



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 51.767/1
van 18 september 2012

avis 51.767/1
du 18 septembre 2012

over

sur

een ontwerp van koninklijk
besluit 'tot oprichting van een
Sociale Dienst bij de FOD
Economie, K.M.O.,
Middenstand en Energie'

un projet d'arrêté royal
'organisant un Service social
au sein du SPF Economie,
P.M.E., Classes moyennes et
Energie'

Op 20 juli 2012 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Economie verzocht binnen een termijn van dertig dagen, verlengd tot 28 september 2012, een advies te verstrekken over een ontwerp van koninklijk besluit 'tot oprichting van een Sociale Dienst bij de FOD Economie, K.M.O., Middenstand en Energie'.

Het ontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 18 september 2012. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Jo BAERT en Wilfried VAN VAERENBERGH, staatsraden, Michel TISON en Lieven DENYS, assessoren, en Wim GEURTS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Raf AERTGEERTS, eerste auditeur-afdelingshoofd.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Wilfried VAN VAERENBERGH, staatsraad.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 18 september 2012.

*

Le 20 juillet 2012, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Ministre de l'Économie à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, prorogé jusqu'au 28 septembre 2012, sur un projet d'arrêté royal 'organisant un Service social au sein du SPF Economie, P.M.E., Classes moyennes et Energie'.

Le projet a été examiné par la première chambre le 18 septembre 2012. La chambre était composée de Marnix VAN DAMME, président de chambre, Jo BAERT et Wilfried VAN VAERENBERGH, conseillers d'État, Michel TISON et Lieven DENYS, assesseurs, et Wim GEURTS, greffier.

Le rapport a été présenté par Raf AERTGEERTS, premier auditeur chef de section.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise a été vérifiée sous le contrôle de Wilfried VAN VAERENBERGH, conseiller d'État.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 18 septembre 2012.

*

1. Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft de afdeling Wetgeving zich in hoofdzaak 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.

*

STREKKING EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

2. Het om advies voorgelegde ontwerp van koninklijk besluit strekt ertoe een sociale dienst op te richten bij de FOD Economie, K.M.O., Middenstand en Energie. Het beheer van die dienst kan worden opgedragen aan een vereniging zonder winstoogmerk. Het koninklijk besluit van 2 juni 1971 ‘tot oprichting van een Sociale Dienst bij het Ministerie van Economische Zaken’ en het ministerieel besluit van 24 december 1975 ‘houdende erkenning van de V.Z.W. “Sociale Dienst van het Ministerie van Economische Zaken”’ worden opgeheven.

3. Voor het oprichten en organiseren van een sociale dienst bij centrale overheidsdiensten kan rechtsgrond worden gevonden in artikel 37 van de Grondwet.¹ Dat grondwetsartikel staat er bovendien niet aan in de weg dat voor het beheer van die dienst een beroep wordt gedaan op een vereniging zonder winstoogmerk.

In het eerste lid van de aanhef van het ontwerp dient bijgevolg te worden gerefereerd aan artikel 37 van de Grondwet en niet aan artikel 108 ervan.

VORMVEREISTEN

4. Uit artikel 19/1, § 1, van de wet van 5 mei 1997 ‘betreffende de coördinatie van het federale beleid inzake duurzame ontwikkeling’ vloeit voort dat in beginsel elk voorontwerp van wet, elk ontwerp van koninklijk besluit en elk voorstel van beslissing dat ter goedkeuring aan de Ministerraad moet worden voorgelegd, aanleiding moet geven tot een voorafgaand onderzoek met betrekking tot de noodzaak om een effectbeoordeling inzake duurzame ontwikkeling uit te voeren.

Dergelijk onderzoek heeft met betrekking tot het voorliggende ontwerp wellicht nog niet plaatsgevonden en zal bijgevolg in voorkomend geval nog moeten worden verricht. Indien uit dit voorafgaand onderzoek bovendien zou blijken dat een effectbeoordeling in de zin van artikel 19/2 van dezelfde wet noodzakelijk is, en als gevolg van die effectbeoordeling wijzigingen zouden worden aangebracht in de tekst van het ontwerp, zoals die thans om advies aan de Raad van State, afdeling Wetgeving, is voorgelegd, zullen deze wijzigingen eveneens om advies aan de Raad moeten worden voorgelegd.

¹ Artikel 37 van de Grondwet bepaalt: “De federale uitvoerende macht, zoals zij door de Grondwet is geregeld, berust bij de Koning.”

ONDERZOEK VAN DE TEKST

ALGEMENE OPMERKINGEN

5.1. Artikel 5 van het ontwerp voorziet in de mogelijkheid om een vereniging zonder winstoogmerk (hierna: vzw) te belasten met het beheer van de opdrachten van de Sociale Dienst. Wanneer van deze mogelijkheid gebruik wordt gemaakt, dient de desbetreffende vzw in haar statuten de bepalingen op te nemen die in artikel 6 worden opgesomd. Het personeel en de materiële middelen van de vzw worden ter beschikking gesteld door de FOD Economie, K.M.O., Middenstand en Energie (artikel 7).

In advies 47.739/3 van 16 februari 2010 over een ontwerp van koninklijk besluit 'houdende oprichting van een gemeenschappelijke Sociale dienst bij de horizontale Federale Overheidsdiensten en de Regie der Gebouwen' stelde de Raad van State, afdeling Wetgeving, in verband met de oprichting van een sociale dienst door middel van een vereniging zonder winstoogmerk, het volgende:

"Het is (...) de Koning, binnen de grenzen van de hem bij artikel 37 van de Grondwet verleende bevoegdheid, niet verboden om de uitvoering van een overheidstaak - op voorwaarde dat het niet gaat om een essentiële overheidstaak - op te dragen aan een vereniging zonder winstoogmerk die buiten het toedoen van de overheid 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 is gekomen of tot stand wordt gebracht, en die de overheid, met het oog op het vervullen van die opdrachten, erkent.

De Koning is daarbij bevoegd om de voorwaarden te bepalen waaraan zulk een vereniging moet voldoen om te kunnen worden erkend met het oog op de uitvoering van de haar toevertrouwde taken. Die erkenningsvoorwaarden mogen uitsluitend betrekking hebben op de uitvoering van die taken. De sanctie voor de miskenning van die voorwaarden kan er alleen in bestaan dat de erkenning wordt ingetrokken en dat eventueel de daaraan gekoppelde subsidiëring wordt stopgezet of teruggevorderd.

De erkenningsvoorwaarden 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 vereniging raken of die op een algemene wijze een administratief toezicht op die vereniging organiseren dat rechts alleen toelaatbaar is ten aanzien van gedecentraliseerde overheidsdiensten".

5.2. Uit artikel 6 van het ontwerp blijkt dat de in de statuten op te nemen bepalingen op belangrijke punten afwijken van de wet van 27 juni 1921. Zo schrijft artikel 6, 5°, voor dat de voorzitter van het Directiecomité van de FOD Economie, K.M.O., Middenstand en Energie, bij de raad van bestuur van de vereniging de functie uitoefent van vertegenwoordiger van de FOD. In die hoedanigheid kan de vertegenwoordiger tegen elke beslissing van de raad van bestuur van de vereniging beroep met schorsende werking aantekenen bij de bevoegde minister. Deze toezichtsregeling staat op gespannen voet met de volheid van bevoegdheid waarover de raad van bestuur van een vzw op grond van artikel 13, tweede lid, van de wet van 27 juni 1921 beschikt. Statutaire beperkingen op de bestuurs- en vertegenwoordigingsbevoegdheid van de raad van bestuur kunnen, naar luid van artikel 13, derde lid, van de wet van 27 juni 1921, bovendien niet

aan derden worden tegengeworpen, zodat de door artikel 6, 5°, van het ontwerp opgelegde statutaire regeling geen uitwerking kan hebben.

5.3. Artikel 6, 7°, van het ontwerp legt de verplichting op om een afgevaardigde voor het dagelijks beheer van de vzw aan te duiden. De statuten van de vereniging moeten bepalen dat de opdrachten en taken van deze afgevaardigde het voorwerp uitmaken van een protocol tussen de Voorzitter van het Directiecomité van de FOD en de vereniging. Ook deze bepaling kan geen doorgang vinden, gelet op artikel 13*bis* van de wet van 27 juni 1921, dat aan het orgaan van dagelijks bestuur van een vzw in het algemeen alle taken van dagelijks bestuur toevertrouwt, zonder dat beperkingen hierop, die bijvoorbeeld voortvloeien uit het voornoemde protocol, aan derden kunnen worden tegengeworpen.

5.4. Uit het ontworpen besluit blijkt dat de taken van de Sociale Dienst gebeurlijk aan één enkele privaatrechtelijke vereniging zullen worden toevertrouwd. Dit element doet de vraag rijzen of de stellers van het ontwerp niet in feite beogen een organieke openbare dienst op te richten, te meer omdat in hoofdzaak bij besluit – en dus niet door het vrij initiatief – de taken en de samenstelling van de vereniging worden bepaald, en het toezicht van overheidswege op haar werking en het verschaffen van de vereiste personele en materiële middelen worden geregeld.

6. De stellers van het ontwerp dienen het ontwerp nog aan een grondig redactioneel onderzoek te onderwerpen, inzonderheid vanuit het oogpunt van de overeenstemming van de Nederlandse en de Franse tekst.²

*

² Zie bijvoorbeeld artikel 5 (“met het beheer van de in artikel 3 bedoelde opdrachten belasten” – “confier tout ou partie des missions visées à l’article 3”) en artikel 6 (“om sommige in artikel 3 bedoelde opdrachten te kunnen uitoefenen” – “pour se voir confier tout ou partie des missions visées à l’article 3”) van het ontwerp.

1. En application de l'article 84, § 3, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation s'est essentiellement limitée à l'examen du fondement juridique, de la compétence de l'auteur de l'acte ainsi que de l'accomplissement des formalités prescrites.

*

PORTÉE ET FONDEMENT JURIDIQUE DU PROJET

2. Le projet d'arrêté royal soumis pour avis a pour objet de créer un service social auprès du SPF Économie, PME, Classes moyennes et Énergie. La gestion de ce service peut être confiée à une association sans but lucratif. L'arrêté royal du 2 juin 1971 'créant un service social au Ministère des Affaires économiques' et l'arrêté ministériel du 24 décembre 1975 'portant agrégation de l'A.S.B.L. « Service social du Ministère des Affaires économiques »' sont abrogés.

3. La constitution et l'organisation d'un service social auprès des services publics centraux peuvent trouver un fondement juridique à l'article 37 de la Constitution¹. Cette disposition constitutionnelle ne s'oppose en outre pas à ce qu'il soit fait appel à une association sans but lucratif pour la gestion de ce service.

Le premier alinéa du préambule du projet visera par conséquent l'article 37 de la Constitution et non son article 108.

FORMALITÉS

4. Il découle de l'article 19/1, § 1^{er}, de la loi du 5 mai 1997 'relative à la coordination de la politique fédérale de développement durable' que les avant-projets de loi, les projets d'arrêté royal et les propositions de décisions devant être soumises à l'approbation du Conseil des ministres, doivent en principe faire l'objet d'un examen préalable de la nécessité de réaliser une évaluation d'incidence sur le développement durable.

Cet examen n'a peut-être pas encore été accompli en ce qui concerne le projet soumis pour avis et devra dès lors, le cas échéant, encore être réalisé. Si cet examen préalable révèle en outre qu'une évaluation d'incidence au sens de l'article 19/2 de cette même loi est nécessaire et si, consécutivement à cette évaluation d'incidence, des modifications sont apportées au texte du projet, tel qu'il est à présent soumis au Conseil d'État, section de législation, pour avis, il y aura lieu de soumettre également ces modifications à l'avis du Conseil.

¹ L'article 37 de la Constitution dispose : « Au Roi appartient le pouvoir exécutif fédéral, tel qu'il est réglé par la Constitution ».

EXAMEN DU TEXTE

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

5.1. L'article 5 du projet prévoit la possibilité de confier la gestion des missions du Service social à une association sans but lucratif (ci-après : A.S.B.L.). Lorsqu'il est fait usage de cette possibilité, l'A.S.B.L. concernée doit inscrire dans ses statuts les dispositions énumérées à l'article 6. Le SPF Économie, PME, Classes moyennes et Énergie met le personnel et les moyens matériels à la disposition de l'A.S.B.L. (article 7).

Dans l'avis 47.739/3 du 16 février 2010 sur un projet d'arrêté royal 'portant création d'un Service social commun aux Services publics fédéraux horizontaux et à la Régie des bâtiments', le Conseil d'État, section de législation, a observé ce qui suit à propos de la création d'un service social au moyen d'une association sans but lucratif :

« [i]l n'est pas interdit au Roi, dans les limites de la compétence que lui accorde l'article 37 de la Constitution, de confier l'exécution d'une mission publique - à condition qu'il ne s'agisse pas d'une mission publique essentielle - à une association sans but lucratif qui a été ou est créée sans l'intervention de l'autorité, sur initiative purement privée (conformément à la loi du 27 juin 1921 sur les associations sans but lucratif, les associations internationales sans but lucratif et les fondations) et que l'autorité agréée dans le but d'accomplir cette mission.

Dans ce cas, le Roi est en droit de fixer les conditions auxquelles une telle association doit répondre pour être agréée afin d'accomplir les missions qui lui sont confiées. Ces conditions d'agrément peuvent exclusivement porter sur l'exécution de ces tâches. La sanction prévue pour la méconnaissance de ces conditions peut uniquement consister dans le retrait de l'agrément et, éventuellement, dans l'arrêt ou le recouvrement de la subvention qui y est associée.

Les conditions d'agrément 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 de l'association concernée ou qui organisent, d'une manière générale, une tutelle administrative sur l'association en question qui n'est admissible en droit qu'à l'égard des services publics décentralisés ».

5.2. Il ressort de l'article 6 du projet que les dispositions à insérer dans les statuts dérogent à la loi du 27 juin 1921 sur des points importants. C'est ainsi que l'article 6, 5°, prescrit que le président du Comité de direction du SPF Économie, PME, Classes moyennes et Énergie, exerce la fonction de représentant du SPF au sein du conseil d'administration de l'association. En cette qualité, le représentant peut former un recours suspensif contre toute décision du conseil d'administration de l'association auprès du ministre compétent. Ce mécanisme de tutelle est incompatible avec la plénitude de compétence dont dispose le conseil d'administration d'une A.S.B.L. en vertu de l'article 13, alinéa 2, de la loi du 27 juin 1921. Selon l'article 13, alinéa 3, de la loi du 27 juin 1921, des restrictions statutaires aux pouvoirs de gestion et de représentation du conseil d'administration ne peuvent de surcroît être opposables aux tiers, de sorte que les règles statutaires imposées par l'article 6, 5°, du projet ne peuvent sortir leurs effets.

5.3. L'article 6, 7°, du projet impose de désigner un délégué à la gestion journalière de l'A.S.B.L. Les statuts de l'association doivent préciser que les missions et les tâches de ce délégué font l'objet d'un protocole entre le président du Comité de direction du SPF et l'association. Cette disposition ne peut pas non plus se concrétiser, dès lors que l'article 13bis de la loi du 27 juin 1921 confie d'une façon générale toutes les tâches de gestion journalière à l'organe chargé de la gestion journalière d'une A.S.B.L., sans que des restrictions à celles-ci, découlant par exemple du protocole précité, puissent être opposées aux tiers.

5.4. Il ressort de l'arrêté en projet que les tâches du Service social seront éventuellement confiées à une seule association de droit privé. La question se pose dès lors de savoir si les auteurs du projet ne visent pas en réalité à créer un service public organique, d'autant que c'est essentiellement un arrêté – et donc pas la libre initiative – qui fixe les missions et la composition de l'association et qui règle le contrôle de son fonctionnement par voie d'autorité ainsi que la mise à disposition des moyens en personnel et en matériel requis.

6. Les auteurs du projet doivent encore soumettre celui-ci à un examen rédactionnel approfondi, notamment en ce qui concerne la correspondance des textes ².

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Wim GEURTS

Marnix VAN DAMME

² Voir par exemple l'article 5 (« confier tout ou partie des missions visées à l'article 3 » - « met het beheer van de in artikel 3 bedoelde opdrachten belasten ») et l'article 6 (« pour se voir confier tout ou partie des missions visées à l'article 3 » - « om sommige in artikel 3 bedoelde opdrachten te kunnen uitoefenen ») du projet.