



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 52.318/1
van 22 november 2012

over

een voorontwerp van
ordonnantie 'betreffende de
oprichting van een naamloze
vennootschap actief in de
sector van het
personeelsbeheer'

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

avis 52.318/1
du 22 novembre 2012

sur

un avant-projet d'ordonnance
'relatif à la constitution d'une
société anonyme active dans le
secteur des ressources
humaines'

Op 31 oktober 2012 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering, belast met Tewerkstelling, Economie, Wetenschappelijk Onderzoek en Buitenlandse Handel verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een voorontwerp van ordonnantie ‘betreffende de oprichting van een naamloze vennootschap actief in de sector van het personeelsbeheer’.

Het ontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 22 november 2012. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Wilfried VAN VAERENBERGH en Jeroen VAN NIEUWENHOVE, staatsraden, en Wim GEURTS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Nathalie VAN LEUVEN, auditeur.

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

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 22 november 2012.

*

Le 31 octobre 2012, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Ministre du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale, chargé de l'Emploi, de l'Économie, de la Recherche scientifique et du Commerce extérieur à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet d'ordonnance ‘relatif à la constitution d'une société anonyme active dans le secteur des ressources humaines’.

Le projet a été examiné par la première chambre le 22 novembre 2012. La chambre était composée de Marnix VAN DAMME, président de chambre, Wilfried VAN VAERENBERGH et Jeroen VAN NIEUWENHOVE, conseillers d'État, et Wim GEURTS, greffier.

Le rapport a été présenté par Nathalie VAN LEUVEN, auditeur.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise de l'avis a été vérifiée sous le contrôle de Jeroen VAN NIEUWENHOVE, conseiller d'État.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 22 novembre 2012.

*

STREKKING VAN HET ONTWERP

1. Het voor advies voorgelegde ontwerp van ordonnantie strekt ertoe de Brusselse Hoofdstedelijke Regering te machtigen om samen met de Brusselse Gewestelijke Dienst voor Arbeidsbemiddeling (Actiris) een naamloze vennootschap op te richten met als maatschappelijk doel enerzijds het organiseren, ontwikkelen en aanbieden van uitzendarbeid, outplacementactiviteiten en van aanwervings- en selectieactiviteiten en anderzijds het aanbieden van ieder ander product en dienst inzake personeelsbeheer. In de oprichtingsakte van de vennootschap zou voorts worden bepaald dat de vennootschap alle activiteiten kan verrichten die rechtstreeks of onrechtstreeks bijdragen tot de realisatie van haar maatschappelijk doel en dit zowel in België als in het buitenland (artikel 3). Deze vennootschap zal daarmee de activiteiten overnemen die thans worden uitgeoefend door de dienst met afzonderlijk beheer A.T.O.

Ten minste twintig dagen voor de oprichting van de vennootschap legt Actiris een financieel plan ter goedkeuring voor aan de vennootschap waarin het bedrag van het te storten kapitaal wordt vastgelegd en verantwoord. Actiris draagt de activa over die noodzakelijk zijn voor de activiteiten van de vennootschap, alsook de passiva die met die activiteiten verbonden zijn. Bij de oprichting van de vennootschap zal Actiris hetzij zijn aandelen in die vennootschap, hetzij de schuldvordering van de overdrachtprijs ingevolge de overdracht van de bedrijfstak, gratis aan het Brussels Hoofdstedelijk Gewest overdragen. Na die overdracht blijft het Brussels Hoofdstedelijk Gewest meerderheidsaandeelhouder (artikel 4).

Het contractueel personeel van Actiris dat thans actief is binnen de dienst met afzonderlijk beheer A.T.O., wordt op vrijwillige basis overgeplaatst naar de naamloze vennootschap met behoud van hun verworven rechten en hun individuele en collectieve arbeidsvoorwaarden. Aan de leden van het statutair personeel die thans actief zijn binnen dezelfde dienst met afzonderlijk beheer A.T.O. kan op hun vraag onbetaald verlof worden toegestaan gedurende ten hoogste vijf jaar met het oog op contractuele tewerkstelling in de naamloze vennootschap (artikel 5).

De dividenden die het Brussels Hoofdstedelijk Gewest als aandeelhouder van de naamloze vennootschap ontvangt, worden gestort in een begrotingsfonds met als benaming “Fonds maatregelen voor tewerkstelling”. De middelen van dit fonds worden in overleg met Actiris bestemd voor de programma's, projecten en maatregelen, ontwikkeld met het oog op socio-professionele inschakeling van werkzoekenden (artikel 6).

De ontworpen regeling treedt in werking op de dag van de bekendmaking ervan in het Belgisch Staatsblad, met uitzondering van de opheffingsbepalingen in de artikelen 7 en 8, waarvan de Regering de datum van inwerkingtreding bepaalt (artikel 9).

VORMVEREISTEN

2. Aangezien de ontworpen regeling tot gevolg kan hebben dat de naamloze vennootschap, die in de memorie van toelichting wordt gekarakteriseerd als “een Brusselse onderneming voor betalende arbeidsbemiddelingsdiensten” die “beantwoordt [...] aan de regels van het concurrentievermogen en aan de regels van de markt”, rijst de vraag of de overdracht van

activa en passiva door Actiris, zijnde een overheidsdienst, aan de betrokken naamloze vennootschap, niet moet worden gekwalificeerd als een steunmaatregel in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, die moet worden aangemeld bij en goedgekeurd door de Europese Commissie. Of dit effectief het geval is, kan in dit stadium niet worden uitgemaakt, aangezien de Raad van State niet beschikt over de nodige feitelijke gegevens, onder meer inzake de waarde van de activa en passiva die worden overgedragen.

Indien bij de verdere implementatie van de ontworpen regeling zou blijken dat effectief sprake is van een steunmaatregel, moeten de noodzakelijke aanmeldingen of kennisgevingen worden verricht bij de Europese Commissie.

3. Naar luid van artikel 11, § 1, van de wet van 19 december 1974 ‘tot regeling van de betrekkingen tussen de overheid en de vakbonden van haar personeel’ is het overleg in het bevoegde sectorcomité vereist voor alle voorstellen die worden voorgelegd met betrekking tot het vaststellen van de personeelsformatie van de diensten die onder het betrokken overlegcomité ressorteren, de regelingen welke de Koning niet als grondregelingen heeft beschouwd alsook die welke betrekking hebben op de arbeidsduur en op de organisatie van het werk, de maatregelen van inwendige orde en de richtlijnen betreffende de eerder vermelde regelingen. De gemachtigde verklaarde in dit verband het volgende:

“Le présent avant-projet d’ordonnance n’a d’autres fins que d’habiliter le Gouvernement à créer, conjointement avec Actiris, une société commerciale sous forme d’une société anonyme. A ce stade, et tant que l’ordonnance ne portera pas ses effets, la s.a. n’existe pas. Le personnel actuel de ATO est et reste du personnel d’Actiris. Si la société anonyme est constituée, ce qui aujourd’hui n’apparaît pas comme une certitude, des membres du personnel d’Actiris pourraient choisir de l’intégrer sur une base volontaire. Le texte de l’ordonnance prévoit des périodes d’essai sans perte de droits. Mais les statuts et les orientations de la s.a. à venir devraient également être pris en considération par les travailleurs dans leur choix. Aujourd’hui et pour assurer une information la plus transparente possible, des séances d’information ont eu lieu et sont encore prévues au sein du Comité de Concertation de Base d’Actiris (18 avril 2012, 19 juillet 2012, 3 décembre 2012). Les auteurs du texte pensent qu’il est prématuré et sans objet à ce stade de procéder à une concertation sur la durée du travail, sur l’organisation du travail et de procéder à une approbation du régime des pensions dès lors que ces éléments ne seront clarifiés qu’une fois que l’ensemble de conditions de fonctionnement de la société seront connues. Il nous est donc apparu que la concertation nécessaire devait être menée dans le cadre de prise de décision formelle de constitution de la société que le Gouvernement et le Comité de gestion d’Actiris prendront s’ils y sont habilités par le présent projet d’ordonnance.”

De Raad van State kan deze redenering niet bijtreden. Het gegeven dat thans nog niet duidelijk is welke personeelsleden zullen ingaan op de mogelijkheden die door de ontworpen regeling wordt geboden en welke arbeidsvoorwaarden zullen gelden in de op te richten naamloze vennootschap, neemt niet weg dat de ontworpen regeling onder het toepassingsgebied van de aangehaalde wetsbepaling valt en bijgevolg reeds in deze ontwerpfase het voorwerp moet uitmaken van overleg in het betrokken sectorcomité.

4. Aangezien overeenkomstig artikel 5, § 2, van het ontwerp aan de statutaire personeelsleden van Actiris die thans actief zijn binnen dezelfde dienst met afzonderlijk beheer

A.T.O. op hun vraag onbetaald verlof kan worden toegestaan gedurende ten hoogste vijf jaar met het oog op contractuele tewerkstelling in de naamloze vennootschap, moet overeenkomstig artikel 19, § 1, van het ter zake toepasselijke koninklijk besluit van 22 december 2000¹, vooraf om ‘de goedkeuring van de inzake pensioenen bevoegde federale overheid’ worden verzocht. Een dergelijke goedkeuring blijkt nog niet te zijn gevraagd.

De hiernavolgende opmerkingen worden derhalve geformuleerd onder het voorbehoud dat de ontworpen regeling alsnog aan die goedkeuring wordt onderworpen.

ALGEMENE OPMERKINGEN

5.1. Aangezien de ontworpen regeling voorziet in de oprichting van een onderneming met rechtspersoonlijkheid en in het nemen van een kapitaalparticipatie in deze onderneming door het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest en door Actiris, moet worden nagegaan of artikel 9 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’ te dezen toepasselijk is en, zo ja, of voldaan is aan de voorwaarden van deze bepaling.

Artikel 9 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 luidt als volgt:

“Art. 9. In de aangelegenheden die tot hun bevoegdheid behoren, kunnen de Gemeenschappen en de Gewesten gedecentraliseerde diensten, instellingen en ondernemingen oprichten of kapitaalparticipaties nemen.

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

Overeenkomstig artikel 4 van de bijzondere wet van 12 januari 1989 ‘met betrekking tot de Brusselse instellingen’ is deze bepaling ook van toepassing op het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest.

Uit de parlementaire voorbereiding van artikel 7 van de bijzondere wet van 8 augustus 1988 ‘tot wijziging van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen’, waarbij artikel 9 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 werd vervangen, kan worden opgemaakt dat met deze bepaling beoogd werd de bevoegdheden van de gemeenschappen en de gewesten uit te breiden “tot alles wat betrekking heeft op het *gedecentraliseerd beheer* (dienstgewijze decentralisatie) van de *openbare sector*, met inbegrip van formules van medebeheer met de private sector” (cursiveringen aangebracht).²

Het Grondwettelijk Hof heeft bevestigd dat het voormelde artikel 9 inhoudt dat een gemeenschap of een gewest “aan maatschappijen *een opdracht van openbare dienst* kan

¹ Koninklijk besluit van 22 december 2000 ‘tot bepaling van de algemene principes van het administratief en geldelijk statuut van de rijksambtenaren die van toepassing zijn op het personeel van de diensten van de Gemeenschaps- en Gewestregeringen en van de Colleges van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie en van de Franse Gemeenschapscommissie, alsook op de publiekrechtelijke rechtspersonen die ervan afhangen’.

² Memorie van toelichting bij het wetsontwerp dat de bijzondere wet van 8 augustus 1988 is geworden, *Parl.St.* Kamer, B.Z. 1988, nr. 516/1, p. 24.

toekennen en die maatschappijen aan zijn toezicht kan onderwerpen voor de uitoefening van die opdracht” (cursivering aangebracht).³

Hieruit kan worden opgemaakt dat een beroep op artikel 9 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 noodzakelijk is indien een dienst, instelling of onderneming wordt opgericht die een openbaar karakter heeft en die meer bepaald een overheidstaak of een openbare dienst behartigt. Het is overigens om die reden dat onder meer wordt vereist dat de decreetgever een aantal aspecten van die organismen moet regelen, waaronder het bestuurlijk toezicht op deze organismen. Met dit bestuurlijk toezicht wordt immers gevrijwaard dat de activiteiten van deze organismen binnen de perken van de wettigheid blijven en dat zij stroken met het algemeen belang. Dit bestuurlijk toezicht moet ook worden ingericht ten aanzien van privé-ondernemingen die door een gemeenschap of een gewest worden opgericht of waarin zij een kapitaalsparticipatie nemen, met het oog op de uitoefening van een overheidstaak of een openbare dienst door die privé-onderneming⁴. In bepaalde gevallen kan daarbij overigens blijken dat het beroep op een privaatrechtelijke rechtsvorm, zoals een vereniging zonder winstoogmerk, veeleer dan het oprichten van een overheidsinstelling of van een rechtspersoon *sui generis*, wezenlijk onverzoenbaar is met de vereisten die uit het voormelde artikel 9 voortvloeien, onder meer wat betreft het organiseren van een sluitend toezicht door de overheid, en dat bijgevolg moet worden afgezien van dat beroep op een privaatrechtelijke rechtsvorm.⁵

Anders is het indien door een gemeenschap of een gewest aan een privaatrechtelijke vennootschap of vereniging bepaalde activiteiten of taken worden opgedragen die niet kunnen worden gekarakteriseerd als overheidstaken of als een openbare dienst, namelijk indien het activiteiten of taken betreft die ook door particulieren of door andere vennootschappen of verenigingen kunnen worden uitgeoefend, bijvoorbeeld in een commerciële context. In een dergelijk geval kan, gelet op de zo-even aangehaalde parlementaire voorbereiding en rechtspraak, worden aangenomen dat artikel 9 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 niet van toepassing is.⁶

5.2. De ontworpen regeling behelst de oprichting van een naamloze vennootschap die uitzendarbeid, outplacement en aanwervings- en selectieactiviteiten organiseert, ontwikkelt en aanbiedt en die producten en diensten inzake personeelsbeheer aanbiedt. Blijkens de memorie van toelichting zou deze naamloze vennootschap de activiteiten overnemen die thans worden uitgeoefend door de dienst met gescheiden beheer die is opgericht bij artikel 36*bis* van de

³ GwH 25 april 1995, nr. 36/95, B.5. Zie ook GwH 27 januari 2011, nr. 9/2011, B.7: “De decreetgever kan kiezen op welke wijze de door hem opgerichte of onder zijn bevoegdheid vallende *instellingen van openbaar belang* worden gecontroleerd (...)” (cursivering aangebracht).

⁴ *Ibid.*, p. 24: “Het begrip ‘toezicht’ [...] slaat zowel op het hiërarchisch als administratief toezicht op de rechtspersonen en publiekrechtelijke organen, als op het toezicht op de privé-ondernemingen waarin de overheid participeert”.

⁵ Advies 49.346/1 van 24 maart 2011 over een voorstel dat heeft geleid tot het decreet van 14 oktober 2011 houdende de machtiging tot oprichting van de vzw I-Cleantech Vlaanderen - innovatie in Cleantech, *Parl.St.* VI.Parl., 2010-11, nr. 831/10; advies 49.814/1 van 14 juni 2011 over amendementen op het voormelde voorstel, *Parl.St.* VI.Parl., 2010-11, nr. 831/7.

⁶ Vgl. S. BAETEN en F. VANDENDRIESSCHE, *Oprichting van rechtspersonen en participaties*, in G. VAN HAEGENDOREN en B. SEUTIN, *De bevoegdheidsverdeling in het federale België*, Brugge, Die Keure, 2007, pp. 50-53, inzonderheid voetnoot 88; D. DHOOGHE en F. VANDENDRIESSCHE, *Publiek-private samenwerking*, Brugge, Die Keure, 2003, pp. 184-186.

ordonnantie van 18 januari 2001 ‘houdende organisatie en werking van de Brusselse gewestelijke Dienst voor Arbeidsbemiddeling’. Deze dienst met gescheiden beheer kan zich naar luid van de artikelen 4, punt 7, 5 en 36bis van deze ordonnantie inlaten met “de aanwerving van uitzendkrachten om ze ter beschikking te stellen van gebruikers met het oog op de uitvoering van tijdelijke arbeid toegelaten door of krachtens de wet van 24 juli 1987 op de tijdelijke arbeid, de uitzendarbeid en het ter beschikking stellen van werknemers ten behoeve van gebruiken (lees: gebruikers)”, alsook “betaalde activiteiten uitoefenen die verenigbaar zijn met de opdrachten die hem worden toevertrouwd”.

Uit de memorie van toelichting blijkt dat de stellers van het ontwerp beogen de activiteiten van Actiris uit te besteden “die betrekking hebben op de uitzendarbeid en iedere andere activiteit in verband met de betalende arbeidsbemiddeling: de aanwerving, de selectie en outplacement”. Er wordt aan toegevoegd dat de op te richten naamloze vennootschap “beantwoordt [...] aan de regels van het concurrentievermogen en aan de regels van de markt”. De naamloze vennootschap wordt dan ook gekarakteriseerd als “een Brusselse onderneming voor betalende arbeidsbemiddelingsdiensten”.

Indien, zoals te dezen het geval blijkt te zijn, de activiteiten die als maatschappelijk doel in de statuten van de naamloze vennootschap zullen worden vermeld, neerkomen op louter commerciële economische activiteiten die worden uitgeoefend naast de andere private marktspelers, zonder dat een activiteit voorligt die gekarakteriseerd kan worden als een overheidstaak die gericht is op het algemeen belang, veeleer dan op winstgevende activiteiten, kan worden aangenomen dat de voorwaarden van artikel 9 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 niet toepasselijk zijn. De verwijzingen naar artikel 9 in de memorie van toelichting zijn in de gegeven omstandigheden niet pertinent en moeten worden weggelaten.

Hieruit vloeit tevens voort dat in de ontworpen regeling niet hoeft te worden voorzien in een systeem van toezicht zoals bedoeld in artikel 9, tweede lid.

5.3. Anderzijds kan, gegeven de niet-toepasselijkheid van artikel 9 van de bijzondere wet van 9 augustus 1980, geen beroep worden gedaan op de mogelijkheden die deze bijzondere wetbepaling biedt voor de gemeenschappen en de gewesten om zelf diensten, instellingen of ondernemingen in te richten en om daarbij onder meer te voorzien in *sui generis*-instellingen en ondernemingen met een eigen specifieke rechtsvorm die afwijkt van de bestaande rechtsvormen van vennootschappen en verenigingen, waarvoor de federale overheid bevoegd is op grond van artikel 6, § 1, VI, vijfde lid, 5°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980.⁷

Artikel 4, § 5, van het ontwerp bepaalt evenwel dat Actiris bij de oprichting van de vennootschap hetzij zijn aandelen in die vennootschap, hetzij de schuldvordering van de overdrachtsprijs ingevolge de overdracht van de bedrijfstak, gratis aan het Brussels Hoofdstedelijk Gewest zal overdragen. Daarmee wordt afgeweken van het beginsel dat overdrachten van aandelen tussen aandeelhouders volgens een overeenkomst wordt geregeld, waarin de rechten en de verplichtingen van de betrokken partijen nauwkeurig worden geregeld.

⁷ GwH 25 oktober 2000, nr. 105/2000, B.33-B.38. Zie ook S. BAETEN en F. VANDENDRIESSCHE, o.c., pp. 39-40.

Een dergelijke afwijking van het Wetboek van vennootschappen buiten het kader van artikel 9 van de bijzondere wet van 9 augustus 1980 is enkel mogelijk indien een beroep kan worden gedaan op de voorwaarden bedoeld in artikel 10 van dezelfde bijzondere wet. Het staat aan de stellers van het ontwerp om in de memorie van toelichting uiteen te zetten hoe te dezen aan die voorwaarden is voldaan.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

Artikel 5

6. Overeenkomstig artikel 5, § 3, van het ontwerp neemt de Brussels Hoofdstedelijke Regering “alle noodzakelijke maatregelen voor de uitvoering van onderhavig artikel”.

Indien het de bedoeling is om de regeling van specifieke nadere regelen op te dragen aan de Regering, moeten die delegaties nader worden omschreven. Indien daarentegen geen nadere regelingen worden beoogd die niet kunnen worden uitgevaardigd op grond van de algemene uitvoeringsbevoegdheid van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering, kan de ontworpen paragraaf 3 beter worden weggelaten.

Artikel 9

7. Tenzij er een specifieke reden zou bestaan om af te wijken van de normale termijn voor de inwerkingtreding van ordonnanties, dient het eerste lid van artikel 9 uit het ontwerp te worden weggelaten.

*

PORTÉE DU PROJET

1. Le projet d'ordonnance soumis pour avis a pour objet d'autoriser le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale à constituer, conjointement avec l'Office régional bruxellois de l'emploi (Actiris), une société anonyme ayant comme objet social, d'une part, l'organisation, le développement et l'offre de travail intérimaire, d'activités d'outplacement et d'activités de recrutement et de sélection et, d'autre part, l'offre de tout autre produit et service en matière de politique et de gestion du personnel. Par ailleurs, l'acte de constitution de la société stipulerait que la société peut mener toute activité de nature à favoriser directement ou indirectement la réalisation de son objet social et ce, tant en Belgique qu'à l'étranger (article 3). Cette société reprendra ainsi les activités qui sont exercées actuellement par le service à gestion distincte A.T.O.

Au minimum vingt jours avant la constitution de la société, Actiris soumettra à l'approbation de la société un plan financier qui déterminera et justifiera le montant du capital à souscrire. Actiris transférera l'actif nécessaire aux activités de la société ainsi que le passif lié à ces activités. Lors de la constitution de la société, Actiris transférera gratuitement à la Région de Bruxelles-Capitale soit les actions qu'elle détiendra dans cette société, soit la créance de prix de cession résultant de la cession de la branche d'activité. À l'issue de ce transfert, la Région de Bruxelles-Capitale restera actionnaire majoritaire (article 4).

Le personnel contractuel d'Actiris occupé actuellement dans le service à gestion distincte A.T.O. sera transféré à la société anonyme, sur base volontaire, moyennant le maintien de leurs droits acquis et de leurs conditions de travail, individuelles et collectives. Les membres du personnel statutaire occupés actuellement dans le même service à gestion distincte A.T.O., peuvent, à leur demande, se voir accorder un congé non rémunéré pendant cinq ans maximum en vue d'être employés contractuellement par la société anonyme (article 5).

Les dividendes perçus par la Région de Bruxelles-Capitale en sa qualité d'actionnaire de la société anonyme sont versés à un fonds budgétaire appelé « Fonds Mesures pour l'emploi ». En concertation avec Actiris, les moyens de ce fonds sont affectés aux programmes, projets et mesures développés en vue de l'insertion socioprofessionnelle des chercheurs d'emploi (article 6).

La réglementation en projet entre en vigueur le jour de sa publication au Moniteur belge, à l'exception des dispositions abrogatoires prévues aux articles 7 et 8, dont le Gouvernement fixe la date d'entrée en vigueur (article 9).

FORMALITÉS

2. La réglementation en projet étant susceptible d'avoir pour conséquence que la société anonyme soit qualifiée, comme dans l'exposé des motifs, de « société bruxelloise de services de placement payant » qui « répond [...] aux règles de la concurrence et aux exigences du marché », la question se pose de savoir si le transfert de l'actif et du passif par Actiris, à savoir un service public, à la société anonyme en question ne doit pas être qualifié d'aide au sens de l'article 107, paragraphe 1, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, qui doit être

notifiée à la Commission européenne et approuvée par celle-ci. Il est impossible à ce stade de déterminer si tel est effectivement le cas, le Conseil d'État ne disposant pas des éléments de fait nécessaires, notamment en ce qui concerne la valeur de l'actif et du passif qui sont transférés.

S'il devait apparaître lors de la mise en oeuvre ultérieure de la réglementation en projet, qu'il s'agit effectivement d'une aide, les notifications nécessaires devront être faites à la Commission européenne.

3. Selon l'article 11, § 1^{er}, de la loi du 19 décembre 1974 'organisant les relations entre les autorités publiques et les syndicats des agents relevant de ces autorités', une concertation au sein du comité sectoriel compétent est requise pour toutes les propositions qui sont soumises concernant la fixation du cadre du personnel des services ressortissant au comité de concertation dont il s'agit, les réglementations que le Roi n'a pas considérées comme réglementations de base ainsi que celles relatives à la durée du travail et à l'organisation du travail, les mesures d'ordre intérieur et les directives relatives aux réglementations mentionnées ci-dessus. À ce sujet, le délégué a déclaré ce qui suit:

« Le présent avant-projet d'ordonnance n'a d'autres fins que d'habiliter le Gouvernement à créer, conjointement avec Actiris, une société commerciale sous forme d'une société anonyme. À ce stade, et tant que l'ordonnance ne portera pas ses effets, la s.a. n'existe pas. Le personnel actuel de ATO est et reste du personnel d'Actiris. Si la société anonyme est constituée, ce qui aujourd'hui n'apparaît pas comme une certitude, des membres du personnel d'Actiris pourraient choisir de l'intégrer sur une base volontaire. Le texte de l'ordonnance prévoit des périodes d'essai sans perte de droits. Mais les statuts et les orientations de la s.a. à venir devraient également être pris en considération par les travailleurs dans leur choix. Aujourd'hui et pour assurer une information la plus transparente possible, des séances d'information ont eu lieu et sont encore prévues au sein du Comité de Concertation de Base d'Actiris (18 avril 2012, 19 juillet 2012, 3 décembre 2012). Les auteurs du texte pensent qu'il est prématuré et sans objet à ce stade de procéder à une concertation sur la durée du travail, sur l'organisation du travail et de procéder à une approbation du régime des pensions dès lors que ces éléments ne seront clarifiés qu'une fois que l'ensemble de conditions de fonctionnement de la société seront connues. Il nous est donc apparu que la concertation nécessaire devait être menée dans le cadre de prise de décision formelle de constitution de la société que le Gouvernement et le Comité de gestion d'Actiris prendront s'ils y sont habilités par le présent projet d'ordonnance ».

Le Conseil d'État ne peut pas se rallier à ce raisonnement. La circonstance que l'on ne distingue pas clairement à l'heure actuelle quels membres du personnel recourront aux possibilités offertes par le dispositif en projet ni quelles conditions de travail seront applicables à la société anonyme à constituer ne change rien au fait que le dispositif en projet relève du champ d'application de la disposition légale citée et qu'il doit, dès lors, déjà dans cette phase du projet, faire l'objet d'une concertation dans le comité sectoriel en question.

4. Puisque, conformément à l'article 5, § 2, du projet, un congé non rémunéré peut être accordé, à leur demande, aux membres du personnel statutaire d'Actiris, actuellement occupés dans le même service à gestion distincte A.T.O., pendant une période de cinq ans maximum en vue d'être employés contractuellement dans la société anonyme, il convient,

conformément à l'article 19, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 22 décembre 2000¹ applicable en la matière, de demander préalablement '[l'approbation de] l'autorité fédérale compétente en matière de pensions'. Il n'apparaît pas qu'une telle approbation ait déjà été demandée.

Les observations ci-après sont dès lors formulées sous réserve que le dispositif en projet soit encore soumis à cette approbation.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

5.1. La réglementation en projet prévoyant la constitution d'une entreprise dotée de la personnalité juridique et la prise d'une participation en capital dans cette entreprise par la Région de Bruxelles-Capitale et par Actiris, il y a lieu de vérifier si l'article 9 de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles' s'applique en l'occurrence et, dans l'affirmative, si les conditions de cette disposition sont remplies.

L'article 9 de la loi spéciale du 8 août 1980 s'énonce comme suit:

« Art. 9. Dans les matières qui relèvent de leurs compétences, les Communautés et les Régions peuvent créer des services décentralisés, des établissements et des entreprises, ou prendre des participations en capital.

Le décret peut accorder aux organismes précités la personnalité juridique et leur permettre de prendre des participations en capital. Sans préjudice de l'article 87, § 4, il en règle la création, la composition, la compétence, le fonctionnement et le contrôle ».

Conformément à l'article 4 de la loi spéciale du 12 janvier 1989 'relative aux institutions bruxelloises', cette disposition s'applique également à la Région de Bruxelles-Capitale.

Les travaux préparatoires de l'article 7 de la loi spéciale du 8 août 1988 'modifiant la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles', remplaçant l'article 9 de la loi spéciale du 8 août 1980, permettent de déduire que cette disposition visait à étendre les compétences des communautés et des régions « à tout ce qui concerne la *gestion décentralisée* (décentralisation par service) du *secteur public*, y compris de formules de cogestion avec le secteur privé » (italiques ajoutés)².

La Cour constitutionnelle a confirmé que l'article 9 précité implique qu'une communauté ou une région « peut [...], confier à des sociétés une *mission de service public* et soumettre ces sociétés à son contrôle, pour l'exercice de cette mission » (italiques ajoutés)³.

¹ Arrêté royal du 22 décembre 2000 'fixant les principes généraux du statut administratif et pécuniaire des agents de l'État applicables au personnel des services des Gouvernements de Communauté et de Région et des Collèges de la Commission communautaire commune et de la Commission communautaire française ainsi qu'aux personnes morales de droit public qui en dépendent'.

² Exposé des motifs du projet de loi devenu la loi spéciale du 8 août 1988, *Doc. Parl.*, Chambre, S.E. 1988, n° 516/1, p. 24.

³ C.C., 25 avril 1995, n° 36/95, B.5. Voir également C.C., 27 janvier 2011, n° 9/2011, B.7: « Le législateur décréte peut déterminer le mode de contrôle des *organismes d'intérêt public* qu'il crée ou qui relèvent de sa compétence (...) » (italiques ajoutés).

Il peut se déduire de ce qui précède qu'un recours à l'article 9 de la loi spéciale du 8 août 1980 est nécessaire dans le cas de la création d'un service, d'un organisme ou d'une entreprise à caractère public et poursuivant plus particulièrement une mission publique ou de service public. C'est du reste pour cette raison qu'il est notamment requis que le législateur décrète règle un certain nombre d'aspects de ces organismes, parmi lesquels leur tutelle administrative. Cette tutelle administrative garantit en effet que les activités de ces organismes restent dans les limites de la légalité et qu'elles soient conformes à l'intérêt général. Cette tutelle administrative doit également être organisée à l'égard d'entreprises privées, constituées par une communauté ou une région ou dans laquelle celles-ci prennent une participation en capital en vue de l'exercice d'une mission publique ou d'un service public par cette entreprise privée⁴. Dans certains cas, il peut d'ailleurs s'avérer à cet égard que le recours à une forme juridique de droit privé, comme une association sans but lucratif, plutôt que la création d'un organisme public ou d'une personne morale *sui generis* soit fondamentalement inconciliable avec les exigences découlant de l'article 9 précité, notamment en ce qui concerne l'organisation d'un contrôle adéquat par l'autorité, et que, partant, il y a lieu de renoncer, à ce recours à une forme juridique de droit privé⁵.

Il en va autrement lorsqu'une communauté ou une région confie à une société ou association de droit privé certaines activités ou missions qui ne peuvent recevoir la qualification de missions publiques ou de service public, notamment s'il s'agit d'activités ou de tâches susceptibles d'être également accomplies par des particuliers ou par d'autres sociétés ou d'autres associations, dans un contexte commercial par exemple. Dans un tel cas, il peut être admis que, compte tenu des travaux préparatoires et de la jurisprudence précités, l'article 9 de la loi spéciale du 8 août 1980 ne s'applique pas⁶.

5.2. La réglementation en projet porte sur la constitution d'une société anonyme qui s'occupe de l'organisation, du développement et de l'offre de travail intérimaire, d'outplacement et d'activités de recrutement et de sélection et qui offre des produits et services en matière de gestion du personnel. Comme l'indique l'exposé des motifs, cette société anonyme reprendrait les activités actuellement exercées par le service à gestion distincte, créé par l'article 36*bis* de l'ordonnance du 18 janvier 2001 'portant organisation et fonctionnement de l'Office régional bruxellois de l'Emploi'. Selon les articles 4, point 7, 5 et 36*bis*, de cette ordonnance, ce service à gestion distincte peut se charger de « l'engagement d'intérimaires pour les mettre à la disposition d'utilisateurs en vue de l'exécution d'un travail temporaire, autorisé par ou en vertu de la loi du 24 juillet 1987 sur le travail temporaire, le travail intérimaire et la mise de travailleurs à la disposition d'utilisateurs », de même qu'« exercer des activités payantes compatibles avec les missions qui lui sont confiées ».

⁴ *Ibid.*, p. 24: « Le mot 'contrôle' vise aussi bien la tutelle et le contrôle hiérarchique sur les personnes morales et organes de droit public que le contrôle des entreprises privées auxquelles l'autorité est associée ».

⁵ Avis 49.346/1 du 24 mars 2011 sur une proposition devenue le décret du 14 octobre 2011 'houdende de machtiging tot oprichting voor de VZW I-Cleantech Vlaanderen - innovatie in Cleantech', *Doc. Parl.*, Parl. fl., 2010-11, n° 831/10; avis 49.814/1 du 14 juin 2011 sur des amendements à la proposition précitée, *Doc. parl.*, Parl. fl., 2010-11, n° 831/7.

⁶ Comp. S. BAETEN et F. VANDENDRIESCHE, *Oprichting van rechtspersonen en participaties*, dans G. VAN HAEGENDOREN et B. SEUTIN, *De bevoegdheidsverdeling in het federale België*, Bruges, Die Keure, 2007, pp. 50-53, en particulier la note de bas de page 88; D. DHOOGHE et F. VANDENDRIESCHE, *Publiek-private samenwerking*, Bruges, Die Keure, 2003, pp. 184-186.

Il ressort de l'exposé des motifs que les auteurs du projet envisagent d'externaliser les activités d'Actiris « qui concernent l'intérim ainsi que toute autre activité liée au placement payant : le recrutement, la sélection, l'outplacement ». Il ajoute que la société anonyme à constituer « répond [...] aux règles de la concurrence et aux exigences du marché ». La société anonyme est dès lors qualifiée de « société bruxelloise de services de placement payant ».

Si, comme cela s'avère être le cas en l'occurrence, les activités qui seront mentionnées en tant qu'objet social dans les statuts de la société anonyme, s'analysent comme des activités purement économiques et commerciales, exercées en marge d'autres opérateurs privés du marché, sans qu'il existe une activité pouvant être qualifiée de mission publique axée sur l'intérêt général plutôt que sur des activités lucratives, il peut être admis que les conditions de l'article 9 de la loi spéciale du 8 août 1980 ne s'appliquent pas. Dans les circonstances données, les références à l'article 9 dans l'exposé des motifs ne sont pas pertinentes et seront omises.

Il en découle également que la réglementation en projet ne doit pas prévoir de dispositif de contrôle au sens de l'article 9, alinéa 2.

5.3. D'autre part, compte tenu de l'inapplicabilité de l'article 9 de la loi spéciale du 9 août 1980, il n'est pas possible de recourir aux possibilités que cette disposition légale spéciale offre aux communautés et les régions de créer elles-mêmes des services, des établissements et des entreprises et de prévoir, en outre, notamment, des organismes et entreprises *sui generis* ayant une forme juridique spécifique propre qui déroge aux formes juridiques existantes des sociétés et associations, pour lesquelles l'autorité fédérale est compétente en vertu de l'article 6, § 1^{er}, VI, alinéa 5, 5^o, de la loi spéciale du 8 août 1980⁷.

L'article 4, § 5, du projet dispose toutefois que lors de la constitution de la société, Actiris transférera gratuitement à la Région de Bruxelles-Capitale, soit les actions qu'elle détiendra dans la société soit la créance de prix de cession résultant de la cession de la branche d'activité. Il est ainsi dérogé au principe selon lequel une convention règle les transferts d'actions entre actionnaires et définit précisément les droits et obligations des parties concernées.

Une telle dérogation au Code des sociétés en dehors du cadre de l'article 9 de la loi spéciale du 9 août 1980 n'est possible que si les conditions visées à l'article 10 de cette même loi spéciale peuvent être évoquées. Il appartient aux auteurs du projet d'indiquer dans l'exposé des motifs comment ces conditions sont, en l'occurrence, remplies.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

Article 5

6. Conformément à l'article 5, § 3, du projet, le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale prend « toutes les mesures nécessaires pour l'exécution du présent article ».

⁷ C.C., 25 octobre 2000, n° 105/2000, B.33-B.38. Voir également S. BAETEN et F. VANDENDRIESCHE, *o.c.*, pp. 39-40.

Si l'intention est de confier au Gouvernement, le soin de fixer les modalités spécifiques, il conviendra de définir précisément ces délégations. Par contre, si aucune modalité n'est envisagée qui ne peut être adoptée sur la base du pouvoir général d'exécution du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale, mieux vaudra omettre le paragraphe 3 en projet.

Article 9

7. Sauf si des raisons spécifiques justifient qu'il soit dérogé au délai usuel d'entrée en vigueur des ordonnances, il y a lieu d'omettre l'alinéa 1^{er} de l'article 9 du projet.

LE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Wim GEURTS

Marnix VAN DAMME