



CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

avis 58.874/4
du 1^{er} février 2016

sur

un avant-projet d'ordonnance
de la Région de
Bruxelles-Capitale 'relative à
la création d'une fondation
pour la promotion de certaines
matières régionales visées à
l'article 4*bis*, 3° de la loi
spéciale du 19 janvier 1989
relative aux Institutions
bruxelloises –
Fondation CIVA'

RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 58.874/4
van 1 februari 2016

over

een voorontwerp van
ordonnantie van besluit van de
Brusselse Hoofdstedelijke
Regering 'betreffende de
oprichting van een stichting
voor de bevordering van
bepaalde gewestelijke
aangelegenheden bedoeld in
artikel 4*bis*, 3° van de
bijzondere wet van
19 januari 1989 met betrekking
tot de Brusselse Instellingen –
Stichting CIVA'

Le 27 janvier 2016, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Ministre-Président du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale, à communiquer un avis, dans un délai de cinq jours ouvrables, sur un avant-projet d'ordonnance 'relative à la création d'une fondation pour la promotion de certaines matières régionales visées à l'article 4bis, 3° de la loi spéciale du 19 janvier 1989 relative aux Institutions bruxelloises – Fondation CIVA'.

L'avant-projet a été examiné par la quatrième chambre le 1^{er} février 2016. La chambre était composée de Pierre LIÉNARDY, président de chambre, Martine BAGUET et Bernard BLERO, conseillers d'État, Christian BEHRENDT et Jacques ENGLEBERT, assesseurs, et Colette GIGOT, greffier.

Le rapport a été présenté par Patrick RONVAUX, premier auditeur.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise a été vérifiée sous le contrôle de Pierre LIÉNARDY.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 1^{er} février 2016.

*

Op 27 januari 2016 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister-President van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering, verzocht binnen een termijn van vijf werkdagen een advies te verstrekken over een voorontwerp van ordonnantie 'betreffende de oprichting van een stichting voor de bevordering van bepaalde gewestelijke aangelegenheden bedoeld in artikel 4bis, 3° van de bijzondere wet van 19 januari 1989 met betrekking tot de Brusselse Instellingen – Stichting CIVA'.

Het voorontwerp is door de vierde kamer onderzocht op 1 februari 2016. De kamer was samengesteld uit Pierre LIÉNARDY, kamervoorzitter, Martine BAGUET en Bernard BLERO, staatsraden, Christian BEHRENDT en Jacques ENGLEBERT, assessoren, en Colette GIGOT, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Patrick RONVAUX, eerste auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Pierre LIÉNARDY.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 1 februari 2016.

*

Suivant l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 3°, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, la demande d'avis doit spécialement indiquer les motifs qui en justifient le caractère urgent.

La lettre s'exprime en ces termes :

« L'urgence est motivée par le fait que l'asbl CIVA est en liquidation depuis le mois de novembre, que ses activités doivent être reprises le plus rapidement possible par une nouvelle structure, régionale, saine et stable financièrement, et que les associations membres du CIVA en liquidation n'ont donné leur accord de principe à leur participation à cette Fondation que le 8 janvier dernier ».

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 3°, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, la section de législation limite son examen au fondement juridique du projet, à la compétence de l'auteur de l'acte ainsi qu'à l'accomplissement des formalités préalables, conformément à l'article 84, § 3, des lois coordonnées précitées.

Sur ces trois points, le projet appelle les observations suivantes.

COMPÉTENCE DE L'AUTEUR DE L'ACTE

L'avant-projet met en œuvre les nouvelles compétences qui ont été attribuées à la Région de Bruxelles-Capitale par l'article 4*bis*, 3°, de la loi spéciale du 12 janvier 1989 'relative aux institutions bruxelloises', inséré dans cette dernière par l'article 51 de la loi spéciale du 6 janvier 2014 'relative à la Sixième Réforme de l'État'.

Cet article 4*bis*, 3°, prévoit que, sans préjudice des compétences des Communautés française et flamande, la Région de Bruxelles-Capitale est, dans les matières culturelles visées à l'article 127, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1°, de la Constitution, et pour ce qui concerne les beaux-arts, le patrimoine culturel, les musées et autres institutions scientifiques culturelles visées à l'article 4, 3° et 4°, de la loi spéciale du 8 août 1980, compétente relativement aux « matières biculturelles pour autant que celles-ci soient d'intérêt régional ».

Il ressort de l'avis 53.932/AG du Conseil d'État et des documents parlementaires préalables à l'adoption de la loi spéciale du 6 janvier 2014¹ que la notion de « matières biculturelles d'intérêt régional », qui conditionne la compétence de la Région de Bruxelles-Capitale et dont la portée sera circonscrite par la pratique, doit s'entendre *a priori* comme visant le secteur biculturel qui n'atteint pas une dimension nationale ou internationale mais qui dépasse la dimension purement communale et dont le caractère d'intérêt régional se déduit du fait que la Région de Bruxelles-Capitale décide de s'en saisir, le seul exemple concret donné, à titre cependant non exhaustif, par les auteurs de la Sixième Réforme de l'État étant celui de la « Zinneke parade ».

¹ Voir l'avis 53.932/AG donné le 27 août 2013 sur un avant-projet devenu la loi spéciale du 6 janvier 2014 'relative à la Sixième Réforme de l'État' (observation 2 sous l'article 49 et les extraits du rapport de commission) (*Doc. parl.*, Sénat, 2013-2014, n° 5-2232/5, pp. 208-212, 228, 231 et 280-283).

Pour apprécier si la Région de Bruxelles-Capitale est compétente en l'espèce, l'important n'est pas de voir qu'elle est le champ d'action de l'ASBL en liquidation mais de s'attacher au champ d'action de la nouvelle structure à créer.

À cet égard, cette nouvelle structure est conçue, comme l'indiquent les pièces du dossier et l'article 2, alinéa 3, de l'avant-projet, pour promouvoir les compétences visées à l'article 4*bis*, 3°, ce qui signifie que nécessairement le champ d'action de cette nouvelle structure devra dorénavant présenter un caractère biculturel.

Interrogée sur ce point, la déléguée du ministre-président a répondu ce qui suit :

« Je vous confirme que la volonté du Gouvernement est de créer une nouvelle structure qui développera les activités actuellement réalisées par le CIVA et les asbl membres (Archives d'Architecture Modernes, Fond pour l'architecture, Bibliothèque Pechère, Centre Paul Duvigneaud) au niveau régional et ce, en application des nouvelles compétences acquises par la Région bruxelloise suite à la VI^e réforme de l'État. Ces activités sont déjà aujourd'hui mises en œuvre de manière bilingue par les dites associations (CIVA et autres). Les activités des associations actuelles ainsi que leur patrimoine seront transférées à la Fondation (patrimoine constitué de collections de mobilier et éléments d'architecture, plans d'architectes et d'archives et documentation dans les domaines du patrimoine, du paysage et du développement urbain). L'idée est de développer ces activités ainsi que de nouvelles activités en lien avec les archives d'architecture et du paysage et l'architecture contemporaine au sein de départements principalement consacrés à l'Histoire de l'architecture et de la Ville, à l'art des jardins, l'architecture du paysage et les écosystèmes urbains et aux enjeux de la ville contemporaine et à des animations pédagogiques autour de ces thématiques. ».

Par conséquent, l'avant-projet ne soulève pas de problème de compétence.

EXAMEN DE L'AVANT-PROJET

1. Par l'avant-projet examiné, le législateur impose au Gouvernement de créer une personne morale nouvelle sous la forme d'une fondation au sens de la loi du 27 juin 1921 'sur les associations sans but lucratif, les associations internationales sans but lucratif et les fondations' et précise que cette fondation à créer pourra demander à être « reconnue d'utilité publique » au sens de cette loi.

Le Gouvernement est chargé d'« affecte[r] » à cette fondation « des moyens mobiliers et, le cas échéant, immobiliers adéquats ».

Selon l'article 2, alinéa 3, de l'avant-projet, l'objet de cette fondation est « à tout le moins de promouvoir les compétences régionales visées à l'article 4*bis*, 3°, de la loi spéciale du [12] janvier 1989 relative aux institutions bruxelloises », avec la possibilité « d'assurer un rôle de gestion ou de coordination ».

Le Gouvernement est pour le surplus chargé par l'article 2, alinéa 5, de l'avant-projet de « s'assure[r] de manière adéquate de la mise en place des contrôles nécessaires » sur la fondation.

Le commentaire des articles précise à cet effet qu'

« Il reviendra au Gouvernement, dans l'exécution de cet article, de rédiger les statuts de la fondation de telle manière qu'il puisse s'assurer de l'utilisation des moyens mis à disposition de la fondation. Ainsi, le Gouvernement prévoira que la Région pourra contrôler le fonctionnement de la fondation par la nomination d'un nombre d'administrateurs, en limitant les possibilités de modifier ultérieurement les statuts, en prévoyant que la Région procède à la nomination des administrateurs, en imposant la rédaction de rapports d'activités,... Ce faisant, le Gouvernement sera cependant tenu de respecter le cadre légal fédéral (art. 27 à 45 de la loi du 27 juin 1921 sur les associations sans but lucratif, les associations internationales sans but lucratif et les fondations) ».

2. Tant que l'article 35 de la Constitution n'entre pas en vigueur, l'organisation des collectivités politiques au sein de l'État belge est notamment caractérisée par le fait que les régions et communautés n'ont de compétences que dans les matières qui leur sont formellement attribuées par la Constitution et les lois portées en vertu de cette dernière et qu'elles ne disposent que des pouvoirs qui leur sont conférés par les mêmes normes.

Par conséquent, pour être à même de créer une personne morale de sa propre initiative ou pour pouvoir participer à la création d'une personne morale avec d'autres, la Région de Bruxelles-Capitale doit pouvoir s'appuyer sur une disposition qui lui attribue cette faculté.

3. En l'espèce, c'est à l'article 9 de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles' (ci-après dénommée : la loi spéciale du 8 août 1980), rendu applicable à la Région de Bruxelles-Capitale par l'article 4 de la loi spéciale du 12 janvier 1989 'relative aux institutions bruxelloises', qu'il convient de se référer pour apprécier les conditions suivant lesquelles les régions et communautés peuvent créer une personne morale ou peuvent participer à la création d'une personne morale.

Cet article prévoit que :

« 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. Le décret en règle la création, la composition, la compétence, le fonctionnement et le contrôle ».

4. Dans l'optique de l'avant-projet, l'article 9 de la loi spéciale du 8 août 1980 consacre deux règles qui retiennent l'attention.

D'une part, en son alinéa 1^{er}, l'article 9 de la loi spéciale du 8 août 1980 donne aux communautés et aux régions le pouvoir de créer notamment des établissements et des entreprises ou de prendre des participations en capital.

Ce faisant, cet alinéa a entre autres pour effet de lever le doute sur la question de savoir si les communautés et régions sont autorisées à recourir aux instruments du droit commun des sociétés, groupements et associations en vue de créer des personnes morales régies par ces

instruments². La réponse à cette question est indéniablement positive alors qu'en l'absence de cet alinéa la question resterait ouverte³.

D'autre part, en son alinéa 2, l'article 9 de la loi spéciale du 8 août 1980 transpose dans l'ordre juridique des communautés et des régions ce qu'il est convenu d'appeler le principe général de légalité des personnes morales de droit public : s'il s'avère que l'organisme créé en application de l'article 9 de la loi spéciale du 8 août 1980 est une personne morale de droit public, c'est le législateur qui doit lui conférer cette qualité et qui doit en régler la création, la composition, la compétence, le fonctionnement et le contrôle⁴⁻⁵.

5. En l'espèce, aucune disposition de l'avant-projet et aucun passage du commentaire des articles ne permet de déterminer avec certitude si en prévoyant l'obligation pour le Gouvernement, selon les conditions exposées au point 1, de créer une personne morale sous la forme juridique d'une fondation au sens de la loi du 27 janvier 1921, le législateur entend voir se créer une personne morale de droit public empruntant la forme juridique d'une fondation⁶ ou s'il entend voir le Gouvernement créer, avec d'autres membres associés, une personne morale de droit privé par application pure et simple de la loi du 27 juin 1921.

Or, comme cela se déduit naturellement de ce qui est exposé au point 4, la création d'une personne morale de droit public n'est pas soumise aux mêmes règles que celle d'une personne morale de droit privé en ce qui concerne l'intervention requise ou non du législateur dans sa création, de sorte que ces deux hypothèses ne peuvent être envisagées de la même façon par le législateur.

² Les plus importants des instruments juridiques concernés sont évidemment le Code des sociétés et la loi du 27 juin 1921.

³ Pour ce qui concerne l'État belge, la section de législation a estimé dans son avis 42.245/2 donné le 28 février 2007, sur un avant-projet devenu la loi du 9 mai 2007 'relative à la constitution d'une société commerciale immobilière par l'État qu'« il est inhérent à la personnalité juridique de l'État que celui-ci dispose, sans devoir être spécialement habilité par le législateur, d'une capacité pleine et entière à contracter, laquelle ne trouve naturellement à s'exercer que dans la limite de ses compétences matérielles » (*Doc. parl.*, Chambre, 2006-2007, n° 51-2995/001, p. 11).

⁴ En ce qui concerne la portée et les effets de l'article 9 de la loi spéciale du 8 août 1980, la Cour constitutionnelle a notamment apporté la précision qu'en indiquant lui-même dans quelles matières la compétence attribuée aux communautés et aux régions par l'alinéa 1^{er} de l'article 9 ne peut être exercée que par décret, c'est-à-dire en réservant certaines compétences aux autorités législatives des communautés et des régions, le législateur spécial a exprimé une exigence qui doit être considérée comme une règle répartitrice de compétence. La Cour a aussi précisé que la règle de compétence de l'article 9, aux termes duquel il appartient au législateur décréteur de régler la création, la composition, la compétence, le fonctionnement et le contrôle de ses établissements propres oblige le législateur décréteur à fixer les règles de base mais ne l'empêche toutefois pas de confier l'affinement de ces règles de base au pouvoir exécutif.

⁵ Pour la jurisprudence de la Cour constitutionnelle concernant l'article 9 de la loi spéciale du 8 août 1980, il est renvoyé aux arrêts portant les numéros 27, 44, 50, 1/89, 18/89, 12/92, 13/92, 38/92, 40/92, 51/93, 85/93, 88/93, 46/94, 36/95, 5/96, 4/97, 39/97, 83/97, 24/98, 95/98, 135/98, 105/2000, 124/2000, 75/2001, 34/2005, 185/2005, 192/2006, 17/2009, 108/2010, et 9/2011.

⁶ Il est admis que lorsque le législateur régional ou communautaire crée une personne morale de droit public en application de l'article 9, alinéa 2, de la loi spéciale du 8 août 1980, il peut, sans élever son caractère de droit public, la créer en empruntant pour se faire une forme juridique issue du droit privé des sociétés ou des associations. Ainsi, une personne morale de droit public peut être créée par exemple sous la forme juridique d'une asbl ou d'une société anonyme, comme elle peut aussi être créée sous une forme *sui generis* ou sous la forme d'une société connue tout en apportant des dérogations à certaines règles légales qui normalement s'appliquent au type de société concerné.

6. Une personne morale de droit public est une personne morale créée par les gouvernants, placée sous leur haute direction et soumise à un régime spécial destiné à lui permettre d'accomplir une mission de service public ⁷.

Selon la Cour constitutionnelle,

« Les personnes morales de droit public se distinguent des personnes morales de droit privé en ce qu'elles n'ont que des missions de service public et doivent ne servir que l'intérêt général » ⁸.

Sur la base des éléments d'information dont elle dispose, la section de législation n'est pas en mesure de déterminer si la fondation en voie de création doit être qualifiée ou non de personne morale de droit public.

Il paraît en tout cas peu contestable que la fondation envisagée est créée par la Région de Bruxelles-Capitale ou à l'initiative de celle-ci.

Selon l'article 2, alinéa 1^{er}, de l'avant-projet « le Gouvernement crée » une fondation et le commentaire de l'article précise que le Gouvernement en rédigera les statuts.

Le premier critère de la personne morale de droit public, à savoir la création par les gouvernants, est donc satisfait.

Il paraît tout aussi difficilement contestable que la mission donnée à la fondation en voie de création est bien une mission de service public.

Selon l'article 2, alinéa 3, de l'avant-projet, l'objet de la fondation sera de « promouvoir les compétences régionales visées à l'article 4bis, 3°, de la loi spéciale du [12] janvier 1989 sur les Institutions bruxelloises », soit une mission qui relève traditionnellement des pouvoirs publics, lesquels sont chacun pour ce qui les concerne, chargés de veiller à promouvoir et développer les compétences qui sont les leurs.

Ce critère permettant de qualifier la personne morale considérée de personne morale de droit public paraît donc aussi être satisfait.

Les choses sont beaucoup moins claires pour ce qui concerne le critère lié au fait que la personne morale en voie de création serait ou non placée sous la haute direction de ses créateurs publics.

À *priori*, ce critère semble également rempli à lire le commentaire des articles de l'ordonnance en projet.

⁷ Voir, parmi d'autres, l'avis 39.387/VR donné le 11 janvier 2006 sur un avant-projet de décret 'reconnaissant l'ASBL « Abbaye de Villers-la-Ville » d'utilité publique' et l'avis 53.143/4 donné le 24 avril 2013 sur un avant-projet de décret devenu le décret du 4 juillet 2013 'modifiant le décret du 14 novembre 2008 instaurant le Conseil de la Jeunesse en Communauté française' (*Doc. parl.*, Parl. Comm. fr., 2012-2013, n° 491/1, pp. 33-49).

⁸ C.C., 10 juillet 2002, n° 128/2002, B.7.2.

Il y est en effet précisé que

« Il reviendra au Gouvernement, dans l'exécution de cet article, de rédiger les statuts de la fondation de telle manière qu'il puisse s'assurer de l'utilisation des moyens mis à disposition de la fondation. Ainsi, le Gouvernement prévoira que la Région pourra contrôler le fonctionnement de la fondation par la nomination d'un nombre d'administrateurs, en limitant les possibilités de modifier ultérieurement les statuts, en prévoyant que la Région procède à la nomination des administrateurs, en imposant la rédaction de rapports d'activités, [...] ».

Toutefois, invitée à clarifier la question de la prépondérance ou non des représentants régionaux dans la structure à créer, la déléguée du ministre-président a apporté les précisions suivantes :

« À ce stade, les statuts prévoient que le CA soit constitué au minimum de 4 administrateurs représentant la RBC et 1 administrateur représentant chacune des associations constitutantes d'origine (à ce stade elle sont 4), mais nous n'avons pas encore décidé du nombre de représentants régionaux qui participeront effectivement à la création de la Fondation. La Présidence et la Vice-Présidence seront assurées par des représentants régionaux.

Toujours dans l'état actuel de la réflexion, les statuts prévoient que les décisions seraient prises à la majorité des 2/3 pour éviter justement la prise de 'pouvoir' d'un groupe sur l'autre ».

Compte tenu de ces éléments, il est donc à ce stade impossible de déterminer si la structure à créer sera ou non placée sous la haute direction des gouvernants.

Quant au dernier critère applicable consistant à vérifier si la personne morale à créer sera dotée d'un régime spécial destiné à lui permettre d'accomplir sa mission, la section de législation ne peut non plus se prononcer à cet égard : tout au plus relève-t-elle que le texte en projet n'aménage aucune prérogative particulière exorbitante du droit commun en faveur de la fondation envisagée mais elle note cependant que la fondation se verra mettre à disposition des « moyens mobiliers et le cas échéant immobiliers adéquats ».

Il appartient donc à l'auteur de l'avant-projet d'adapter l'ordonnance en projet selon que, par rapport aux critères d'examen qui précèdent, la structure nouvelle qu'il crée présentera ou non les caractéristiques d'une personne morale de droit public.

7. S'il s'avère que la fondation dont le texte à l'examen envisage la création est une personne morale de droit public, c'est-à-dire une personne morale créée par les gouvernants, placée sous leur haute direction, et soumise à un régime spécial destiné à lui permettre d'accomplir une mission de service public, il conviendra que l'avant-projet soit complété pour contenir l'ensemble des règles de base liées à la création, à la composition, à la compétence, au fonctionnement et au contrôle de la personne morale de droit public ainsi créée, et ce conformément à ce que requiert l'article 9, alinéa 2, de la loi spéciale du 8 août 1980.

8. S'il s'avère par contre que la fondation dont le texte à l'examen envisage la création n'est pas une personne morale de droit public selon les critères de la définition reprise ci-avant, il y a lieu d'observer qu'en ce cas, et contrairement à ce qui est affirmé dans l'exposé des motifs, l'article 9 de la loi spéciale du 8 août 1980 n'impose pas que le législateur intervienne dans sa création.

Dans l'hypothèse où le législateur souhaiterait néanmoins intervenir, par exemple pour obliger le Gouvernement à créer cette fondation, il conviendra alors qu'il se garde d'instituer sur celle-ci des contrôles qui dénatureraient son statut de personne morale de droit privé.

Or, sur ce point aussi, à supposer que la fondation à créer ne présente pas les caractéristiques d'une personne morale de droit public, le commentaire de l'article est ambigu qui tout à la fois souligne la nécessité pour le Gouvernement de contrôler assez strictement la fondation mais dans le même temps énonce que, ce faisant, le Gouvernement sera tenu de respecter le cadre légal prévu par la loi du 27 juin 1921.

9. En conclusion, l'avant-projet d'ordonnance sera revu à la lumière des observations qui précèdent.

*

Overeenkomstig artikel 84, § 1, eerste lid, 3°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, moeten in de adviesaanvraag in het bijzonder de redenen worden aangegeven tot staving van het spoedeisende karakter ervan.

De motivering in de brief luidt als volgt:

“L’urgence est motivée par le fait que l’asbl CIVA est en liquidation depuis le mois de novembre, que ses activités doivent être reprises le plus rapidement possible par une nouvelle structure, régionale, saine et stable financièrement, et que les associations membres du CIVA en liquidation n’ont donné leur accord de principe à leur participation à cette Fondation que le 8 janvier dernier.”

Aangezien de adviesaanvraag ingediend is op basis van artikel 84, § 1, eerste lid, 3°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, beperkt de afdeling Wetgeving overeenkomstig artikel 84, § 3, van de voornoemde gecoördineerde wetten haar onderzoek tot de rechtsgrond van het ontwerp, de bevoegdheid van de steller van de handeling en de te vervullen voorafgaande vormvereisten.

Wat deze drie punten betreft, geeft het ontwerp aanleiding tot de volgende opmerkingen.

BEVOEGDHEID VAN DE STELLER VAN DE HANDELING

Bij het voorontwerp worden de nieuwe bevoegdheden ten uitvoer gelegd die aan het Brussels Hoofdstedelijk Gewest zijn toegekend bij artikel 4bis, 3°, van de bijzondere wet van 12 januari 1989 ‘met betrekking tot de Brusselse Instellingen’, welke bepaling in die wet is ingevoegd bij artikel 51 van de bijzondere wet van 6 januari 2014 ‘met betrekking tot de Zesde Staatshervorming’.

Dat artikel 4bis, 3°, bepaalt dat, onverminderd de bevoegdheden van de Vlaamse Gemeenschap en de Franse Gemeenschap, het Brussels Hoofdstedelijk Gewest, inzake de culturele aangelegenheden bedoeld in artikel 127, § 1, eerste lid, 1°, van de Grondwet, en wat de schone kunsten, het cultureel patrimonium, de musea en de andere wetenschappelijk-culturele instellingen bedoeld in artikel 4, 3°, en 4°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 betreft, bevoegd is voor “de biculturele aangelegenheden voor zover deze van gewestelijk belang zijn”.

Uit advies 53.932/AV van de Raad van State en de parlementaire stukken ter voorbereiding van de aanneming van de bijzondere wet van 6 januari 2014¹, blijkt dat onder het begrip ‘biculturele aangelegenheden van gewestelijk belang’ - dat als voorwaarde geldt voor de bevoegdheid van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest, terwijl wat onder dat begrip valt door de praktijk zal worden bepaald - *a priori* de biculturele sector moet worden verstaan die geen nationale of internationale dimensie bereikt maar die de louter gemeentelijke dimensie overstijgt en waarvan het gewestelijk belang voortvloeit uit het feit dat het Brussels Hoofdstedelijk Gewest

¹ Zie advies 53.932/AV, gegeven op 27 augustus 2013 over een voorontwerp dat geleid heeft tot de bijzondere wet van 6 januari 2014 ‘met betrekking tot de Zesde Staatshervorming’ (opmerking 2 onder artikel 49 en de uittreksels uit het commissieverslag) (*Parl.St.* Senaat 2013-14, nr. 5-2232/5, 208-212, 228, 231 en 280-283).

beslist om dat het zijne te noemen, waarbij de stellers van de Zesde Staatshervorming, weliswaar op niet-exhaustieve wijze, de “Zinneke Parade” als enig concreet voorbeeld geven.

Om uit te maken of het Brussels Hoofdstedelijk Gewest *in casu* bevoegd is, komt het er niet op aan na te gaan wat het werkterrein is van de vzw die in vereffening is, maar moet alle aandacht gaan naar het werkterrein van de nieuw op te zetten structuur.

Wat dat betreft, wordt die nieuwe structuur, zoals blijkt uit de stukken van het dossier en uit artikel 2, derde lid, van het voorontwerp, opgezet om de bevoegdheden bedoeld in artikel 4bis, 3°, te bevorderen, wat betekent dat het werkterrein van die nieuwe structuur voortaan noodzakelijkerwijs een bicultureel karakter zal moeten hebben.

Op een vraag om uitleg daaromtrent, heeft de gemachtigde van de minister-president het volgende geantwoord:

“Je vous confirme que la volonté du Gouvernement est de créer une nouvelle structure qui développera les activités actuellement réalisées par le CIVA et les asbl membres (Archives d'Architecture Modernes, Fond pour l'architecture, Bibliothèque Pechère, Centre Paul Duvigneaud) au niveau régional et ce, en application des nouvelles compétences acquises par la Région bruxelloise suite à la VI^e réforme de l'État. Ces activités sont déjà aujourd'hui mises en œuvre de manière bilingue par les dites associations (CIVA et autres). Les activités des associations actuelles ainsi que leur patrimoine seront transférées à la Fondation (patrimoine constitué de collections de mobilier et éléments d'architecture, plans d'architectes et d'archives et documentation dans les domaines du patrimoine, du paysage et du développement urbain). L'idée est de développer ces activités ainsi que de nouvelles activités en lien avec les archives d'architecture et du paysage et l'architecture contemporaine au sein de départements principalement consacrés à l'Histoire de l'architecture et de la Ville, à l'art des jardins, l'architecture du paysage et les écosystèmes urbains et aux enjeux de la ville contemporaine et à des animations pédagogiques autour de ces thématiques.”

Het voorontwerp doet bijgevolg geen bevoegdheidsprobleem rijzen.

ONDERZOEK VAN HET VOORONTWERP

1. Bij het voorliggende voorontwerp verplicht de wetgever de regering om een nieuwe rechtspersoon op te richten in de vorm van een stichting in de zin van de wet van 27 juni 1921 ‘betreffende de verenigingen zonder winstoogmerk, de internationale verenigingen zonder winstoogmerk en de stichtingen’ en wordt bepaald dat die op te richten stichting kan vragen om erkend te worden als een “zijnde van openbaar nut” in de zin van die wet.

De regering wordt ermee belast aan die stichting “de passende roerende en indien nodig onroerende middelen [...] toe [te kennen]”.

Volgens artikel 2, derde lid, van het voorontwerp heeft die stichting “op zijn minst tot doel de gewestelijke bevoegdheden die bedoeld zijn in artikel 4bis, 3°, van de bijzondere wet van [12] januari 1989 met betrekking tot de Brusselse Instellingen te bevorderen”, met de mogelijkheid om “een beherende of coördinerende rol [te] vervullen”.

Bovendien wordt de regering er bij artikel 2, vijfde lid, van het voorontwerp mee belast “op passende wijze [te zorgen] voor de invoering van de nodige controles op” de stichting.

In de artikelsgewijze toelichting wordt in dat verband het volgende gepreciseerd:

“In uitvoering van dit artikel komt het toe aan de Regering de statuten van de stichting zodanig op te stellen dat zij zich kan vergewissen van de aanwending van de middelen die zij de stichting ter beschikking stelt. Zo zal de regering bepalen dat het Gewest de werking van de stichting kan controleren via de benoeming van een aantal bestuurders, door het beperken van de mogelijkheden om de statuten later te wijzigen, door te bepalen dat het Gewest instaat voor de benoeming van de bestuurders, door de verplichting op te leggen activiteitenverslagen op te stellen, ... De Regering dient zich daarbij evenwel te houden aan het federale wettelijk kader (art. 27 tot 45 van de wet van 27 juni 1921 betreffende de verenigingen zonder winstoogmerk, de internationale verenigingen zonder winstoogmerk en de stichtingen).”

2. Zolang artikel 35 van de Grondwet niet in werking treedt, wordt de organisatie van de politieke gemeenschappen binnen de Belgische Staat inzonderheid gekenmerkt door het feit dat de gemeenschappen en de gewesten alleen bevoegd zijn voor de aangelegenheden die hun uitdrukkelijk zijn toegekend bij de Grondwet en de wetten die krachtens de Grondwet zijn uitgevaardigd, en dat ze alleen beschikken over de bevoegdheden die hun door dezelfde rechtsnormen zijn toegekend.

Teneinde in staat te zijn om op eigen initiatief een rechtspersoon op te richten of om samen met anderen te kunnen deelnemen aan de oprichting van een rechtspersoon, moet het Brussels Hoofdstedelijk Gewest bijgevolg kunnen steunen op een bepaling waarbij hem die mogelijkheid wordt geboden.

3. *In casu* is artikel 9 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’ (hierna: de bijzondere wet van 8 augustus 1980), dat bij artikel 4 van de bijzondere wet van 12 januari 1989 ‘met betrekking tot de Brusselse Instellingen’ op het Brussels Hoofdstedelijk Gewest van toepassing is verklaard, de bepaling waarop gesteund dient te worden om te beoordelen onder welke voorwaarden de gemeenschappen en de gewesten een rechtspersoon kunnen oprichten of aan het oprichten van een rechtspersoon kunnen deelnemen.

Dat artikel luidt als volgt:

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

Het decreet kan aan voornoemde organismen rechtspersoonlijkheid toekennen en hun toelaten kapitaalsparticipaties te nemen. Het decreet regelt hun oprichting, samenstelling, bevoegdheid, werking en toezicht.”

4. Bij artikel 9 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 zijn twee regels vastgesteld die in het licht van het voorontwerp de aandacht trekken.

Enerzijds verleent artikel 9, eerste lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 aan de gemeenschappen en de gewesten de bevoegdheid om onder meer instellingen en ondernemingen op te richten of kapitaalsparticipaties te nemen.

Daardoor heeft dat lid onder meer een einde gemaakt aan de twijfel over de vraag of de gemeenschappen en de gewesten mogen gebruikmaken van de instrumenten van het gemeen recht inzake vennootschappen, groeperingen en verenigingen om rechtspersonen op te richten die onder deze instrumenten vallen.² Het antwoord op die vraag is overduidelijk positief, terwijl bij ontstentenis van dit lid de vraag onbeantwoord zou blijven³.

Anderzijds wordt bij artikel 9, tweede lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 hetgeen doorgaans het algemeen beginsel van de wettelijkheid van publiekrechtelijke rechtspersonen wordt genoemd, omgezet in de rechtsorde van de gemeenschappen en de gewesten: als blijkt dat de instelling die met toepassing van artikel 9 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 opgericht is een publiekrechtelijke rechtspersoon is, dan moet de wetgever aan die instelling die hoedanigheid toekennen en de oprichting, samenstelling, bevoegdheid en werking van en het toezicht op die instelling regelen⁴⁻⁵.

5. *In casu* kan uit geen enkele bepaling van het voorontwerp en uit geen enkele passage van de artikelsgewijze toelichting met zekerheid worden opgemaakt of de ordonnantiegever met de bepaling dat de regering, overeenkomstig de voorwaarden uiteengezet in punt 1, een rechtspersoon dient op te richten in de rechtsvorm van een stichting in de zin van de wet van 27 januari 1921, wil bereiken dat een publiekrechtelijke rechtspersoon wordt opgericht in de rechtsvorm van een stichting⁶ dan wel of hij wil bereiken dat de regering samen

² De belangrijkste juridische instrumenten in kwestie zijn uiteraard het Wetboek van Vennootschappen en de wet van 27 juni 1921.

³ Wat de Belgische Staat betreft, heeft de afdeling Wetgeving in haar advies 42.245/2, gegeven op 28 februari 2007 over een voorontwerp dat geleid heeft tot de wet van 9 mei 2007 'betreffende de oprichting van een commerciële vastgoedmaatschappij door de Staat', het volgende geoordeeld: "Het is inherent aan de rechtspersoonlijkheid van de Staat dat die, zonder dat die daartoe van de wetgever een bijzondere machtiging hoeft te hebben ontvangen, over een volle bevoegdheid beschikt om overeenkomsten te sluiten, welke bevoegdheid uiteraard alleen mag worden uitgeoefend binnen de perken van zijn materiële bevoegdheid" (*Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 51-2995/001, 11).

⁴ Met betrekking tot de draagwijdte en de gevolgen van artikel 9 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 heeft het Grondwettelijk Hof inzonderheid het volgende gepreciseerd: "Door zelf aan te geven in welke aangelegenheden de bij het eerste lid van artikel 9 aan de gemeenschappen en de gewesten toegewezen bevoegdheid slechts bij decreet kan worden uitgeoefend, dit wil zeggen door sommige bevoegdheden aan de wetgevende overheden van de gemeenschappen en de gewesten voor te behouden, heeft de bijzondere wetgever een eis tot uitdrukking gebracht die moet worden beschouwd als een bevoegdheidverdelende regel (...). Het Hof heeft ook het volgende gepreciseerd: "De bevoegdheidsregel van [...] artikel 9, luidens hetwelk het aan de decreetgever staat de oprichting, samenstelling, bevoegdheid, werking en toezicht van de eigen instellingen te regelen [...] verplicht de decreetgever ertoe de basisregels daarvan vast te stellen [maar] staat [er] evenwel niet [...] aan in de weg dat hij de nadere uitwerking van die basisregels aan de uitvoerende macht overlaat."

⁵ Voor de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof inzake artikel 9 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 wordt verwezen naar de arresten nr. 27, 44, 50, 1/89, 18/89, 12/92, 13/92, 38/92, 40/92, 51/93, 85/93, 88/93, 46/94, 36/95, 5/96, 4/97, 39/97, 83/97, 24/98, 95/98, 135/98, 105/2000, 124/2000, 75/2001, 34/2005, 185/2005, 192/2006, 17/2009, 108/2010, en 9/2011.

⁶ Er wordt aanvaard dat wanneer de wetgever van een gemeenschap of een gewest met toepassing van artikel 9, tweede lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 een publiekrechtelijke rechtspersoon opricht, hij die kan oprichten zonder af te doen aan het publiekrechtelijke karakter ervan door hiertoe een rechtsvorm uit het private vennootschaps- of verenigingsrecht te gebruiken. Zo kan een publiekrechtelijke rechtspersoon bijvoorbeeld worden

met andere vennoten een privaatrechtelijke rechtspersoon opricht louter met toepassing van de wet van 27 juni 1921.

Zoals uiteraard voortvloeit uit wat in punt 4 uiteengezet is, is de oprichting van een publiekrechtelijke rechtspersoon evenwel niet onderworpen aan dezelfde regels als die welke gelden voor een privaatrechtelijke rechtspersoon ten aanzien van de vraag of de ordonnantiegever al dan niet betrokken dient te zijn bij de oprichting ervan, zodat de wetgever deze twee gevallen niet op dezelfde wijze mag behandelen.

6. Een publiekrechtelijke rechtspersoon is een rechtspersoon opgericht door de overheid, die onder de hoge leiding van de overheid staat en waarop een bijzondere regeling van toepassing is, die bedoeld is om die rechtspersoon in staat te stellen een taak van openbare dienst te vervullen ⁷.

Het Grondwettelijk Hof stelt in dit verband het volgende:

“De publiekrechtelijke rechtspersonen onderscheiden zich van de privaatrechtelijke rechtspersonen, doordat zij enkel opdrachten van openbare dienstverlening vervullen en uitsluitend het algemeen belang moeten dienen” ⁸.

Op grond van de informatie waarover de afdeling Wetgeving beschikt, is ze niet in staat vast te stellen of de in oprichting zijnde stichting al dan niet als een publiekrechtelijke rechtspersoon moet worden aangemerkt.

Blijkbaar kan hoe dan ook nauwelijks betwist worden dat de in het vooruitzicht gestelde stichting wordt opgericht door of op initiatief van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest.

Volgens artikel 2, eerste lid, van het voorontwerp “richt de Regering een stichting op” en in de toelichting bij dat artikel wordt gepreciseerd dat de regering de statuten ervan moet opstellen.

Er is dus voldaan aan het eerste criterium van de publiekrechtelijke rechtspersoon, namelijk de oprichting door de overheid.

Dat de opdracht die aan de in oprichting zijnde stichting wordt toevertrouwd wel degelijk een opdracht van openbare dienstverlening is, lijkt al even moeilijk betwist te kunnen worden.

opgericht in de rechtsvorm van een vereniging zonder winstoogmerk of een naamloze vennootschap zoals ze ook kan worden opgericht in een vorm *sui generis* of in een bekende vennootschapsvorm waarbij evenwel kan worden afgeweken van bepaalde wettelijke regels die normaliter van toepassing zijn op het betreffende type vennootschap.

⁷ Zie, onder andere, advies 39.387/VR, gegeven op 11 januari 2006 over een voorontwerp van decreet ‘reconnaisant l’ASBL « Abbaye de Villers-la-Ville » d’utilité publique’ en advies 53.143/4, gegeven op 24 april 2013 over een voorontwerp van decreet dat geleid heeft tot het decreet van 4 juli 2013 ‘tot wijziging van het decreet van 14 november 2008 tot oprichting van de Jeugdraad in de Franse Gemeenschap’ (*Parl.St. Fr. Parl. 2012-13, nr. 491/1, 33-49*).

⁸ GwH 10 juli 2002, nr. 128/2002, B.7.2.

Volgens artikel 2, derde lid, van het voorontwerp zal het doel van de stichting erin bestaan “de gewestelijke bevoegdheden die bedoeld zijn in artikel 4*bis*, 3°, van de bijzondere wet van [12] januari 1989 met betrekking tot de Brusselse Instellingen te bevorderen”, dat wil zeggen een opdracht die traditiegetrouw valt onder de bevoegdheid van de overheden die, ieder wat haar betreft, ermee belast zijn te zorgen voor het bevorderen en ontwikkelen van de bevoegdheden die de hare zijn.

Blijkbaar is dus eveneens voldaan aan dat criterium op grond waarvan de betrokken rechtspersoon als een publiekrechtelijke rechtspersoon, kan worden aangemerkt.

Ten aanzien van het criterium dat verband houdt met de vraag of de in oprichting zijnde rechtspersoon al dan niet onder de hoge leiding zou staan van de overheden waardoor hij opgericht wordt, zijn de zaken heel wat minder duidelijk.

Bij het lezen van de artikelsgewijze toelichting van de ontworpen ordonnantie is blijkbaar *a priori* ook aan dat criterium voldaan.

In de artikelsgewijze toelichting wordt immers het volgende gepreciseerd:

“In uitvoering van dit artikel komt het toe aan de Regering de statuten van de stichting zodanig op te stellen dat zij zich kan vergewissen van de aanwending van de middelen die zij de stichting ter beschikking stelt. Zo zal de Regering bepalen dat het Gewest de werking van de stichting kan controleren via de benoeming van een aantal bestuurders, door het beperken van de mogelijkheden om de statuten later te wijzigen, door te bepalen dat het Gewest instaat voor de benoeming van de bestuurders, door de verplichting op te leggen activiteitsverslagen op te stellen, (...)”

Toen zij verzocht is om opheldering te verschaffen over de vraag of de vertegenwoordigers van het gewest binnen de op te richten structuur al dan niet over een meerderheid zullen beschikken, heeft de gemachtigde van de minister-president evenwel de volgende toelichting gegeven:

“À ce stade, les statuts prévoient que le CA soit constitué au minimum de 4 administrateurs représentant la RBC et 1 administrateur représentant chacune des associations constituantes d'origine (à ce stade elle sont 4), mais nous n'avons pas encore décidé du nombre de représentants régionaux qui participeront effectivement à la création de la Fondation. La Présidence et la Vice-Présidence seront assurées par des représentants régionaux.

Toujours dans l'état actuel de la réflexion, les statuts prévoient que les décisions seraient prises à la majorité des 2/3 pour éviter justement la prise de ‘pouvoir’ d'un groupe sur l'autre.”

Rekening houdend met die gegevens, is het in dit stadium dus onmogelijk vast te stellen of de op te richten structuur al dan niet onder de hoge leiding van de overheid zal staan.

De afdeling Wetgeving kan zich evenmin uitspreken wat het laatste toepasselijke criterium betreft, waarbij nagegaan moet worden of de op te richten rechtspersoon een bijzondere regeling zal genieten die bedoeld is om hem in staat te stellen zijn opdracht te vervullen: ze vestigt er ten hoogste de aandacht op dat bij de ontworpen tekst aan de in het vooruitzicht gestelde stichting geen enkel van het gemeen recht afwijkend specifiek voorrecht wordt verleend, maar merkt niettemin op dat aan de stichting “passende roerende en indien nodig onroerende goederen” ter beschikking zullen worden gesteld.

De steller van het voorontwerp moet de ontworpen ordonnantie dus aanpassen al naargelang de nieuwe structuur die hij opzet, op grond van de voornoemde beoordelingscriteria al dan niet de kenmerken van een publiekrechtelijke rechtspersoon zal vertonen.

7. Als blijkt dat de stichting waarvan de oprichting in de voorliggende tekst wordt overwogen een publiekrechtelijke rechtspersoon is, met andere woorden een rechtspersoon opgericht door de overheid, die onder de hoge leiding van de overheid staat en waarop een bijzondere regeling van toepassing is, die bedoeld is om die rechtspersoon in staat te stellen een taak van openbare dienst te vervullen, moet het voorontwerp aldus worden aangevuld dat het alle basisregels inzake de oprichting, de samenstelling, de bevoegdheid en de werking van en het toezicht op de aldus opgerichte publiekrechtelijke rechtspersoon bevat, en dit overeenkomstig hetgeen in artikel 9, tweede lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 wordt vereist.

8. Als daarentegen blijkt dat de stichting waarvan de oprichting in de voorliggende tekst wordt overwogen, geen publiekrechtelijke rechtspersoon is volgens de criteria van de voormelde definitie, dient te worden opgemerkt dat in dat geval, in tegenstelling tot wat in de memorie van toelichting wordt beweerd, artikel 9 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 voor de wetgever geen verplichting inhoudt om bij de oprichting ervan betrokken te zijn.

In het geval dat de wetgever daarbij toch betrokken zou wensen te zijn, bijvoorbeeld om de regering ertoe te verplichten die stichting op te richten, moet de wetgever zich ervoor hoeden die stichting te onderwerpen aan controles waardoor haar statuut van privaatrechtelijke rechtspersoon uitgehold zou worden.

In de veronderstelling dat de op te richten stichting niet de kenmerken van een publiekrechtelijke rechtspersoon vertoont, is de toelichting bij het artikel evenwel ook op dat punt dubbelzinnig, aangezien daarin onderstreept wordt dat de regering de stichting vrij strikt moet controleren, maar daarin tegelijkertijd aangegeven wordt dat de regering zich daarbij evenwel dient te houden aan het wettelijk kader waarin de wet van 27 juni 1921 voorziet.

9. De slotsom is dat het voorontwerp van ordonnantie in het licht van de voorgaande opmerkingen moet worden herzien.

LE GREFFIER – DE GRIFFIER

LE PRÉSIDENT – DE VOORZITTER

Colette GIGOT

Pierre LIÉNARDY