” wordt gehanteerd. Het is een misvatting dat de omzendbrief in werkelijkheid de bevoegdheidsoverdracht voor ogen heeft en mogelijk maakt.

6. In een *derde middel* voert eerste verzoeker aan dat de bepalingen van de omzendbrief inzake het opsplitsen van beleidsdomeinen bij streekontwikkelingsintercommunales, inzake het opzeggen van verbintenissen bij het splitsen van activiteiten en inzake de te volgen procedure bij het splitsen van vennootschappen, de bewegingsvrijheid van de deelnemende gemeenten aan banden leggen. Hierdoor wordt de decretale bewegingsvrijheid, ingebed in artikel 3 van het decreet van 6 juli 2001, geschonden. Ook behoort het uitsluitend tot de bevoegdheid van de wetgevende macht om de wetten betreffende de handelsvennootschappen voor bestaande intercommunales te wijzigen.

7. De gewraakte passage van de omzendbrief luidt :

“Het onderscheid tussen beide vormen heeft te maken met de beheersoverdracht, die niet toegestaan is in de dienstverlenende vereniging. In de praktijk brengt dit problemen mee voor de streekontwikkelingsintercommunales. Een aantal daarvan kunnen zich naast de klassieke beleidsdomeinen van huisvesting, ruimtelijke ordening, economische planning, waarvoor de gemeenten de opdrachtgevende besturen (kunnen) blijven, ook toeleggen op het afvalbeleid, op grond van een beheersoverdracht. Een van de doelstellingen van het decreet is precies deze taken te scheiden en de activiteiten op het vlak van het afvalbeleid onder te brengen in afzonderlijke oprachthoudende verenigingen, die daarvoor de meest geschikte vorm zijn. Van deze werkwijze bestaan trouwens uitstekende voorbeelden.

Vóór alles moet opgemerkt worden dat een splitsing van de activiteiten de gemeenten er niet toe mag aanzetten hun verbintenissen op te zeggen, als deze opzegmogelijkheid statutair noch quasi-statutair, op grond van lopende overeenkomsten, vastgesteld is.

Ten tweede zijn alle betrokkenen gebaat bij een eenvoudige procedure. Er is geen sprake van een ontbinding van de bestaande verenigingen: het gaat uitsluitend om een afslanking van de doelstellingen door middel van een statutenwijziging. Juridisch heeft dit tot gevolg dat de gemeenten hun bevoegdheden terugnemen. In de mate dat deze gedwongen terugneming evenwel een aantasting betekent van het aan de intercommunale overgedragen beheer, dat op vrijwillige basis niet beëindigd had kunnen worden, kunnen de gemeenten de beheersoverdracht enkel realiseren ten gunste van de nieuwe ‘afgesplitste’ vereniging die ze daarvoor oprichten. De procedure die de vennootschappenwet voorschrijft bij splitsing van vennootschappen en die de ontbinding zonder vereffening veronderstelt, vindt hier geen toepassing”.

Met verwerende partij, in de memorie van antwoord, stelt de Raad van State vast dat de omzendbrief in dit verband geen gebod oplegt. De op het ogenblik van de inwerkingtreding van het decreet van 6 juli 2001 bestaande intercommunales dienen overeenkomstig artikel 79, § 2, eerste lid, van het decreet hun statuten met de bepalingen van het decreet in overeenstemming te brengen binnen een periode van twee jaar vanaf de inwerkingtreding ervan. In de omzendbrief wordt uitgelegd dat het in het decreet gemaakte onderscheid tussen dienstverlenende en opdrachthoudende verenigingen in de praktijk problemen meebrengt voor bestaande streekontwikkelingsintercommunales die de verschillende taken van beide verenigingen combineren, terwijl het precies één van de doelstellingen van het decreet is deze taken te scheiden. Bij het overgaan van de intercommunale vorm naar een dienstverlenende of opdrachthoudende vereniging dient noodzakelijkerwijze een scheiding van taken of beleidsdomeinen te gebeuren.

De omzendbrief stelt terzake enkel een werkwijze voor, zonder verplichtingen. Splitsing van de activiteiten, zo wordt vooreerst opgemerkt, mag de gemeenten er niet toe aanzetten hun verbintenissen op te zeggen als deze opzegmogelijkheid niet is vastgesteld. Voorts wordt meegedeeld dat alle betrokkenen baat hebben bij een eenvoudige procedure, waarbij niet tot een splitsing en ontbinding zonder vereffening van de bestaande verenigingen wordt overgegaan, maar waarbij de doelstellingen worden afgeslankt via een statutenwijziging, hetgeen juridisch tot gevolg heeft dat de gemeenten hun bevoegdheden terugnemen. In zoverre deze terugneming het aan de bestaande intercommunale overgedragen beheer aantast en wanneer de gemeenten hun verbintenissen niet mogen opzeggen omdat niet statutair of op grond van lopende overeenkomsten in deze mogelijkheid is voorzien, laat, aldus de omzendbrief, de beheersoverdracht zich enkel realiseren ten gunste van de nieuwe “afgesplitste” vennootschap die daarvoor wordt opgericht.

De wetten betreffende de handelsvennootschappen die krachtens artikel 5 van de wet van 22 december 1986 betreffende de intercommunales op de bestaande intercommunales van toepassing zijn voor zover de statuten er niet van afwijken, worden door de besproken passage niet gewijzigd. Er wordt enkel gesteld dat de procedure die de vennootschappenwet voorschrijft bij splitsing van vennootschappen, en die de ontbinding zonder vereffening veronderstelt, “hier” niet van toepassing is, precies omdat een ontbinding van de bestaande vereniging niet aan de orde komt vermits ze wordt voortgezet in de vorm van een dienstverlenende vereniging.

Wensen de bestaande intercommunales toch tot splitsing en ontbinding van de bestaande vereniging over te gaan, dan wordt hen dit door de betrokken passage van de omzendbrief niet belet.

Er is des te meer reden om aan te nemen dat geen nieuwe rechtsregel wordt opgelegd, maar slechts op niet-dwingende wijze een bepaalde werkwijze wordt voorgesteld waar, verder in de omzendbrief, met betrekking tot de splitsingsproblematiek eveneens wordt geschreven dat “[i]eder concreet geval [...] ongetwijfeld verschillend [is], zodat terzake hier geen algemene richtlijnen kunnen worden verstrekt” en voorts dat “[d]e splitsing [...] geen eenvoudige operatie [zal] zijn en ook niet tot eenvoudige toepassingen [zal] leiden in de verschillende gevallen”.

8. In een *vierde middel* voert eerste verzoeker aan dat de omzendbrief de interlokale verenigingen onderwerpt aan de wetgeving van de boekhouding terwijl artikel 7 van het decreet dit geenszins bepaalt.

9. De gewraakte passage van de omzendbrief luidt :

“De meest eenvoudige vorm van samenwerking is die zonder de oprichting van een afzonderlijke rechtspersoon. Dergelijke interlokale verenigingen (artikel 6) zijn gebaseerd op een overeenkomst waarin een hele reeks bepalingen zijn opgenomen die als het ware de statuten vormen van een feitelijke vereniging. De initiatiefnemers krijgen de grootst mogelijke vrijheid. Toch is enige verduidelijking hier gepast : de verwijzing naar de opmaak van rekeningen en naar de bestemming van het resultaat wijst op de toepassing van de wetgeving op de boekhouding van de ondernemingen. Dat leidt tot eenvormigheid in alle samenwerkingsverbanden waarvoor het decreet bedoeld is”.

Verwerende partij legt terzake in de memorie van antwoord uit dat de betrokken passage een interpretatie is en geen regelgeving, dat artikel 7 van het decreet stelt dat de overeenkomst met statutaire draagkracht bepalingen bevat inzake de opmaak van rekeningen en de bestemming van het resultaat, dat de minister er op grond van het zorgvuldigheids-, het redelijkheids- en het consistentiebeginsel van is uitgegaan dat artikel 7 het meest adequaat wordt geïnterpreteerd als de interlokale verenigingen ook toepassing maken van de wetgeving op de boekhouding van de ondernemingen, wat leidt tot eenvormigheid in de samenwerkingsverbanden die werden gestructureerd en gestroomlijnd door het decreet.

Die zienswijze wordt gevolgd. Het blijkt niet dat met de bewuste passage een rechtsnorm wordt opgelegd. Het tegendeel is het geval: de woorden “wijst op” houden precies de afwezigheid van enige verplichting in. In zoverre de in de omzendbrief voorgestane interpretatie zou afwijken van de interpretatie van verzoekers, is een toetsing steeds mogelijk naar aanleiding van een concrete casus. Alleszins wordt de interpretatie in de omzendbrief niet zodanig dwingend opgelegd dat de geadresseerden niet anders kunnen dan in overeenstemming ermee te handelen.

10. In een *vijfde middel* doet eerste verzoeker gelden dat de omzendbrief bepaalt dat de bestaande intercommunales onmiddellijk dienen over te gaan tot het wijzigen van de statuten, terwijl artikel 79, § 2, juncto artikel 3 van het decreet bepaalt dat de bestaande intercommunales hun statuten met het decreet in overeenstemming dienen te brengen binnen een periode van twee jaar vanaf de inwerkingtreding ervan. Door te vermelden dat de statuten onmiddellijk moeten worden aangepast, neemt de omzendbrief het voordeel van strategisch overleg weg en beknot ze aldus ernstig de bewegings- en beslissingsvrijheid van de bestaande intercommunales.

11. De gewraakte passage van de omzendbrief luidt :

“De vraag of dit jaar nog een algemene vergadering moet worden belegd, zoals voorgeschreven in het laatste lid van artikel 44, moet negatief beantwoord worden. Immers, op de eerstvolgende algemene vergadering komen minstens de statutenwijzigingen aan bod met betrekking tot de artikels die onmiddellijk van toepassing zijn verklaard, maar die, zoals reeds aangestipt, in de statuten verwerkt moeten worden. Aan iedere statutenwijziging gaat een termijn van negentig dagen vooraf om de gemeenten de kans te geven de voorstellen te bespreken in de gemeenteraad en het mandaat van de vertegenwoordigers te bepalen. Gelet op het ogenblik van inwerkingtreding van het decreet kan dat niet meer dit jaar, maar wel begin volgend jaar. Het lijkt niet redelijk, ook vanuit financieel oogpunt, dat de intercommunales kort na elkaar twee algemene vergaderingen moeten houden, één in het najaar ter uitvoering van artikel 44, en één in het daaropvolgende voorjaar voor een eerste reeks statutenwijzigingen.

De intercommunales die nu reeds gewend zijn in het najaar een algemene vergadering te beleggen, hoeven met deze goede gewoonte niet te breken. Ik [...] verwacht evenwel dat ten laatste de gewone algemene vergadering in het voorjaar van 2002 zich buigt over de statutenwijzigingen die nodig zijn voor de toepassing van de artikels 44 en 52 van het decreet. Deze statutenwijziging geldt dan niet als de wijziging, bedoeld in artikel 79, § 2, tweede lid, van dit decreet, en leidt dus niet tot de onmiddellijke inwerkingtreding van het decreet”.

Gelet op artikel 79, § 2, eerste lid, van het decreet van 6 juli 2001 dienen de bestaande intercommunales hun statuten in overeenstemming te brengen met de bepalingen ervan binnen een periode van twee jaar vanaf de inwerkingtreding ervan, op 10 november 2001. Luidens artikel 79, § 2, tweede lid, van het decreet treedt het te hunnen opzichte in werking de dag volgend op de beslissing van de algemene vergadering tot aanpassing van de statuten aan de bepalingen van dit decreet.

Zoals de verwerende partij evenwel terecht onder de aandacht brengt, zijn een aantal bepalingen reeds vanaf de inwerkingtreding van het decreet onmiddellijk van toepassing op reeds bestaande intercommunales en dit los van het feit of zij de statutenwijziging al dan niet reeds hebben doorgevoerd. De omzendbrief stelt hieromtrent, wat door eerste verzoeker niet wordt betwist, dat het decreet tien dagen na publicatie van toepassing is op bestaande intercommunales wat de bepalingen betreft die zijn opgesomd in artikel 79, § 2, derde lid, en dit ongeacht andersluidende statutaire bepalingen, die vanaf dit ogenblik als ongeschreven worden beschouwd in afwachting van de aan te brengen statutenwijzigingen.

Door in de gewraakte passage te stellen dat ten laatste de gewone algemene vergadering in het voorjaar van 2002 zich dient te buigen over de statutenwijzigingen die nodig zijn voor het toepassen van de artikelen 44 en 52 van het decreet, alsook dat deze statutenwijziging niet geldt als de wijziging bedoeld in artikel 79, § 2, tweede lid, van het decreet en bijgevolg niet leidt tot de onmiddellijke inwerkingtreding van het decreet, wordt een evidente interpretatie gegeven van artikel 79, § 2, derde lid, van het decreet, en wordt geenszins een nieuwe rechtsregel ingevoerd.

12. In een *zesde middel* roepen verzoekers in dat de omzendbrief dwingend verbiedt het provinciaal aandeel in kapitaal in de overgangsperiode te verhogen vooraleer het in 2007 of in 2013 definitief te reduceren, terwijl het decreet inzake het provinciaal aandeel buiten de 20%-participatieregel bepaald in artikel 22, derde lid, en artikel 63, tweede lid, geen enkele andere beperking oplegt. Deze participatieregel is geenszins overeenkomstig artikel 79, § 2, van het decreet onmiddellijk van toepassing op de bestaande intercommunales. Artikel 80 van het decreet bepaalt daarentegen dat de bestaande intercommunales waarin één of meer provincies deelnemen hun statuten in die zin aanpassen dat de inbreng van de

provincies op 31 december 2006 maximum 20 % van het totaal maatschappelijk kapitaal bedraagt en dat de Vlaamse regering, op verzoek van de algemene vergadering en op grond van een omstandig financieel verslag dat de noodzaak van het verzoek aantoonde, eenmalig bij gemotiveerd besluit de einddatum van 31 december 2006 naar ten laatste 31 december 2012 kan verschuiven. Artikel 80 schrijft niet voor dat de deelnemende provincies niet eerst een kapitaalverhoging zouden mogen doorvoeren om dan vervolgens hun kapitaalsaandeel te reduceren tot 20 %.

13. De gewraakte passage van de omzendbrief luidt :

“de provincies kunnen blijven deelnemen [in de samenwerkingsverbanden met rechtspersoonlijkheid], maar hun deelneming wordt slechts toegestaan of, in de bestaande intercommunales, geleidelijk afgebouwd tot 20 % van het kapitaal (artikel 22 en 63). [...] Wat zeker niet geoorloofd is, is dat in de bestaande intercommunales gedurende de overgangsperiode vóór de afbouw van de provinciale deelneming, eerst nog dat kapitaalsaandeel wordt opgedreven om het bij het einde van de overgang, in 2007 of in 2013 definitief te reduceren”.

In de artikelen 22 en 63 bepaalt het decreet van 6 juli 2001 dat de deelneming van één of meer provincies samen niet meer mag bedragen dan 20 % van het totale maatschappelijk kapitaal. Blijkens artikel 80, § 1, eerste lid, van het decreet passen de bedoelde intercommunales “hun statuten in die zin aan dat op 31 december 2006 de inbreng van de provincies maximum 20 % van het totale maatschappelijk kapitaal bedraagt”. Luidens het tweede lid kan de Vlaamse regering, op verzoek van de algemene vergadering die daartoe beslist in de loop van het jaar 2005 met eenparigheid van stemmen van de gemeentelijke afgevaardigden, op grond van een omstandig financieel verslag dat de noodzaak van het verzoek aantoonde, éénmalig de einddatum van 31 december 2006 verschuiven naar ten laatste 31 december 2012.

Zoals vooral het tweede lid van het artikel 80, § 1, laat begrijpen, strekt de overgangsperiode er toe om een verlaging van het provinciale aandeel tot 20 % mogelijk te maken -in de woorden van verwerende partij in de memorie van antwoord- “zonder dat de gemeenten zich financieel al te veel pijn moeten doen”. Met andere woorden is de overgangsperiode bedoeld om de last voor de gemeenten te spreiden en niet om de lasten op te drijven. De stelling dat het “zeker niet geoorloofd is” het provinciale kapitaalsaandeel eerst op te drijven om het nadien op

het einde van de overgangperiode te reduceren, is in dit licht -niet minder, maar ook niet meer dan- een plausibele en niet onlogische interpretatie van het decreet.

14. In een *zevende middel* betoogt eerste verzoeker dat de omzendbrief vooropstelt dat een belang van de vennootschap of *affectio societatis* wordt nagestreefd, terwijl uit artikel 3 van het decreet van 6 juli 2001 moet worden afgeleid dat een intergemeentelijk samenwerkingsverband enkel met bepaalde oogmerken van gemeentelijk belang wordt opgericht. De omzendbrief laat toe een ander belang dan het gemeentelijk belang na te streven, wat tot gevolg heeft dat de gemeentelijke autonomie in een intergemeentelijk samenwerkingsverband volledig buitenspel wordt gezet. Wanneer een gemeente tot een samenwerkingsverband zou toetreden, zal haar vertegenwoordiger niet het belang van de gemeente, doch dat van de vereniging zelf dienen, hetgeen manifest in strijd is met de *ratio legis* van het decreet.

15. De gewraakte passage van de omzendbrief luidt :

“de bestuurders, op voordracht van de gemeenten benoemd door de algemene vergadering, dienen het belang van de vereniging en niet dat van hun eigen gemeente. Doorgaans zal het belang van de vereniging parallel lopen met dat van de verenigde gemeenten, maar individueel per gemeente is dat niet vanzelfsprekend. Voor de bestuurders evenwel primeert de *affectio societatis*”.

Er valt niet in te zien op welke wijze deze zinsneden een nieuwe rechtsregel zou invoeren. Artikel 3 van het decreet bepaalt dat twee of meer gemeenten, met het oog op het gemeenschappelijk behartigen van doelstellingen van gemeentelijk belang, onder de in het decreet bepaalde voorwaarden, samenwerkingsverbanden tot stand kunnen brengen. De doelstelling van de vereniging moet derhalve het behartigen van doelstellingen van gemeentelijk belang, gemeenschappelijk aan de verenigde gemeenten, zijn. De overweging dat de bestuurder dit belang van de vereniging voorop dient te stellen, boven het belang van de gemeente die hij vertegenwoordigt, is daar het logische gevolg van. Anders dan eerste verzoekster argumenteert, laat de omzendbrief met de besproken passus geenszins toe dat de vereniging een ander belang dan het gemeenschappelijk gemeentelijk belang zou mogen nastreven.

16. In een *achtste middel* voert eerste verzoeker aan dat de omzendbrief voor alle samenwerkingsverbanden de verplichting oplegt de wetgeving op de overheidsopdrachten toe te passen, ofschoon artikel 6 van het

decreet van 6 juli 2001 geenszins bepaalt dat interlokale verenigingen, zijnde samenwerkings-verbanden zonder rechtspersoonlijkheid, aan de wetgeving op de overheids-opdrachten onderworpen zijn. Een interlokale vereniging wordt ook niet opgericht met leveringen en diensten als doelstelling, doch om te zorgen voor een beleids-afstemming op domeinen zoals cultuur, welzijn en sport, terwijl de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten (hierna: de wet van 24 december 1993) slechts van toepassing is op overheidsopdrachten voor de aanneming van werken, leveringen en diensten.

17. De gewraakte passage van de omzendbrief luidt :

“Er mag hier ook herinnerd worden aan de verplichting voor alle samenwerkingsverbanden de wetgeving op de overheidsopdrachten toe te passen. Voor de interlokale verenigingen, die zelf geen rechtspersoonlijkheid bezitten, betekent dit dat alle door de deelnemers gestelde handelingen in het kader van deze samenwerking, aan de betrokken wetgeving onderworpen zijn volgens de principes die voor elk van hen gelden”.

Ook in deze passage wordt geen nieuwe rechtsregel ingevoerd. Terecht wijst verwerende partij er in de memorie van antwoord op dat de omzendbrief enkel er aan herinnert dat voor interlokale verenigingen, die zelf geen rechtspersoonlijkheid bezitten, alle door de deelnemers gestelde handelingen in het kader van deze samenwerking aan de wetgeving inzake overheidsopdrachten zijn onderworpen volgens de principes die voor elk van de deelnemers gelden. Er wordt niet gesteld dat de interlokale vereniging zelf de wetgeving op de overheidsopdrachten dient toe te passen.

18. In een *negende middel* doet eerste verzoeker in een *eerste onderdeel* gelden dat de omzendbrief verbiedt dat gemeenten-oprichters van een opdrachthoudend samenwerkingsverband de vereniging inhoudelijk zouden “ontmantelen” en de activiteiten zouden toevertrouwen aan derden, terwijl artikel 78 van het decreet bepaalt dat dienstverlenende en opdrachthoudende verenigingen kunnen deelnemen in publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtspersonen die zelf deze rechtsvorm niet hebben aangenomen, voorzover het maatschappelijk doel van deze rechtspersonen overeenstemt met de eigen doelstellingen en de wetgeving op de overheidsopdrachten wordt gerespecteerd. Bijgevolg verbiedt artikel 78 van het decreet niet dat een opdrachthoudende vereniging opdrachten zou laten uitvoeren door derden.

In een *tweede onderdeel* voert eerste verzoeker aan dat de omzendbrief bepaalde activiteiten met betrekking tot een opdrachthoudende vereniging verbiedt, niettegenstaande deze decretaal zijn toegestaan, alsook een juridische constructie vooropstelt die niet overeenstemt met artikel 78 van het decreet. De omzendbrief laat immers een participatie van een dienstverlenende vereniging in een opdrachthoudende vereniging toe en prijst de omgekeerde richting nog meer aan, door te stellen dat deze procedure eenvoudiger zou zijn, niettegenstaande artikel 78 van het decreet duidelijk bepaalt dat dienstverlenende en opdrachthoudende verenigingen kunnen deelnemen in publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtspersonen die deze rechtsvorm zelf niet hebben aangenomen, waarmee ongetwijfeld wordt bedoeld dat geen participatie mogelijk is tussen dienstverlenende en opdrachthoudende verenigingen onderling.

In een *derde onderdeel* betoogt eerste verzoeker dat de omzendbrief elke vorm van participatie na opheffing van de gemengde intercommunales afwijst terwijl de decreetgever via artikel 78 de mogelijkheid van participatie heeft voorzien.

19. De gewraakte passages van de omzendbrief luiden

- wat het eerste onderdeel betreft :

“Als gemeenten een opdrachthoudende vereniging oprichten, kan het niet de bedoeling zijn deze vereniging inhoudelijk uit te kleden, en via overeenkomst of via deelneming, zowel in intercommunaal verband als met toepassing van artikel 78 van het decreet, de activiteiten toe te vertrouwen aan derden”;

- wat het tweede onderdeel betreft :

“Ten tweede zijn alle betrokkenen [bij de splitsing van de activiteit] gebaat bij een eenvoudige procedure. Er is geen sprake van een ontbinding van de bestaande verenigingen : het gaat uitsluitend om een afslanking van de doelstellingen door middel van een statutenwijziging. Juridisch heeft dit tot gevolg dat de gemeenten hun bevoegdheden terugnemen. In de mate dat deze gedwongen terugneming evenwel een aantasting betekent van het aan de intercommunale overgedragen beheer, dat op vrijwillige basis niet beëindigd had kunnen worden, kunnen de gemeenten de beheersoverdracht enkel realiseren ten gunste van de nieuwe ‘afgesplitste’ vereniging die ze daarvoor oprichten. De procedure die de vennootschappenwet voorschrijft bij splitsing van vennootschappen en die de ontbinding zonder vereffening veronderstelt, vindt hier geen toepassing.

Wel passen de gemeenten de in het decreet omschreven oprichtingsprocedure toe. Ze vormen een overlegorgaan, omdat een bestuursplan en een ondernemingsplan nodig zijn. Dat daarbij een beroep

gedaan wordt op advies en bijstand van de oorspronkelijke intercommunale, die ook een openbaar bestuur is en waarvan de medewerking haast onontbeerlijk is, vormt geen probleem. De deelneming van deze intercommunale in de nieuwe vereniging behoort theoretisch tot de mogelijkheden.

Toch lijkt dit in de praktijk moeilijk realiseerbaar. Als dienstverlenende partner moet ze dan de ondersteuning die op een aantal domeinen is toegezegd duidelijk omschrijven in de inbreng die ze verricht en die het kenmerk moet dragen van de beheersoverdracht. Daarentegen zou het voor het lot van de installaties een goede regeling zijn. Het omgekeerde is eenvoudiger : de opdrachthoudende vereniging treedt toe tot de oorspronkelijke intercommunale, die volgens het nieuwe stelsel een dienstverlenende vereniging is. Ze kan dan als partner een beroep doen op de gewenste ondersteuning.

[...]

De overstap van het personeel dat rechtstreeks verbonden is met de overgedragen activiteit, kan enkel als aan zijn statuut niet geraakt wordt. De nieuwe vereniging moet daarmee rekening houden wanneer ze, overeenkomstig artikel 69 van het decreet, een administratief en geldelijk statuut opstelt. Terbeschikkingstelling van personeel door het ene openbaar bestuur aan het andere is strijdig met de wetgeving op de uitzendarbeid en komt dus niet in aanmerking. Administratief personeel dat nu in de intercommunales in kwestie ingezet wordt voor het geheel van de activiteiten kan enerzijds in aanmerking komen voor overgang, indien een ontubbeling van de diensten mogelijk is. Anderzijds kan dit personeel prestaties leveren ten behoeve van de opdrachthoudende vereniging als partner in de dienstverlenende vereniging. Wat de goedkopere optie is, moet berekend worden. Hier ook zal het fiscale aspect meespelen”;

- wat het derde onderdeel betreft :

“Het is niet de bedoeling dat als alternatief voor de opheffing van de gemengde intercommunale sector, de gemeenten en hun verenigingen stelselmatig hun toevlucht nemen tot een samenwerking op grond van artikel 78, waarbij hun inspraak veel geringer is.

Artikel 78 moet dus zo worden begrepen dat het samenwerkingsverband geen lege doos wordt en dat het de uitvoering van zijn opdrachten volledig toevertrouwt aan een derde maatschappij. De vereniging moet meester blijven van haar eigen doelstelling en van de verwezenlijking daarvan, desnoods in samenwerking met derden, maar zonder afstand te doen van haar bevoegdheden. Vanzelfsprekend doet deze vaststelling geen afbreuk aan andere wettelijke bepalingen die nu al van kracht zijn in bepaalde sectoren”.

Volgens de in het eerste en derde onderdeel geïllustreerde passages is het niet, en mag het niet, de bedoeling zijn dat de gemeenten een opdrachthoudende vereniging oprichten om ze dan “uit te kleden” en er een lege doos van te maken door “stelselmatig” en “volledig” haar opdrachten aan een derde maatschappij toe te vertrouwen. Waar een opdrachthoudende vereniging, gelet op artikel 12, § 2, van het decreet van 6 juli 2001, per definitie een samenwerkingsverband met beheersoverdracht is, waaraan de deelnemende gemeenten de uitvoering van een of meer duidelijk omschreven bevoegdheden toevertrouwen,

wordt hiermee slechts een evidente interpretatie meegedeeld. De betrokken passussen voegen geen nieuwe, verplicht toe te passen rechtsregels aan de bestaande rechtsorde toe.

Het tweede onderdeel beoogt passussen die moeten aantonen dat de verwerende partij participaties van een dienstverlenende in een opdrachthoudende vereniging toelaat, en omgekeerd, terwijl dit zou verboden worden door het decreet van 6 juli 2001, waarvan artikel 78, eerste lid, luidt :

“Onverminderd andere wettelijke of decretale bepalingen kunnen dienstverlenende en opdrachthoudende verenigingen deelnemen in publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtspersonen die zelf niet deze rechtsvorm hebben aangenomen, voorzover het maatschappelijk doel van deze rechtspersonen overeenstemt met de eigen doelstellingen en voorzover de wetgeving van de overheidsopdrachten wordt nageleefd”.

Wat er van deze aangehaalde bepaling ook zij, ze geldt expliciet “onverminderd andere wettelijke of decretale bepalingen”. Dat houdt in dat bij de beoordeling of de door het tweede onderdeel bekritiseerde vermeldingen van de omzendbrief rechtsregels aan het decreet toevoegen, niet voorbijgegaan mag worden aan artikel 10, eerste lid, en artikel 29, eerste lid, van het decreet. Die voorschriften laten duidelijk voor dienstverlenende of opdrachthoudende verenigingen de ruimte om deel te nemen aan het oprichten van een andere dienstverlenende of opdrachthoudende vereniging. In artikel 29, tweede lid, van het decreet wordt zelfs uitdrukkelijk gesteld dat indien aan het oprichten van dienstverlenende of opdrachthoudende verenigingen wordt deelgenomen door andere openbare besturen, het oprichtingsdossier de beslissing omvat van het orgaan dat daartoe bevoegd is en dat dit voor een deelnemende dienstverlenende of opdrachthoudende vereniging steeds de algemene vergadering is. Ook artikel 32, tweede lid, van het decreet bevat in verband met het toetreden van een dienstverlenende of opdrachthoudende vereniging tot een dienstverlenende of opdrachthoudende vereniging een bepaling in die zin.

Overigens betreft de door het onderdeel bekritiseerde passage wezenlijk een voorstel van werkwijze, zonder verplichtingen, ter splitsing van de taken of activiteiten van -inzonderheid- de bestaande streekontwikkelings-intercommunes. In dit verband werd reeds hiervoor, *sub* nr. 7, vastgesteld dat er geen nieuwe algemene rechtsregel door wordt ingevoerd.

20. Resumerend wordt niet aannemelijk gemaakt dat de bestreden omzendbrief nieuwe rechtsregels aan de bestaande rechtsorde toevoegt en dwingend bedoeld is. De passussen die eerste verzoeker wraakt, betreffen in wezen enkel een begeleidend schrijven of een hulpmiddel bij het interpreteren van het decreet.

De exceptie is gegrond; het beroep is gericht tegen een niet voor nietigverklaring vatbare handeling.

**OM DIE REDENEN
BESLIST DE RAAD VAN STATE :**

Artikel 1.

De afstand van het beroep door tweede verzoeker wordt vastgesteld.

Artikel 2.

Het beroep van eerste verzoeker wordt verworpen.

Artikel 3.

De kosten van de vordering tot schorsing en van het beroep tot nietigverklaring, bepaald op 700 euro, komen ten laste van verzoekers, ieder voor de helft.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op
vijftien oktober 2009, door de XIIe kamer, die was samengesteld uit :

de HH.	D. VERBIEST,	kamervoorzitter,
	J. LUST,	staatsraad,
	G. VAN HAEGENDOREN,	staatsraad,
	F. BONTINCK,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

F. BONTINCK.

D. VERBIEST.