

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 43.076/3

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, derde kamer, op 9 mei 2007 door de Minister van Ambtenarenzaken verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een ontwerp van koninklijk besluit "houdende oprichting van een gemeenschappelijke Sociale dienst bij de horizontale Federale Overheidsdiensten en de Regie der Gebouwen", heeft op 30 mei 2007 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, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

* *

VOORAFGAANDE OPMERKING

2. Rekening houdende met het ogenblik waarop dit advies gegeven wordt, vestigt de Raad van State de aandacht van de regering op het feit dat de ontstentenis van de controle die het Parlement krachtens de Grondwet moet kunnen uitoefenen, tot gevolg heeft dat de regering niet over de volheid van haar bevoegdheid beschikt. Dit advies wordt evenwel gegeven zonder dat wordt nagegaan of dit ontwerp in die beperkte bevoegdheid kan worden ingepast, aangezien de afdeling wetgeving geen kennis heeft van het geheel van de feitelijke gegevens welke de regering in aanmerking kan nemen als zij te oordelen heeft of het vaststellen of wijzigen van een verordening noodzakelijk is.

STREKKING VAN HET ONTWERP

3. Het om advies voorgelegde ontwerp van koninklijk besluit strekt ertoe bij de horizontale federale overheidsdiensten en de Regie der Gebouwen een gemeenschappelijke sociale dienst op te richten ten gunste van het personeel ervan (artikelen 1 en 2).

Aan de betrokken ministers wordt de mogelijkheid verleend om het beheer van de sociale dienst toe te vertrouwen aan een door hen erkende vereniging zonder winstoogmerk (artikel 3, eerste lid) ⁽¹⁾. In het ontwerp worden daartoe de erkenningsvoorwaarden bepaald (artikel 4), alsmede de voorwaarden waaronder de erkenning eventueel kan worden ingetrokken (artikel 5).

⁽¹⁾ De opdrachten van de sociale dienst worden bepaald in artikel 1 van het ontwerp.

Opdat de betrokken vereniging erkend zou kunnen worden, moeten de statuten ervan onder meer vermelden dat zij uitsluitend bestaat uit het hiervóór bedoelde personeel (artikel 4, 1/), dat het maatschappelijk doel van de vereniging beantwoordt aan het in artikel 1 van het ontwerp bepaalde doel (artikel 4, 2/), dat de mandaten in de raad van bestuur van de vereniging worden verdeeld onder de representatieve vakorganisaties (artikel 4, 3/), dat vertegenwoordigers van de betrokken ministers met adviserende stem kunnen deelnemen aan iedere vergadering van de algemene vergadering en de raad van bestuur (artikel 4, 4/, a), dat de vereniging zich gedraagt naar de beslissingen van de overheidsvertegenwoordigers (artikel 4, 4/, b), vierde lid, eerste volzin), dat voor het omschrijven van de activiteiten die de vereniging wil organiseren met het oog op het realiseren van het in artikel 1 van het ontwerp bepaalde doel een (voorafgaande) goedkeuring van de overheid is vereist (artikel 4, 6/), dat de vereniging zich zal houden aan een door de overheid goedgekeurd huishoudelijk reglement (artikel 4, 7/), en dat de vereniging jaarlijks aan de overheid een omstandig jaarverslag zal voorleggen, met inbegrip van de globale jaarrekening van het voorbije jaar (artikel 4, 8/).

De erkende vereniging zal voor haar werking gefinancierd worden door middelen die ter beschikking worden gesteld door de betrokken ministers en het is ook mogelijk om personeel te detacheren naar de vereniging (artikel 6).

Ten slotte voorziet artikel 7 in de opheffing van de bestaande regelingen.

ALGEMENE OPMERKINGEN

4. Met de ontworpen regeling beoogt de Koning een overheidstaak op te dragen aan een van de federale Staat afgescheiden rechtspersoon, *in casu* aan een erkende vereniging zonder winstoogmerk. De rechtsgrond daartoe wordt gezocht in de artikelen 37 en 107, tweede lid, van de Grondwet. Er wordt blijkbaar geen beroep gedaan op artikel 13 van de wet van 19 december 1974 tot regeling van de betrekkingen tussen de overheid en de vakbonden van haar personeel, nu dat artikel nog niet in werking is gesteld ⁽²⁾. Derhalve wordt dat laatste artikel niet bij het onderzoek betrokken.

⁽²⁾ R.v.St., nr. 169.674, 2 april 2007, le Syndicat libre de la Fonction publique.

4.1. De overheid mag een overheidstaak - op voorwaarde dat het niet gaat om een essentiële overheidstaak - opdragen aan verenigingen zonder winstoogmerk die buiten haar toedoen om, op louter privé-initiatief (overeenkomstig de wet van 27 juni 1921 betreffende de verenigingen zonder winstoogmerk, de internationale verenigingen zonder winstoogmerk en de stichtingen) tot stand zijn gekomen of tot stand worden gebracht, en die zij, met het oog op het vervullen van die opdrachten, erkent en subsidieert.

De overheid is daarbij uiteraard gerechtigd om de voorwaarden te bepalen waaraan zulke verenigingen moeten voldoen om te kunnen worden erkend en gesubsidieerd, met het oog op de uitvoering van de hun toevertrouwde taken. Die erkennings- en subsidiëringsvoorwaarden mogen uitsluitend betrekking hebben op de uitvoering van die taken en op de aanwending van de subsidies. De sanctie voor de miskennis van die voorwaarden kan er alleen in bestaan dat de erkenning wordt ingetrokken, de subsidiëring wordt stopgezet, of dat de subsidies worden teruggevorderd die niet werden aangewend voor het doel waarvoor ze werden verleend.

De erkennings- en subsidiëringsvoorwaarden mogen niet erop neerkomen dat, in strijd met essentiële bepalingen van de voornoemde wet van 27 juni 1921, regels worden vastgesteld die op ingrijpende wijze het bestaan, de organisatie en de werking van de betrokken verenigingen raken of die op een algemene wijze een administratief toezicht op die verenigingen organiseren dat rechtens alleen toelaatbaar is ten aanzien van gedecentraliseerde overheidsdiensten ⁽³⁾.

4.2. Hoewel in het ontwerp formeel sprake is van erkenning (artikelen 4 en 5) en onrechtstreeks van subsidiëring (artikel 6), vertoont de ontworpen regeling manifest niet de kenmerken van een erkennings- en subsidiëringsregeling als hiervóór omschreven.

Het ontwerp beperkt er zich in werkelijkheid niet toe aan een op privé-initiatief, dit is zonder overheidsinmenging, tot stand gekomen vereniging zonder winstoogmerk de bedoelde overheidstaak - een openbare dienst in de functionele

⁽³⁾ Overeenkomstig de genoemde wet van 27 juni 1921 beschikken de oprichtende partijen over een grote vrijheid om de samenstelling en de werking van de vereniging te bepalen. Zij stellen zelf de voorwaarden vast waaronder leden worden toegelaten en kunnen uittreden, en bepalen hoe de beheerders worden benoemd en afgezet en welke hun bevoegdheden zijn, en hoe de vereniging wordt ontbonden. Van een administratief toezicht van de overheid is geen sprake: alleen de burgerlijke rechtbank kan op verzoek van het openbaar ministerie of van een belanghebbende de ontbinding uitspreken. Ten slotte heeft elk lid het recht om uit de vereniging te treden.

betekenis van die term - op te dragen. De ontworpen regeling komt er integendeel op neer dat van overheidswege een openbare dienst - in de organieke betekenis van die term - wordt opgericht.

Daarbij bevat het ontwerp, onder het mom van erkenningsvoorwaarden, verscheidene dwingende bepalingen die niet bestaanbaar zijn met de principiële vrijheid van de oprichters van een vereniging zonder winstoogmerk om in de statuten een aantal essentiële aspecten van de vereniging te regelen. Het ontwerp, dat slechts geldt voor één enkele vereniging, omschrijft het doel van de op te richten vereniging, bepaalt wie lid kan worden van de vereniging, bepaalt de samenstelling van de algemene vergadering en de raad van bestuur alsmede de werking van de raad van bestuur en bepaalt voor welke handelingen vooraf de goedkeuring van overheidswege moet worden verkregen. Ook kunnen volgens het ontwerp de beslissingen van de vereniging worden geschorst en dient de vereniging zich te gedragen naar de beslissingen van de overheid (artikel 4). Ten slotte zal de vereniging voor haar werking feitelijk financieel afhankelijk zijn van de federale Staat.

Hoe legitiem ook de bezorgdheid is van de stellers van het ontwerp om een indringend toezicht te kunnen uitoefenen op de in het ontwerp bedoelde vereniging, dat toezicht gaat niettemin regelrecht in tegen essentiële bepalingen van de wet van 27 juni 1921. Voor een dergelijke afwijking van die wet is de Koning niet gemachtigd.

4.3. Voorts moet worden vastgesteld dat de ontworpen regeling bezwaren doet rijzen in zoverre bij koninklijk besluit wordt voorzien in een subsidieregeling.

Met het oog op de financiering van de sociale dienst bepaalt artikel 6, eerste lid, van het ontwerp dat de betrokken ministers middelen ter beschikking van de erkende vereniging stellen. Het ontworpen besluit voorziet aldus in een subsidie voor de erkende vereniging.

Hoewel de Koning, op grond van artikel 37 van de Grondwet, een sociale dienst in het leven kan roepen en, onder bepaalde voorwaarden, het beheer ervan kan opdragen aan een vereniging zonder winstoogmerk, biedt dit artikel geen rechtsgrond om in een subsidie te voorzien.

Overeenkomstig artikel 12, derde lid, van de wetten op de rijkscomptabiliteit, gecoördineerd op 17 juli 1991, kan, voor het vaststellen van de voorwaarden waaronder een subsidie wordt verleend, slechts rechtsgrond worden

gevonden hetzij in een organieke wet, welke de subsidie instelt, hetzij in een bepaling van de algemene uitgavenbegroting die de aard van de toelage preciseert. Een dergelijke rechtsgrond lijkt niet aanwezig te zijn.

4.4. De conclusie is dan ook het ontworpen besluit rechtsgrond mist.

In het licht van die conclusie ziet de Raad van State af van een verder onderzoek van de inhoud van het ontwerp.

5. Voor zover als nodig wenst de Raad van State de stellers van het ontwerp erop te wijzen dat de federale wetgever bij wet zelf gedecentraliseerde diensten, instellingen en ondernemingen kan oprichten en aan de voornoemde organismen rechtspersoonlijkheid kan toekennen. De federale wetgever beschikt daarbij over ruime mogelijkheden en is inzonderheid aan geen vooraf bestaande organisatievormen gebonden. Hij kan geval per geval de doelstelling van die openbare instellingen bepalen en de samenstelling van de bestuursorganen, de bevoegdheden, de werking, enz. ... ervan regelen ⁽⁴⁾.

Te dezen zouden de stellers van het ontwerp dus moeten nagaan of het niet de voorkeur verdient het voorliggende ontwerp van koninklijk besluit om te vormen tot een ontwerp van wet. In dat geval zou de wetgever zelf de rechtspersoon kunnen oprichten die met het beheer van de sociale dienst wordt belast. Die rechtspersoon zou dan de vorm kunnen krijgen, hetzij van een rechtspersoon "*sui generis*", hetzij van een vereniging zonder winstoogmerk; in het laatste geval zou de wetgever kunnen bepalen dat voor al wat niet uitdrukkelijk in de ontworpen wet geregeld wordt, de wet van 27 juni 1921 van toepassing is.

⁽⁴⁾ Niets staat eraan in de weg dat bijvoorbeeld in de bestuursorganen van die instelling privé-personen zouden worden opgenomen.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	D. ALBRECHT,	kamervoorzitter,
	J. SMETS, B. SEUTIN,	staatsraden,
	H. COUSY,	assessor van de afdeling wetgeving,
Mevrouw	A.-M. GOOSSENS,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de H. B. WEEKERS, auditeur.

DE GRIFFIER,

DE VOORZITTER,

A.-M. GOOSSENS

D. ALBRECHT

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 43.076/3

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, troisième chambre, saisi par le Ministre de la Fonction publique, le 9 mai 2007, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté royal "portant création d'un Service social commun aux Services publics fédéraux horizontaux et à la Régie des bâtiments", a donné le 30 mai 2007 l'avis suivant:

1. En application de l'article 84, § 3, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, la section de législation s'est limitée à l'examen de la compétence de l'auteur de l'acte, du fondement juridique ainsi que de l'accomplissement des formalités prescrites.

*
* *

OBSERVATION PRÉLIMINAIRE

2. Compte tenu du moment où le présent avis est donné, le Conseil d'État attire l'attention du gouvernement sur le fait que l'absence du contrôle qu'il appartient au Parlement d'exercer en vertu de la Constitution, a pour conséquence que le gouvernement ne dispose pas de la plénitude de ses compétences. Le présent avis est toutefois donné sans qu'il soit examiné si le projet relève bien des compétences ainsi limitées, la section de législation n'ayant pas connaissance de l'ensemble des éléments de fait que le gouvernement peut prendre en considération lorsqu'il doit apprécier la nécessité d'arrêter ou de modifier une disposition réglementaire.

PORTÉE DU PROJET

3. Le projet d'arrêté royal soumis pour avis entend créer un service social commun aux services publics fédéraux horizontaux et à la Régie des Bâtiments en faveur de leurs agents (articles 1^{er} et 2).

Les ministres concernés peuvent confier la gestion du service social à une association sans but lucratif agréée par eux (article 3, alinéa 1^{er}) ⁽¹⁾. À cette fin, le projet fixe les conditions d'agrément (article 4) ainsi que les conditions auxquelles l'agrément peut éventuellement être révoqué (article 5).

Pour que l'association concernée puisse être agréée, ses statuts doivent mentionner entre autres qu'elle est composée exclusivement des agents visés ci-dessus

⁽¹⁾ Les missions du service social sont fixées à l'article 1^{er} du projet.

(article 4, 1/), que son objectif social correspond à l'objectif prévu à l'article 1^{er} du projet (article 4, 2/), que les mandats au conseil d'administration de l'association sont répartis entre les organisations syndicales représentatives (article 4, 3/), que les représentants des ministres concernés peuvent participer, avec voix consultative, à toute réunion de l'assemblée générale et du conseil d'administration (article 4, 4/, a), que l'association se conforme aux décisions des représentants de l'autorité (article 4, 4/, b), alinéa 4, première phrase), que l'approbation (préalable) de l'autorité est requise pour définir les activités que l'association compte mettre en oeuvre afin d'atteindre l'objectif décrit à l'article 1^{er} du projet (article 4, 6/), que l'association se conformera à un règlement d'ordre intérieur approuvé par l'autorité (article 4, 7/), et que l'association soumettra chaque année à l'autorité un rapport annuel détaillé, en ce compris le rapport financier global de l'exercice écoulé (article 4, 8/).

Pour son fonctionnement, l'association agréée sera financée par des moyens mis à la disposition par les ministres concernés et il est également possible d'y détacher du personnel (article 6).

Enfin, l'article 7 prévoit l'abrogation des régimes existants.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

4. Par les dispositions en projet, le Roi entend confier une mission publique à une personne morale distincte de l'État fédéral, en l'espèce une association sans but lucratif agréée. Le fondement juridique à cet effet est recherché dans les articles 37 et 107, alinéa 2, de la Constitution. Manifestement, l'article 13 de la loi du 19 décembre 1974 organisant les relations entre les autorités publiques et les syndicats des agents relevant de ces autorités n'est pas invoqué, cet article n'ayant pas encore été mis en vigueur⁽²⁾. Dès lors, cette dernière disposition n'interviendra pas dans le présent examen.

4.1. L'autorité peut confier une mission publique - à condition qu'il ne s'agisse pas d'une mission essentielle des pouvoirs publics - à des associations sans but lucratif qui ont été ou sont créées sans son intervention, sur initiative purement privée (conformément à la loi du 27 juin 1921 sur les associations sans but lucratif, les associations internatio-

⁽²⁾ CE, n/ 169.674, 2 avril 2007, le Syndicat libre de la Fonction publique.

nales sans but lucratif et les fondations) et qu'elle agréée ou subventionne dans le but d'accomplir ces missions.

Il va sans dire que, dans ce cas, l'autorité est en droit de fixer les conditions auxquelles ces associations doivent répondre pour être agréées et subventionnées afin d'accomplir les missions qui leur sont confiées. Ces conditions d'agrément et de subvention peuvent exclusivement porter sur l'exécution de ces tâches et sur l'affectation des subventions. La sanction prévue pour la méconnaissance de ces conditions peut uniquement consister dans le retrait de l'agrément, l'arrêt de la subvention ou le recouvrement des subventions accordées qui n'ont pas été affectées à l'objet pour lequel elles ont été attribuées.

Les conditions d'agrément et de subvention ne peuvent impliquer que soient prises, en violation des dispositions essentielles de la loi précitée du 27 juin 1921, des règles qui touchent fondamentalement à l'existence, à l'organisation et au fonctionnement des associations concernées ou qui organisent, d'une manière générale, une tutelle administrative sur les associations en question qui n'est admissible en droit qu'à l'égard des services publics décentralisés ⁽³⁾.

4.2. Bien qu'il y soit formellement question d'agrément (articles 4 et 5) et, indirectement, de subvention (article 6), les dispositions en projet ne présentent manifestement pas les caractéristiques d'un régime d'agrément et de subvention ainsi qu'il a été défini ci-dessus.

Le projet ne se limite pas, en réalité, à charger une association sans but lucratif, créée sur initiative privée, à savoir sans intervention des pouvoirs publics, de la mission publique visée - un service public au sens fonctionnel de ce terme. Les dispositions en projet consistent au contraire en la création, par l'autorité, d'un service public au sens organique de ce terme.

⁽³⁾ Conformément à la loi précitée du 27 juin 1921, les fondateurs disposent d'une grande liberté pour déterminer la composition et le fonctionnement de l'association. Ils fixent eux-mêmes les conditions d'admission et de sortie des membres, le mode de nomination et de révocation des administrateurs et leurs compétences, ainsi que les règles de dissolution de l'association. Il n'est pas question d'une tutelle administrative exercée par l'autorité: seul le tribunal civil peut prononcer la dissolution à la demande du ministère public ou d'un intéressé. Enfin, tout membre a le droit de sortir de l'association.

En outre, le projet contient, sous le couvert de conditions d'agrément, diverses dispositions impératives incompatibles avec la liberté de principe dont jouissent les fondateurs d'une association sans but lucratif pour régler, dans les statuts, un certain nombre d'aspects essentiels de l'association. Le projet, qui ne vaut que pour une seule association, définit l'objectif de l'association dont la création est envisagée, il détermine qui peut en devenir membre, la composition de l'assemblée générale et du conseil d'administration, ainsi que le fonctionnement de ce dernier, et il précise les actes nécessitant l'approbation préalable de l'autorité. Selon le projet, les décisions de l'association peuvent également être suspendues et l'association doit se conformer aux décisions de l'autorité (article 4). Enfin, pour son fonctionnement, l'association dépendra en fait financièrement de l'État fédéral.

Si légitime que soit le souci des auteurs du projet de pouvoir exercer un contrôle approfondi de l'association visée dans le projet, ce contrôle méconnaît néanmoins directement les dispositions essentielles de la loi du 27 juin 1921. Le Roi n'est pas habilité à déroger ainsi à cette loi.

4.3. En outre, force est de constater que les dispositions en projet soulèvent des objections dans la mesure où un régime de subvention est prévu par arrêté royal.

Dans la perspective du financement du service social, l'article 6, alinéa 1^{er}, du projet, dispose que les ministres concernés mettent des moyens à la disposition de l'association agréée. L'arrêté en projet prévoit donc une subvention pour l'association agréée.

Encore que sur la base de l'article 37 de la Constitution, le Roi puisse instituer un service social et en confier, sous certaines conditions, la gestion à une association sans but lucratif, cet article ne procure pas de fondement juridique pour octroyer une subvention.

Conformément à l'article 12, alinéa 3, des lois sur la comptabilité de l'État, coordonnées le 17 juillet 1991, un fondement juridique permettant de fixer les conditions d'octroi d'une subvention ne peut être procuré que par une loi organique, qui instaure la subvention, ou par une disposition du budget général des dépenses, qui en précise la nature. Un tel fondement juridique paraît absent.

4.4. Force est d'en conclure que l'arrêté en projet est dénué de fondement juridique.

Compte tenu de cette conclusion, le Conseil d'État renonce à poursuivre l'examen du projet quant au fond.

5. Pour autant que de besoin, le Conseil d'État souhaite attirer l'attention des auteurs du projet sur le fait que le législateur fédéral peut créer lui-même, par la loi, des services, organismes et entreprises décentralisés, et leur attribuer la personnalité juridique. À cet effet, le législateur fédéral dispose d'un large éventail de possibilités et n'est pas tenu, notamment, par des formes d'organisation préétablies. Il peut fixer au cas par cas l'objectif de ces organismes publics et régler la composition de leurs organes de gestion, leurs compétences, leur fonctionnement, etc. ⁽⁴⁾.

En l'occurrence, les auteurs du projet devraient donc vérifier s'il ne serait pas préférable de convertir le présent projet d'arrêté royal en projet de loi. Dans ce cas, le législateur pourrait créer lui-même la personne morale qui serait chargée de la gestion du service social. Cette personne morale pourrait alors prendre la forme, soit d'une personne morale "*sui generis*", soit d'une association sans but lucratif; dans cette dernière hypothèse, le législateur pourrait disposer que la loi du 27 juin 1921 est applicable pour tout ce que la loi en projet ne règle pas expressément.

⁽⁴⁾ Rien ne s'oppose à ce que, par exemple, des personnes privées fassent partie des organes de gestion de cet organisme.

La chambre était composée de

Messieurs	D. ALBRECHT,	président de chambre,
	J. SMETS, B. SEUTIN,	conseillers d'État,
	H. COUSY,	assesseur de la section de législation,
Madame	A.-M. GOOSSENS,	greffier.

Le rapport a été présenté par M. B. WEEKERS, auditeur.

La concordance entre la version néerlandaise et la version française a été vérifiée sous le contrôle de M. J. SMETS.

LE GREFFIER,

LE PRÉSIDENT,

A.-M. GOOSSENS

D. ALBRECHT