KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 41.048/1/V

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, eerste vakantiekamer, op 25 juli 2006 door de Vlaamse minister van Cultuur, Jeugd, Sport en Brussel verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een voorontwerp van decreet "houdende opheffing van het decreet van 5 april 1995 tot oprichting van de Vlaamse Opera en tot regeling van de rechtsopvolging", heeft op 17 augustus 2006 het volgende advies gegeven:

1. Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, 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.

Gelet op het uitzonderlijk hoge aantal adviesaanvragen die met toepassing van artikel 84, § 1, eerste lid, 1° en 2°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State aanhangig zijn gemaakt, die dan nog, gelet op de vakantieperiode, door een beperkter aantal magistraten kunnen worden behandeld, heeft de afdeling wetgeving zich bovendien, zelfs met betrekking tot de in artikel 84, § 3, eerste lid, van die wetten opgesomde punten, noodgedwongen moeten beperken tot een summier onderzoek van het ontwerp. Uit de vaststelling dat over een bepaling in dit advies niets wordt gezegd, mag niet zonder meer worden afgeleid dat er niets over gezegd kan worden en, indien er wel iets over wordt gezegd, dat er niets meer over te zeggen valt.

*
* *

STREKKING VAN HET VOORONTWERP

2. Het om advies voorgelegde voorontwerp van decreet strekt ertoe de omvorming mogelijk te maken van de Vlaamse Opera, zijnde een openbare instelling met rechtspersoonlijkheid, opgericht bij het decreet van 5 april 1995 tot oprichting van de Vlaamse Opera, tot een (volgens de memorie van toelichting "volledig privaatrechtelijke") vereniging zonder winstoogmerk en de rechtsopvolging tussen beide te regelen.

De Vlaamse Regering wordt daartoe gemachtigd om mee te werken aan de oprichting van een vereniging zonder winstoogmerk die de productie van muziektheater en het geven van voorstellingen van muziektheater, concerten en vormen van podiumkunsten die daar artistiek bij aansluiten, tot doel heeft (artikel 2, § 1).

---

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

De raad van bestuur van de Vlaamse openbare instelling Vlaamse Opera (hierna: VLOPERA) wordt gemachtigd om de rechten, de verplichtingen, de roerende en de onroerende goederen en het personeel van de VLOPERA over te dragen aan de aldus op te richten vereniging; het ontwerp bepaalt dat de beslissing tot ontbinding en tot overdracht door de raad van bestuur wordt genomen bij gewone meerderheid der stemmen en op basis van een staat van activa en passiva, waarover een verslag wordt opgesteld door een bedrijfsrevisor. De overdracht moet worden "gerealiseerd" tegen 1 juli 2008 (artikel 2, § 2).

De Vlaamse Regering moet erop toezien dat de op te richten vereniging zonder winstoogmerk het nodige doet met het oog op de aanwerving van een intendant en op het overnemen van de taken van VLOPERA (artikel 2, § 3).

Het mandaat van de leden van de raad van bestuur van de VLOPERA wordt verlengd tot 30 juni 2008 (artikel 2, § 4).

Het decreet van 5 april 1995 tot oprichting van de Vlaamse Opera wordt opgeheven met ingang van 30 juni 2008 (artikel 4), met uitzondering van artikel 19, § 1, dat onmiddellijk wordt opgeheven.

Het decreet dat thans in ontwerpvorm voorligt, treedt in werking op de dag van zijn bekendmaking in het Belgisch Staatsblad (artikel 5).

VORMVEREISTEN

3. Uit de notificatie van de vergadering van de Vlaamse Regering van 20 juli 2006 blijkt dat het ontwerp tegelijk wordt onderworpen aan onderhandelingen met de representatieve vakorganisaties en aan het advies van de Raad van State, afdeling wetgeving.

De Raad van State wenst de adviesaanvrager erop te wijzen dat de afdeling wetgeving principieel pas om advies kan worden gevraagd dan nadat het betrokken voorontwerp alle achtereenvolgende stadia van de administratieve voorbereiding heeft

doorlopen en het tot het vaststellen van het ontwerp bevoegde orgaan de mogelijkheid heeft gehad het ontwerp eventueel aan te passen in het licht van de vervulde vormvereisten [2].

De adviesaanvrager wordt verzocht zich in de toekomst aan deze regel te conformeren. In ieder geval dienen de wijzigingen die aan het ontwerp zouden worden aangebracht ten gevolge van de vervulling van het zo-even vermelde vormvereiste, nog om advies aan de afdeling wetgeving te worden voorgelegd.

ALGEMENE OPMERKING

4.1. Bij artikel 2, § 1, wordt de Vlaamse Regering gemachtigd om "mee te werken" aan de oprichting van een vereniging zonder winstoogmerk waarvan de doelstellingen in die bepaling zijn omschreven. De gemachtigde verklaarde evenwel dat de oprichting van de vzw een initiatief van de Vlaamse Regering zal zijn, waarbij geen andere partners betrokken zijn. In wezen wordt derhalve een gedecentraliseerde instelling opgericht.

Aangaande zulk een procédé werd in advies 27.732/3 van 1 december 1998 [3] het volgende opgemerkt:

> "Artikel 9 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen bepaalt dat de gemeenschappen en de gewesten, in de aangelegenheden die tot hun bevoegdheid behoren, gedecentraliseerde diensten, instellingen en ondernemingen kunnen oprichten, of kapitaalsparticipaties kunnen nemen. Het decreet kan de bedoelde organismen rechtspersoonlijkheid toekennen.
>
> Zoals de Raad van State reeds meermaals heeft benadrukt, biedt het genoemde artikel 9 ruime mogelijkheden. Bij de uitoefening van de hem toegekende bevoegdheid is de decreetgever immers aan geen vooraf bestaande organisatievormen gebonden. Hij kan geval per geval de doelstellingen van de instellingen bepalen, en de samenstelling van de bestuursorganen, de bevoegdheden, de werking e.d. regelen. De enige beperkingen die terzake uit artikel 9 voortvloeien zijn, enerzijds, dat het oprichtingsdecreet het toezicht op de

---

[2] R.v.St., nr. 71.514, 3 februari 1998, Roos.

[3] Advies over een voorstel van decreet "houdende oprichting van een Vlaams Fonds voor de Letteren", *Parl. St.*, Vl. Parl., 1997-98, nr. 988/2.

gedecentraliseerde dienst moet regelen, en anderzijds, dat bij het vaststellen van het administratief en geldelijk statuut van het personeel rekening gehouden moet worden met hetgeen in artikel 87, § 4, van de bijzondere wet is bepaald i.v.m. de algemene principes van het statuut van het rijkspersoneel, welke van rechtswege van toepassing zijn (artikel 9, tweede lid) [4].

Het voor advies voorgelegde voorstel kiest voor een procédé waarbij de decreetgever voorziet in de oprichting van een instelling waaraan taken worden toevertrouwd die tot het overheidsbeleid behoren. Ook al moet de oprichting formeel nog gebeuren door een aantal natuurlijke personen, overeenkomstig de regels die gelden voor een vereniging zonder winstoogmerk, het is in feite de overheid zelf - en zij alleen - die over de oprichting beslist, aangezien de oprichters allemaal, zonder uitzondering, daartoe aangewezen worden door de Vlaamse regering. Onrechtstreeks richt de decreetgever aldus een gedecentraliseerde instelling op, in de zin van artikel 9 van de bijzondere wet.

Het staat aan de decreetgever om het statuut van die instelling te regelen. Hij kan daarbij aan de instelling de vorm geven van een vereniging zonder winstoogmerk, hetgeen o.m. tot gevolg heeft dat voor al wat niet uitdrukkelijk in het decreet geregeld wordt, de voornoemde wet van 27 juni 1921 van toepassing is.

Op zich is het privaatrechtelijk procédé, zoals dit in het voorstel gevolgd wordt, dus verenigbaar met artikel 9 van de bijzondere wet.

Er dient uiteraard nog voldaan te zijn aan de twee voorwaarden die uit artikel 9, tweede lid, voortvloeien, en die hiervóór in herinnering zijn gebracht.

De eerste voorwaarde betreft het vereiste dat het decreet het toezicht op de gedecentraliseerde dienst moet regelen. Het komt de Raad van State voor dat, als het betrokken organisme een privaatrechtelijk statuut heeft, het toezicht moeilijk de vorm kan aannemen van het klassieke administratief toezicht, d.w.z. het toezicht op de wettigheid en de overeenstemming met het algemeen belang van de genomen beslissingen, d.m.v. schorsing en vernietiging van de door dat organisme gestelde handelingen. Veeleer moet aangenomen worden dat de decreetgever moet voorzien in een aan de rechtsvorm van de vereniging aangepaste overheidscontrole. In een dergelijke controle voorziet het voorstel : de vereniging zal haar taken moeten ontplooien binnen de grenzen vastgelegd in een beheersovereenkomst met de Vlaamse regering (artikel 4) en binnen de perken opgelegd bij artikel 5 van het voorgestelde decreet; in de Algemene Vergadering en in de Raad van Beheer wordt in een permanent mandaat van waarnemend lid voorzien voor een vertegenwoordiger van de bevoegde minister (artikelen 7, § 2, en 8, § 2); de stichtende leden en de gewone leden van de Algemene Vergadering worden allen benoemd door de Vlaamse regering (artikel 7, §§ 3 en 4); de leden van de Raad van

---

[4] *(voetnoot uit advies 27.732/3)* Zie o.m. advies 23.686/8 van 5 december 1995 over een ontwerp dat geleid heeft tot het decreet van 17 december 1996 houdende oprichting van de v.z.w. "De Rand" voor de ondersteuning van het Nederlandstalig karakter van de Vlaamse rand rond Brussel, *Parl. St.*, Vl. Parl., 1995-96, nr. 402-1, (19), 29.

Deskundigen, wier adviezen bindend zijn, worden eveneens benoemd door de Vlaamse regering (artikel 10, § 4); de Vlaamse regering kan te allen tijde gegevens opvragen aan het Fonds en bij monde van de vertegenwoordiger van de minister klachten en/of suggesties formuleren (artikel 12, § 3); jaarlijks dient de Algemene Vergadering een begroting, een jaarverslag, een jaarrekening, een actieplan, alsmede een meerjarenplan aan de Vlaamse regering en aan het Vlaams Parlement over te maken (artikel 14, § 2); tegen de beslissing van de Raad van Deskundigen over een bepaalde subsidie kan door de aanvrager een beroep worden ingediend bij de Adviserende Beroepscommissie voor culturele aangelegenheden van de Raad voor Cultuur, bedoeld in het decreet van 19 december 1997 (artikel 15, § 1, vierde lid); de financiële middelen voor het toekennen van subsidies en voor de werking van het Fonds worden beschikbaar gesteld binnen de perken van de begroting van de Vlaamse Gemeenschap.

Aan de eerste voorwaarde lijkt aldus voldaan te zijn.

Wat de tweede voorwaarde betreft, zal krachtens artikel 87, § 4, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 het A.P.K.B. van toepassing zijn op het personeel van het Fonds. Het voorstel, inzonderheid artikel 9, blijft wat dat betreft in het ongewisse. Of aan de tweede voorwaarde voldaan is, blijft hier dus een open vraag.

Afgezien van die tweede voorwaarde, waaromtrent de Raad van State alleen maar een voorbehoud kan maken, moet bijgevolg geconcludeerd worden dat de voorgestelde structuur blijft binnen de grenzen die voor de Vlaamse Gemeenschap volgen uit artikel 9 van de bijzondere wet".

4.2. De in het advies 27.732/3 in herinnering gebrachte principes kunnen eveneens worden betrokken op het voorliggende ontwerp.

Wat betreft het toezicht op de instelling, wordt in de memorie van toelichting en door de gemachtigde gewezen op het gegeven dat de nieuwe vzw zal worden gesubsidieerd als "instelling van de Vlaamse Gemeenschap" op grond van artikel 19 van het kunstendecreet van 2 april 2004, en dat bijgevolg, naast de algemene bepalingen inzake de controle op het verlenen van subsidies, de controlemechanismen van dat decreet van toepassing zullen zijn.

Zulks blijkt evenwel nergens uit de tekst van het ontwerp. Het verdient daarom aanbeveling om in het ontwerp een bepaling omtrent het toezicht op te nemen, eventueel door middel van een verwijzing naar het genoemde artikel 19 van het kunstendecreet, geformuleerd als voorwaarde voor de deelname van de Vlaamse Regering aan de oprichting van de vzw. Ook zou op dezelfde wijze een bepaling dienen te worden opgenomen omtrent de samenstelling van de instelling.

4.3. Het opteren voor de privaatrechtelijke techniek van de vereniging zonder winstoogmerk is evenwel niet zonder bezwaren en heeft onder meer als gevolg dat het vervullen van de verenigingsopdracht - welke per hypothese op een overheidstaak zal betrekking hebben - en de besteding van de overheidsgelden die via de subsidiëring aan de vereniging worden toegekend, grotendeels onttrokken worden aan de rechtstreekse parlementaire controle van het Vlaams Parlement. Bovendien bemoeilijkt het aanwenden van die techniek het organiseren van een sluitend toezicht van de overheid op de betrokken vereniging [5].

Te dien aanzien dient eraan te worden herinnerd dat artikel 9 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 aan de gemeenschappen en de gewesten zeer ruime mogelijkheden toekent inzake de oprichting van gedecentraliseerde diensten, instellingen en ondernemingen. Bij de uitoefening van die bevoegdheid zijn de decreetgevers aan geen voorafgaande organisatievorm, met of zonder rechtspersoonlijkheid, gebonden. De vraag rijst dan ook of het niet verkieselijk zou zijn een openbare instelling *sui generis* op te richten, waardoor een betere inpassing in het geheel der regels die het overheidsoptreden beheersen mogelijk wordt.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

Artikel 2

5. Aangezien het uitsluitend vertegenwoordigers van de Vlaamse Regering zijn die de vzw zullen oprichten, is het misleidend om in artikel 2 gewag te maken van een "medewerking" aan de oprichting van de vzw. De redactie van dat artikel dient derhalve op verschillende plaatsen te worden aangepast.

---

[5] Dit is de reden waarom in vroegere adviezen het hanteren van het procédé werd veroordeeld (voor een overzicht, zie J. VELAERS, *De Grondwet en de Raad van State, afdeling wetgeving,* Antwerpen, 1999, 817-819). Het eindoordeel over de conformiteit ervan met artikel 9 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 komt het Arbitragehof toe.

6. Het beginsel van de overdracht van de rechten en de verplichtingen, de roerende en de onroerende goederen en het personeel van de Vlaamse openbare instelling VLOPERA indien de vzw tot stand komt, dient in het ontwerp zelf te worden opgenomen.

Ook dient als voorwaarde bij de machtiging aan de Vlaamse Regering om de vzw op te richten, te worden bepaald dat die vzw bereid moet zijn tot de overname.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	D. ALBRECHT,	kamervoorzitter,
	L. HELLIN, J. SMETS,	staatsraden,
	H. COUSY,	assessor van de afdeling wetgeving,
Mevrouw	G. VERBERCKMOES,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de Mevr. R. THIELEMANS, eerste auditeur.

DE GRIFFIER, DE VOORZITTER,

G. VERBERCKMOES D. ALBRECHT