

KONINKRIJK BELGIE.

ADVIES VAN DE RAAD VAN STATE.

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, eerste kamer, op 4 oktober 1993 door de Vlaamse minister van Financiën en Begroting, Gezondheidsinstellingen, Welzijn en Gezin, verzocht haar van advies te dienen over een voorontwerp van decreet "tot regularisatie van de toetreding van de Vlaamse Regering tot verenigingen zonder winstoogmerk", heeft op 7 oktober 1993 het volgende advies gegeven :

1. Naar luid van artikel 1, tweede lid, van de wet van 27 juni 1921 waarbij aan de verenigingen zonder winstgevend doel en aan de instellingen van openbaar nut rechtspersoonlijkheid wordt verleend, is de vereniging zonder winstgevend doel "die welke niet nijverheids- of handelszaken drijft of welke niet tracht een stoffelijk voordeel aan haar leden te verschaffen".

Behoudens de vereisten welke in artikel 26 van de wet van 27 juni 1921 op het vlak van de nationaliteit van de leden van de vereniging zijn ingeschreven, bevat die wet geen andere uitdrukkelijke beperkingen wat het lidmaatschap van een vereniging zonder winstoogmerk betreft (1).

Uit de parlementaire voorbereidende werken zomede uit de algemene economie van de wet, wordt afgeleid dat rechtspersonen kunnen meewerken aan het oprichten van een vereniging zonder winstoogmerk of dat ze tot een dergelijke vereniging kunnen toetreden (2). Niet betwist wordt dat ook

(1) BUISSERET A., *Traité des associations sans but lucratif aux points de vue civil et fiscal*, Leuven, 1960, blz. 60-61.

(2) LINDEMANS J., *Verenigingen zonder winstoogmerk*, Algemene Praktische Rechtsverzameling, Brussel, 1958, nr. 319, blz. 152; 't KINT J., *Associations sans but lucratif*, in : *Répertoire notarial*, Deel XIV - Droit public et administratif, Boek IX, Brussel, 1987, nr. 90, blz. 62.

publiekrechtelijke rechtspersonen zoals de federale Staat, de Gemeenschappen en de Gewesten, dat recht hebben (1).

2. Het toetreden tot of het medeoprichten van een vereniging zonder winstoogmerk impliceert dat de publiekrechtelijke rechtspersoon handelt in overeenstemming met de wets- en reglementsbepalingen op het vlak van inzonderheid het aangaan van verbintenissen en het vertegenwoordigen in rechte.

Daarnaast dient de toetreding of de medeoprichting uiteraard te geschieden binnen de perken van de bevoegdheid van de betrokken publiekrechtelijke rechtspersoon, hetgeen erop neerkomt dat er een zichtbare band moet zijn tussen het maatschappelijk doel van de vereniging en de bevoegdheid al naar de aangelegenheid van de rechtspersoon die aan de vereniging deelneemt. Het maatschappelijk doel, en minder de juridische vorm, is trouwens mede determinerend om uit te maken of de betrokken vereniging - voor het geheel van haar rechtshandelingen of voor een deel ervan - al dan niet een administratieve overheid is in de zin van artikel 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State (2).

(1) CAMBIER C., Droit administratif, Brussel, 1968, blz. 154 e.v.; CHANDELLE J.-M., Les membres de l'A.S.B.L. : accès et exclusion, in : Les A.S.B.L. Evaluation critique d'un succès, Gent, 1985, blz. 347. Zie ook Cass., 6 april 1922, Pas. 1922, I, blz. 235.

(2) Zie onder meer R.v.St., SCHEUERMANN, nr. 19.776, van 27 juli 1979.

Zelfs al valt het maatschappelijk doel van de vereniging zonder winstoogmerk binnen de grenzen van de bevoegdheid van de betrokken publiekrechtelijke rechtspersoon, dan nog zal de medeoprichting van of de toetreding tot de vereniging niet voor gevolg kunnen hebben dat erdoor aan de vereniging bevoegdheden worden toegewezen die hetzij door de Grondwet, de wet of het decreet aan de betrokken overheid uitdrukkelijk zijn voorbehouden, hetzij op het waarnemen van essentiële overheidsfuncties betrekking hebben. Reële bevoegdheden van die aard kunnen voor de toepassing van een contractueel procédé, hieronder mede begrepen dat van een vereniging in de zin van de wet van 27 juni 1921, niet in aanmerking komen (1). Evenmin is te aanvaarden dat de publiekrechtelijke rechtspersoon, door het toetreden tot of het medeoprichten van een vereniging, op een onbepaalde en algemene wijze van zijn bevoegdheden afstand zou doen (2).

3. Door het medeoprichten van of het toetreden tot een vereniging zonder winstoogmerk kiest de federale Staat, de Gemeenschap, het Gewest of een ander publiekrechtelijk rechtspersoon, voor het contractueel procédé en derhalve

(1) Zie BOLAND G., Verslag R.v.St., Brusselse Agglomeratie en Stad Brussel, nr. 16.182, van 28 december 1973, R.J.D.A., 1974, blz. 158 e.v.; LEWALLE P., Les A.S.B.L., moyen d'action des pouvoirs publics ?, in : Les A.S.B.L. Evaluation critique d'un succès, Gent, 1985, blz. 288 e.v.

(2) LEWALLE P., o.c., blz. 288-289 en 300.

voor een inkrimping van de unilaterale gezagsuitoefening. Uit het lidmaatschap van een vereniging zonder winstoogmerk volgt voor de betrokken publiekrechtelijke rechtspersoon immers niet dat de vereniging onder het hiërarchisch gezag of het tutelaire toezicht van deze komt te staan.

Het toetreden tot of het medeoprichten van een vereniging zonder winstoogmerk gaat - zoals zoëven al is opgemerkt - in hoofde van de overheid uiteraard gepaard met het op eigen initiatief verminderen van de unilaterale gezagsuitoefening. Doordat in de regel een taak van de overheid door deze naar een vereniging wordt afgeschoven, kan zelfs sprake zijn van het afstand doen of overdragen van het uitoefenen van een bevoegdheid die in ons staatsbestel bij definitie een toegewezen bevoegdheid is (zie artikel 78 van de Grondwet en artikel 78 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen). Op die gronden is de rechtsleer de mening toegedaan dat voor die toetreding of medeoprichting een voorafgaande machtiging van de wetgever is vereist (1). Of een dergelijke machtiging op een algemene wijze in de wet van 27 juni 1921 is vervat dan wel uit een specifieke wetsbepaling moet blijken, is een onderwerp van betwisting (2).

Dienomtrent kan men aan twee vaststellingen niet voorbij. Vooreerst is er het feit dat een veelheid van zogeheten administratieve verenigingen zonder winstoogmerk

(1) LEWALLE P., o.c., blz. 277-278.

(2) Ibidem, blz. 278 e.v.

is opgericht zonder dat een speciale wetsmachtiging eraan is voorafgegaan. Vervolgens lijken in de controverse ter zake het juridisch gegeven van de keuze van de regel van privaatrecht en de afzwakking van de parlementaire controle op de handelingen van het bestuur niet steeds in volle klaarheid van elkaar te worden onderscheiden. Onbetwistbaar is dat door een bestuursbeleid bij wege van verenigingen zonder winstoogmerk - de vereniging weze al dan niet meer dan een vehikel voor het toekennen van subsidies of het aanreiken van werkingsmiddelen - de onmiddellijke parlementaire controle op het uitoefenen van de verenigingsopdracht welke bij hypothese een overheidstaak is, in een ruime mate zo niet in de totaliteit wordt geëlimineerd, om te worden verschoven naar de enkele controle op de uitgaven van het regerend element. Het is waarschijnlijk op dat gebeuren dat in de memorie van toelichting wordt gealludeerd wanneer sprake is van het herstel van het geschonden prerogatief van de Vlaamse Raad. Hieraan mag onmiddellijk worden toegevoegd dat het ontwerp op dat punt geen sluitende regeling inhoudt.

4. Met het thans voorliggend ontwerp wordt voor een uitdrukkelijke machtiging vanwege de decreetgever geopteerd. Doch die machtiging is zeer breed en reële remmingen zijn niet ingebouwd.

Aan de Vlaamse Regering wordt inderdaad op een algemene wijze machtiging verleend om toe te treden tot verenigingen zonder winstoogmerk - het opschrift van het ontwerp is derhalve op dat punt te eng -, terwijl de toetredingen, rechtstreeks of zijdelings, waartoe de Vlaamse Regering in het verleden besliste, worden "geregulariseerd" (beter ware : "bevestigd").

.../...

De machtiging wordt voorts verleend op de summiere voorwaarden, enerzijds, dat de Vlaamse Regering jaarlijks aan de Vlaamse Raad meedeelt tot welke verenigingen zij is toegetreden, anderzijds, dat de statuten van de vereniging en de in de statuten aangebrachte wijzigingen, na goedkeuring door de Vlaamse Regering, bij de Vlaamse Raad onverwijld worden neergelegd.

5. De memorie van toelichting doet ervan blijken en aan de Raad van State is bevestigd dat met het ontwerp beoogd wordt tegemoet te komen aan de opmerking dat in het verleden met de toetreding door of namens de Vlaamse Regering tot verenigingen zonder winstoogmerk, wordt voorbijgegaan aan de mogelijkheid geboden door artikel 9 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen dat luidt als volgt :

"In de aangelegenheden die tot hun bevoegdheden behoren, kunnen de Gemeenschappen en de Gewesten gedecentraliseerde diensten, instellingen en ondernemingen oprichten of kapitaalsparticipaties nemen.

Het decreet kan aan voornoemde organismen rechtspersoonlijkheid toekennen en hun toelaten kapitaalsparticipaties te nemen. Onverminderd artikel 87, § 4, regelt het hun oprichting, samenstelling, bevoegdheid, werking en toezicht".

Die opmerking is niet onterecht. Men mag evenwel niet vergeten dat het de overheid, voor het uitvoeren van haar taken, niet ontzegd is op een contractueel procédé een beroep te doen. De praktijk toont aan dat het contractueel

.../...

procédé (zie bijvoorbeeld het ontwerp van decreet betreffende de milieubeleidsovereenkomsten, Gedr. St., Vlaamse Raad, 1992-1993, nr. 401/1) naast het gezagmatig optreden een bestaansrecht heeft verworven. De zogeheten twee-wegenleer - waarvan de thans voorliggende problematiek een specifiek onderdeel is - is een feit (1).

Indien men van die vaststelling uitgaat, staan voor het door het ontwerp blijkbaar nagestreefde doel (2), twee banen open.

Ofwel maakt men toepassing van het bepaalde in artikel 9 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 en vormt men, wat het verleden betreft, de in artikel 3 van het ontwerp beoogde verenigingen zonder winstoogmerk om tot openbare instellingen.

Ofwel doet men een beroep op het contractueel procédé zoals dat, wat de verenigingen zonder winstoogmerk betreft, geregeld wordt in en beheerst wordt door de wet van 27 juni 1921.

(1) Zie H. SIMON, Publiekrecht of privaatrecht ? Een geschiktheidsonderzoek aan de hand van het nutsmaximalisatiebeginsel toegespitst op het gebruik van het privaatrecht door het bestuur, Zwolle 1993. Zie ook het speciaal nummer van het Nederlands Juristenblad van 8 april 1993 over "De staat van het covenant" en W. VAN GERVEN, Hoe blauw is het bloed van de prins ?, Antwerpen 1984, blz. 61 e.v.

(2) Aan de Raad van State kon omtrent het met het ontwerp precies te bereiken doel geen uitsluitel worden gegeven.

Het ontwerp lijkt voor het laatstgenoemde procédé te opteren, doch het biedt, gelet op de algemene bewoordingen ervan, noch zekerheid, noch duidelijkheid omtrent essentiële aangelegenheden zoals het aanwenden van de ter beschikking gestelde werkmiddelen, het bereiken van het gestelde doel of het toezicht op de betrokken verenigingen of omtrent het gewilde publiek- of privaatrechtelijk karakter van de handelingen van de verenigingen. Over de bevoegdheid van de decreetgever op dat punt volgt verder een opmerking.

6. Zo ervoor wordt geopteerd de bestaande verenigingen zonder winstoogmerk tot welke de Vlaamse Regering is toegetreden, om te vormen tot openbare instellingen, zal dit best vereniging per vereniging gebeuren, waarbij telkens de bestaande vereniging vooraf zal moeten worden ontbonden overeenkomstig de daartoe in de wet van 27 juni 1921 voorziene procedure, hetgeen in de regel de instemming van de andere leden van de vereniging - desgevallend particulieren - noodzakelijk maakt. Nadat alzo de vereniging is ontbonden, kan de decreetgever overeenkomstig het bepaalde in artikel 9 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980, tot de oprichting van de openbare instelling overgaan, althans wanneer de nieuwe instelling met de taken van de ontbonden vereniging wordt belast.

Gegeven dat de decreetgever voor het privaatrechtelijk procédé kiest, moet die keuze geschieden met inachtneming van de regels die opgenomen zijn in de wet van

.../...

27 juni 1921 en in hun essentiële gegevens buiten het bereik van de decreetgever staan.

Belangrijk is erop te wijzen dat de wet van 27 juni 1921 niet eraan in de weg staat dat de decreetgever klemmende voorwaarden bepaalt waaronder de Vlaamse Regering tot een vereniging zonder winstoogmerk kan toetreden of kan meewerken aan de oprichting ervan. Mogelijk kan die weg een oplossing bieden voor het met het ontwerp nagestreefde doel.

Tot slot kan worden aangedragen dat de machtiging tot het medeoprichten van of het toetreden tot een vereniging zonder winstoogmerk in haar formulering voldoende afgebakend weze en de beoogde activiteiten op een voldoende nauwkeurige wijze aangeve. Een bepaling in de zin van artikel 1 van het ontwerp volstaat op dat punt niet.

7. De vorengaande opmerkingen mogen tot de conclusie leiden dat de tekst van het ontwerp fundamenteel aan heroverweging en herformulering toe is. Mede gelet op de grote spoed waarop voor dit advies wordt aangedrongen, mag de Raad van State zich tot die opmerkingen beperken.

De kamer was samengesteld uit

de Heer	: H. COREMANS,	kamervoorzitter,
Mevrouw	: S. VANDERHAEGEN,	staatsraden,
de Heer	: M. VAN DAMME,	
de Heer	: E. WYMEERSCH,	assessoren van de
Mevrouw	: Y. MERCHIEERS,	afdeling wetgeving,
Mevrouw	: A. BECKERS,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de H. G. JACOBS, eerste auditeur. De nota van het Coördinatiebureau werd opgesteld en toegelicht door Mevr. R. THIELEMANS, adjunct-referendaris.

DE GRIFFIER,

DE VOORZITTER,

A. BECKERS.

H. COREMANS.