



CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

avis 61.676/2/V
du 9 août 2017

advies 61.676/2/V
van 9 augustus 2017

sur

over

un avant-projet d'ordonnance
de la Région de
Bruxelles-Capitale 'relatif aux
modes spécifiques de gestion
communale et à la coopération
intercommunale'

een voorontwerp van
ordonnantie van het Brussels
Hoofdstedelijk Gewest
'betreffende de specifieke
gemeentelijke bestuursvormen
en de samenwerking tussen
gemeenten'

Le 12 juin 2017, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Ministre-Président du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale chargé des Pouvoirs locaux, du Développement territorial, de la Politique de la Ville, des Monuments et Sites, des Affaires étudiantes, du Tourisme et du Port de Bruxelles à communiquer un avis, dans un délai de soixante jours prorogé de plein droit * jusqu'au 11 août 2017, sur un avant-projet d'ordonnance 'relatif aux modes spécifiques de gestion communale et à la coopération intercommunale'.

L'avant-projet a été examiné par la deuxième chambre des vacations le 9 août 2017. La chambre était composée de Pierre LIÉNARDY, président de chambre, Luc DETROUX et Wanda VOGEL, conseillers d'État, Marianne DONY, assesseur, et Colette GIGOT, greffier.

Le rapport a été présenté par Roger WIMMER, 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 9 août 2017.

*

Op 12 juni 2017 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister-President van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering, bevoegd voor Plaatselijke Besturen, Territoriale Ontwikkeling, Stedelijk Beleid, Monumenten en Landschappen, Studentenaangelegenheden, Toerisme en Haven van Brussel verzocht binnen een termijn van zestig dagen van rechtswege* verlengd tot 11 augustus 2017 een advies te verstrekken over een voorontwerp van ordonnantie 'betreffende de specifieke gemeentelijke bestuursvormen en de samenwerking tussen gemeenten'.

Het voorontwerp is door de tweede vakantiekamer onderzocht op 9 augustus 2017. De kamer was samengesteld uit Pierre LIÉNARDY, kamervoorzitter, Luc DETROUX en Wanda VOGEL, staatsraden, Marianne DONY, assessor, en Colette GIGOT, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Roger WIMMER, 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 9 augustus 2017.

*

* Ce délai résulte de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, *in fine*, des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973 qui précise que ce délai est prolongé de plein droit de quinze jours lorsqu'il prend cours du 15 juillet au 31 juillet ou lorsqu'il expire entre le 15 juillet et le 15 août.

* Deze verlenging vloeit voort uit artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, *in fine*, van de wetten 'op de Raad van State', gecoördineerd op 12 januari 1973, waarin wordt bepaald dat deze termijn van rechtswege verlengd wordt met vijftien dagen wanneer hij begint te lopen tussen 15 juli en 31 juli of wanneer hij verstrijkt tussen 15 juli en 15 augustus.

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1^o, des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation limite son examen au fondement juridique de l'avant-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, l'avant-projet appelle les observations suivantes.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

1. Selon l'article 33 de l'avant-projet, une commune peut créer, directement ou indirectement, une association sans but lucratif (ci-après : ASBL) au sens de la loi du 27 juin 1921 'sur les associations sans but lucratif, les fondations, les partis politiques européens et les fondations politiques européennes', dont les activités consistent en l'exécution de tâches d'intérêt communal, ou participer à une ASBL à qui elle délègue l'exécution d'une mission d'intérêt communal bien définie.

Le commentaire de l'article 33 précise à ce sujet :

« Une ASBL communale peut être créée par la commune afin d'exécuter des tâches d'intérêt communal.

Lors de la création d'une ASBL, la commune peut agir soit directement : elle est alors représentée par le collège des bourgmestre et échevins qui représente la commune en tant que l'un des trois membres fondateurs. Elle peut également créer indirectement une ASBL via par exemple des mandataires communaux (bourgmestre, échevins, voire conseillers communaux) ou des membres du personnel communal (secrétaire par exemple) ou d'autres personnes qui y prennent part en tant que représentants de la commune.

Cette seconde manière de procéder est la plus fréquente en pratique et l'objectif du projet est d'encadrer légalement de telles créations même si dans l'hypothèse où il n'y a pas eu de décision formelle de délégation de la commune vers les personnes qui deviennent membres fondateurs ».

Une ASBL est réputée communale dès qu'elle remplit au moins une des conditions suivantes (article 34 de l'avant-projet) :

- un ou plusieurs de ses organes est composé, pour plus de la moitié, des membres du conseil communal ou de membres proposés par le conseil communal ;
- la commune ou ses représentants directs ou indirects disposent de la majorité des voix dans un ou plusieurs organes de gestion ;
- la commune prend en charge la majeure partie du déficit structurel de l'ASBL ou du passif de liquidation.

[‡] S'agissant d'un avant-projet d'ordonnance, on entend par « fondement juridique » la conformité aux normes supérieures.

Or, il y a lieu de faire une distinction entre les ASBL dans lesquelles les communes participent en tant que telles et les ASBL qui comptent, parmi leurs membres (fondateurs ou non), des mandataires ou fonctionnaires publics.

En effet, contrairement aux communes ¹, les mandataires et fonctionnaires publics peuvent s'associer librement en vertu de la liberté d'association.

La liberté d'association prévue par l'article 27 de la Constitution, l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 22 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques implique le droit de s'associer et celui de déterminer librement l'organisation interne de l'association.

Il s'ensuit que les dispositions en projet qui imposent des obligations en ce qui concerne la composition des organes de l'« ASBL communale », lorsque les communes créent ou participent indirectement dans une ASBL, constituent une ingérence dans la liberté d'association.

Certes, la Cour constitutionnelle a constaté ² :

« L'article 27 de la Constitution reconnaît le droit de s'associer, comme celui de ne pas s'associer, et interdit de soumettre ce droit à des mesures préventives. Il n'empêche toutefois pas le législateur de prévoir des modalités de fonctionnement et de contrôle lorsque l'association est subventionnée par les pouvoirs publics ».

Elle a cependant également précisé ³ :

« Afin de déterminer la portée de la liberté d'association, garantie par l'article 27 de la Constitution, il convient [...] d'avoir également égard à, entre autres, l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'homme. Aux termes de cette disposition, l'exercice de la liberté d'association 'ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui' ».

En l'espèce, l'avant-projet prévoit notamment que, quelle que soit la proportion des apports des diverses parties à la constitution du fonds social, la commune dispose toujours de la majorité des voix dans un ou plusieurs organes de l'ASBL, dont l'assemblée générale (article 36, § 2, de l'avant-projet).

Il y a lieu de vérifier si une telle mesure est pertinente et si elle n'est pas disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi.

¹ Conformément à l'article 162, alinéa 1^{er}, de la Constitution, les institutions communales sont réglées par la loi. Il s'ensuit que le législateur peut autoriser ou ne pas autoriser la création d'une ASBL par les communes ou la participation des communes dans une ASBL.

² Voir notamment les arrêts n° 60/2004 du 31 mars 2004 (considérant B.6.1) et n° 147/2005 du 28 septembre 2005 (considérant B.10.6).

³ Voir l'arrêt n° 48/2005 du 1^{er} mars 2005 (considérant B.11).

L'avant-projet n'appellerait sans doute pas la même observation s'il était expressément spécifié à l'article 34 que les conseillers communaux qui sont membres des organes de l'ASBL le sont en cette qualité en vertu des statuts de cette ASBL.

2. Aux termes de l'article 11, § 4, alinéa 1^{er}, de l'avant-projet,

« La régie communale autonome peut prendre des participations directes ⁴ dans des sociétés, associations et institutions de droit public ou de droit privé, ci-après dénommées les filiales, dont l'objet social est compatible avec son objet ».

L'alinéa 6 du même paragraphe précise que

« Quelle que soit l'importance de la participation ou des apports des diverses parties à la constitution du capital social, les régies communales autonomes ayant une prise de participation disposent ensemble de la majorité des voix et assument la présidence dans les organes des filiales ».

Il ressort du commentaire de l'article 11 de l'avant-projet que peuvent constituer des filiales, au sens des dispositions précitées, des sociétés « dans lesquelles la régie n'a qu'une participation inférieure à 50% dans le capital ».

Pour être admissible, la règle envisagée à l'article 11, § 4, alinéa 6, de l'avant-projet selon laquelle « les régies communales autonomes ayant une prise de participation disposent ensemble de la majorité des voix et assument la présidence dans les organes des filiales » ne peut cependant s'appliquer qu'aux filiales dans le capital social desquelles les régies communales autonomes ont une participation majoritaire.

L'article 11, § 4, alinéa 6, de l'avant-projet, sera revu de manière à limiter son champ d'application en ce sens, ou, dès lors que, suivant le commentaire, « l'objectif de la disposition est d'assurer que la régie communale autonome garde en tout cas toujours le contrôle », n'autoriser la prise de participation dans des filiales que dans la seule hypothèse où cette prise de participation permet aux régies communales autonomes d'obtenir, le cas échéant ensemble, la majorité des voix et la présidence dans les organes de ces filiales.

La même observation vaut *mutatis mutandis* pour l'article 59, alinéa 3, de l'avant-projet.

3. Les « ASBL communales » ont pour objet, ainsi que le prévoit l'article 33, 1^{er}, de l'avant-projet, « l'exécution de tâches d'intérêt communal ». Comme l'indique l'exposé des motifs (p. 4), l'avant-projet tend ainsi à établir « un cadre légal spécifique pour un autre mode de gestion communal » que constitue l'« ASBL communale ». L'article 34 de l'avant-projet indique que sera réputé constituer une « ASBL communale », l'ASBL dont les organes sont composés pour plus de la moitié, de membres du conseil communal ou de représentants du conseil communal, dont la commune ou ses représentants disposent de la majorité des voix dans un ou plusieurs de ces organes, ou dont la commune prend en charge la majeure partie du déficit structurel ou du passif de liquidation.

⁴ On observera qu'il y a une discordance entre les versions française et néerlandaise.

Compte tenu de ces caractéristiques, ces « ASBL communales », même si elles adoptent la forme d'une association de droit privé, constituent, à l'instar des régies communales autonomes, des services publics décentralisés auxquels sont confiés, à l'initiative du conseil communal, des tâches relevant de l'intérêt communal.

En vertu de l'article 162 de la Constitution et des articles 6, § 1^{er}, VIII, alinéa 1^{er}, 1^o, et 7, de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles' ⁵, le législateur régional, lorsqu'il règle les institutions communales, doit consacrer l'application du principe de « l'intervention de l'autorité de tutelle [...] pour empêcher que la loi ne soit violée ou l'intérêt général blessé ». Il s'agit pour le législateur régional d'une obligation et non d'une simple faculté ⁶. Cette obligation ne concerne pas seulement les communes *sensu stricto*, mais également les services publics décentralisés – et donc dotés d'une personnalité juridique propre – qui sont organisés dans le cadre territorial de la commune ⁷.

La section de législation n'aperçoit dès lors pas ce qui peut justifier que les « ASBL communales » ne soient pas soumises à un contrôle de tutelle de l'autorité supérieure, similaire à celui prévu pour les régies communales autonomes et leurs filiales.

La même observation vaut pour les ASBL pluricommunales, qui, à l'instar des « intercommunales » peuvent se voir confier, en vertu de l'article 86 de l'avant-projet, l'exécution des tâches d'intérêt public dans les matières qui relèvent de l'intérêt communal.

4. Le titre III (lire : 3) ⁸ sera revu à la lumière de ces observations.

⁵ Rendus applicables à la Région de Bruxelles-Capitale par l'article 4 de la loi spéciale du 12 janvier 1989 'relative aux Institutions bruxelloises'

⁶ Voir l'avis 15.440/2 donné le 2 mai 1983 sur un avant-projet devenu la loi du 4 décembre 1984 'modifiant les dispositions relatives à la tutelle sur les actes des autorités provinciales', (*Doc. parl.*, Chambre, 1982-1983, n° 713/1, p. 4) et l'avis 27.546/4 donné le 4 mai 1998 sur un avant-projet devenu le décret du 1^{er} avril 1999 'organisant la tutelle sur les communes, les provinces et les intercommunales de la Région wallonne' (*Doc. parl.*, Parl. wall., 1997-1998, n° 401/1bis, p. 14).

⁷ Voir l'avis 25.265/2 donné le 20 janvier 1997 sur un avant-projet devenu l'ordonnance du 14 mai 1998 'organisant la tutelle administrative sur les communes de la Région de Bruxelles-Capitale' (*Doc. parl.*, Parl. Rég. Brux.-Cap., 1996-1997, n° A-179/1, pp. 22-24 ; l'avis 26.119/8 donné le 11 mars 1997 sur un avant-projet devenu le décret du 17 mars 1998 'modifiant le décret du 28 avril 1993 portant réglementation pour la Région flamande de la tutelle administrative des communes' (*Doc. parl.*, Parl. fl., 1997-1998, n° 833/1). Voir G. VAN HAEGENDOREN, « De bevoegdheidsverdeling voor het administratief toezicht op de 'gemeentelijke instellingen' », *T.Gem.*, 98/1, p. 4 à 17.

⁸ Voir l'observation finale de légistique.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

Article 5

L'article 5 prévoit que la régie communale autonome peut être chargée de gérer une ou plusieurs activités à caractère industriel ou commercial.

Contrairement à l'article 263*bis* de la Nouvelle loi communale, abrogé par l'article 94, 2°, de l'avant-projet, le Gouvernement n'est pas habilité à déterminer les activités pour lesquelles les communes peuvent créer une régie communale autonome⁹.

Mieux vaut dès lors également abroger l'arrêté royal du 10 avril 1995 'déterminant les activités à caractère industriel ou commercial pour lesquelles le conseil communal peut créer une régie communale autonome dotée de la personnalité juridique'.

Article 6

Selon l'article 6, § 5, la régie communale autonome est soumise aux obligations en matière de motivation formelle et de publicité de l'administration telles qu'applicables pour la commune.

Cette disposition est inutile et doit être omise.

En effet,

– d'une part, elle rappelle inutilement des obligations résultant déjà de la loi du 29 juillet 1991 'relative à la motivation formelle des actes administratifs' et de la loi du 12 novembre 1997 'relative à la publicité de l'administration dans les provinces et les communes' ;

– d'autre part, elle pourrait donner à penser que l'auteur de l'avant-projet entend modifier le champ d'application de la loi du 29 juillet 1991, alors que, s'agissant d'une compétence de l'autorité fédérale, il n'est pas compétent pour ce faire.

Article 8

Au paragraphe 1^{er}, deuxième phrase, conformément au commentaire de l'article 8, il y a lieu d'aligner le texte néerlandais avec le texte français.

⁹ Voir également le commentaire de l'article.

Article 11

Au paragraphe 4, alinéa 2, il convient de remplacer les mots « La création de filiale » par les mots « La création ou la suppression d'une filiale »¹⁰.

Articles 13 et 14

Selon les articles 13, § 1^{er}, et 14 de l'avant-projet, le conseil d'administration établit chaque année un rapport d'activités et le commissaire-réviseur réalise un rapport technique « dans le respect des dispositions du Code des sociétés ».

Or, le Code des sociétés ne prévoit pas l'établissement d'un rapport d'activités par le conseil d'administration et la réalisation d'un rapport technique par le commissaire-réviseur.

Il convient dès lors soit d'omettre les mots « dans le respect des dispositions du Code des sociétés » soit de rédiger le texte de manière à préciser l'intention de l'auteur du projet quant à ces « rapports ».

Article 17

1. Au paragraphe 2, mieux vaut omettre les mots « sous les conditions qu'il détermine » puisqu'en vertu du paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}, le conseil d'administration aura dû déterminer le ou les régimes juridiques du personnel qu'emploie la régie autonome.

2. Le paragraphe 4 doit être omis puisqu'en vertu de l'article 6, § 1^{er}, VIII, alinéa 1^{er}, 1^o, alinéa 1^{er}, cinquième tiret, de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles', le régime des pensions relève de la compétence de l'autorité fédérale.

3. Compte tenu de l'observation qui précède, l'article 94, 2^o, de l'avant-projet, sera complété afin d'y excepter l'article 263*decies* de la nouvelle loi communale.

Article 19

1. À l'alinéa 1^{er}, *in fine*, il convient d'omettre les mots « soit par courrier électronique »¹¹.

2. À l'alinéa 2, il convient d'insérer l'adverbe « également ».

¹⁰ Comp. avec l'article 59, alinéa 2, de l'avant-projet.

¹¹ Comp. avec l'article 75 de l'avant-projet.

Article 22

L'article 22 de l'avant-projet règle, dans le cadre de la tutelle ordinaire, la transmission des actes par les régions communales autonomes.

Selon l'article 77, § 4, de l'avant-projet, le Gouvernement transmet ou invite l'intercommunale à transmettre à l'Observatoire des prix de référence dans les marchés publics, les actes des intercommunales soumis à ses avis. La même règle s'applique aux communes et aux zones de police ¹².

Compte tenu du fait que l'avant-projet vise à assurer un parallélisme aussi grand que possible entre l'organisation de la tutelle sur les communes et celle sur les régions communales ¹³, il convient de compléter l'article 22 de l'avant-projet sur ce point.

Article 28

À l'alinéa 2, 1^o, il convient de remplacer les mots « article 26, § 1^{er}, 1^o, c), de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services » par les mots « l'article 42, § 1^{er}, 1^o, b), de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics ».

Article 36

Au paragraphe 3 (lire : alinéa 3), il convient de remplacer les mots « titre III » par les mots « titre 6 ».

Article 46

L'article 46 prévoit qu'une « convention peut stipuler que l'une des communes, partie à la convention, sera désignée comme gestionnaire ».

Dès lors que cette disposition, ainsi rédigée, peut aboutir à ce qu'une commune confie à une autre commune une tâche qui relève de l'intérêt qui lui est confié en vertu de l'article 41 de la Constitution, elle est contraire à la règle constitutionnelle selon laquelle en dehors de l'hypothèse prévue à l'article 34 de la Constitution, les pouvoirs attribués par la Constitution à une autorité ne peuvent être cédés par celle-ci à une autre autorité.

¹² Voir l'article 6, § 4, de l'ordonnance du 14 mai 1998 'organisant la tutelle administrative sur les communes de la Région de Bruxelles-Capitale' et l'article 6, alinéa 3, de l'ordonnance du 19 juillet 2001 'organisant la tutelle administrative sur les zones pluricommunales de la Région de Bruxelles-Capitale', insérés par l'ordonnance du 3 avril 2014.

¹³ Voir notamment le commentaire de l'article 21.

Selon le commentaire de l'article :

« Une des parties à la convention peut être investie du rôle de gestionnaire auquel cas elle intervient au nom de toutes les parties.

Par exemple, dans le cadre d'un marché conjoint pour le compte de pouvoirs locaux différents, ceux-ci désignent celui d'entre eux qui interviendra en leur nom en qualité de pouvoir adjudicateur (article 38 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services) ».

Pour l'exemple donné dans ce commentaire, la disposition est inutile puisque la possibilité résulte déjà de la législation sur les marchés publics.

Mieux vaut dès lors omettre cette disposition.

Article 53

Il convient de remplacer les mots « article 67 » par les mots « article 68 ».

Article 54

Au 12°, il convient d'insérer le chiffre « 70 » entre les mots « sans préjudice de l'article » et les mots « la destination des biens ».

Article 55

À l'alinéa 2, 1°, il vaut mieux remplacer les mots « La mixité » par les mots « La présence de personnes de sexe différent ».

Article 59

À l'alinéa 3, il y a lieu de remplacer les mots « l'article 11, § 4, alinéa 3 » par les mots « l'article 11, § 4, alinéa 6 ».

Article 70

L'article 70, alinéas 1^{er} et 3, qui envisage l'hypothèse du retrait d'une commune d'une intercommunale se concilie mal avec l'article 57, alinéa 2, 2° de l'avant-projet.

Mieux vaudrait régler l'hypothèse du retrait d'une commune dans une seule disposition.

Le commentaire de l'article sera rédigé en conséquence.

Article 91

Selon l'article 91 de l'avant-projet, l'article 37 est applicable aux « ASBL pluricommunales ».

Cet article est inutile et doit être omis.

En effet, l'article 90 de l'avant-projet fixe les règles de désignation des membres de l'assemblée générale et du conseil d'administration.

Article 92

Il convient de remplacer les mots « articles 39 et 40 » par les mots « articles 40 et 41 ».

Article 93

Selon l'article 93, alinéa 1^{er}, de l'avant-projet, les communes sont autorisées à participer à des associations créées par la Région et dans lesquelles la Région dispose de la majorité des voix au sein des organes de gestion, aux fins de participer à la réalisation d'objectifs d'intérêts régionaux.

Toutefois, comme il ressort de l'article 93, alinéa 1^{er}, de l'avant-projet, l'autorisation de participer à des associations créées par la Région n'est accordée que « dans des conditions définies par ordonnance » au cas par cas. L'exposé des motifs précise d'ailleurs que ces structures d'intérêt régional « devront être organisées spécifiquement par ordonnance distincte ».

Pareille ordonnance devra de toute façon se conformer à l'article 9 de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles' rendu applicable à la Région de Bruxelles-Capitale par l'article 4 de la loi spéciale du 12 janvier 1989 'relative aux Institutions bruxelloises'.

En outre, une « association d'intérêt régional », c'est-à-dire l'association dans laquelle la Région dispose de la majorité des voix dans les différents organes de gestion et de contrôle n'est pas une institution communale ou une association de communes au sens de l'article 162, alinéas 1^{er} et 4, de la Constitution.

La disposition est donc inutile et doit être omise.

Article 94

Il est renvoyé à la troisième observation particulière sous l'article 17.

OBSERVATION FINALE DE LÉGISTIQUE

Les titres seront numérotés en chiffres arabes ¹⁴.

*

¹⁴ *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.raadvst-consetat.be, onglet « Technique législative », recommandation n° 64.

Aangezien de adviesaanvraag ingediend is op basis van artikel 84, § 1, eerste lid, 1°, van de wetten ‘op de Raad van State’, gecoördineerd op 12 januari 1973, beperkt de afdeling Wetgeving overeenkomstig artikel 84, § 3, van de voornoemde gecoördineerde wetten haar onderzoek tot de rechtsgrond van het voorontwerp,[‡] de bevoegdheid van de steller van de handeling en de te vervullen voorafgaande vormvereisten.

Wat die drie punten betreft, geeft het voorontwerp aanleiding tot de volgende opmerkingen.

ALGEMENE OPMERKINGEN

1. Volgens artikel 33 van het voorontwerp kan een gemeente rechtstreeks of onrechtstreeks een vereniging zonder winstoogmerk (hierna: vzw) oprichten in de zin van de wet van 27 juni 1921 ‘betreffende de verenigingen zonder winstoogmerk, de stichtingen en de Europese politieke partijen en stichtingen’, waarvan de activiteiten voorzien in de uitvoering van taken van gemeentelijk belang of deelnemen in een vzw waaraan zij een welomschreven opdracht van gemeentelijk belang delegeert.

In de toelichting bij artikel 33 staat daarover het volgende:

“De gemeentelijke vzw kan worden opgericht door de gemeente om taken van gemeentelijk belang uit te voeren.

Bij de oprichting van een vzw kan de gemeente hetzij rechtstreeks optreden: dan wordt zij vertegenwoordigd door het college van burgemeester en schepenen dat daarbij geldt als één van de drie oprichtende leden. Maar ze kan eveneens onrechtstreeks overgaan tot de oprichting van een vzw, bijvoorbeeld via gemeentelijke mandatarissen (burgemeester, schepenen en zelfs gemeenteraadsleden) of leden van het gemeentepersoneel (bijvoorbeeld de secretaris) of andere personen die hierin deelnemen als vertegenwoordigers van de gemeente.

Deze tweede werkwijze is de meest voorkomende in de praktijk en het doel van dit ontwerp is om een wettelijk kader te verschaffen voor deze oprichtingen, ook in de hypothese dat er door de gemeente geen formele beslissing tot delegatie is genomen aan de personen die oprichtend lid worden.”

Een vzw wordt geacht gemeentelijk te zijn wanneer zij aan minstens een van de volgende voorwaarden voldoet (artikel 34 van het voorontwerp):

- één of meerdere van zijn bestuursorganen is voor meer dan de helft samengesteld uit leden van de gemeenteraad of leden voorgedragen door de gemeenteraad;
- de gemeente of haar rechtstreekse of onrechtstreekse vertegenwoordigers beschikken over de meerderheid van de stemmen in één of meerdere bestuursorganen;

[‡] Aangezien het om een voorontwerp van ordonnantie gaat, wordt onder “rechtsgrond” de overeenstemming met de hogere rechtsnormen verstaan.

– de gemeente neemt het grootste deel van het structureel tekort van de vzw of van het vereffeningspassief op zich.

Er behoort echter een onderscheid gemaakt te worden tussen vzw's waarin de gemeenten als dusdanig participeren en vzw's die onder hun (oprichtende of niet-oprichtende) leden openbare mandatarissen of openbare ambtenaren tellen.

In tegenstelling tot gemeenten¹ zijn openbare mandatarissen en openbare ambtenaren immers krachtens de vrijheid van vereniging vrij om zich te verenigen.

De vrijheid van vereniging waarin voorzien is bij artikel 27 van de Grondwet, bij artikel 11 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en bij artikel 22 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten impliceert het recht om zich te verenigen en het recht om de interne organisatie van de vereniging vrij te bepalen.

Hieruit volgt dat de ontworpen bepalingen die verplichtingen opleggen betreffende de samenstelling van de bestuursorganen van de “gemeentelijke vzw”, wanneer gemeenten een vzw oprichten of er onrechtstreeks in participeren, een inmenging vormen op het stuk van de vrijheid van vereniging.

Het Grondwettelijk Hof heeft weliswaar het volgende vastgesteld:²

“Artikel 27 van de Grondwet erkent het recht om zich te verenigen, alsook het recht om zich niet te verenigen, en verbiedt dat recht aan preventieve maatregelen te onderwerpen. Het belet de wetgever evenwel niet te voorzien in werkings- en toezichtsmodaliteiten, wanneer de vereniging overheidssubsidies ontvangt.”

Het Hof heeft evenwel ook op het volgende gewezen:³

“Om de draagwijdte van de vrijheid van vereniging, gewaarborgd door artikel 27 van de Grondwet, te bepalen, dient (...) ook rekening te worden gehouden met onder meer artikel 11 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens. Luidens die bepaling kan de uitoefening van de vrijheid van vereniging ‘aan geen andere beperkingen worden onderworpen dan die welke bij de wet zijn voorzien en die in een democratische samenleving nodig zijn in het belang van ’s lands veiligheid, de openbare veiligheid, de bescherming van de openbare orde en het voorkomen van strafbare feiten, voor de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, of de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen’.”

In het onderhavige geval wordt in het voorontwerp inzonderheid bepaald dat de gemeente, ongeacht de verhouding van de inbreng van de verschillende partijen in het maatschappelijk kapitaal, steeds over de meerderheid van de stemmen beschikt in één of

¹ Overeenkomstig artikel 162, eerste lid, van de Grondwet worden de gemeentelijke instellingen bij de wet geregeld. Hieruit volgt dat de wetgever de oprichting van een vzw door gemeenten of de participatie van gemeenten in een vzw al dan niet kan toestaan.

² Zie inzonderheid arrest nr. 60/2004 van 31 maart 2004 (overweging B.6.1) en arrest nr. 147/2005 van 28 september 2005 (overweging B.10.6).

³ Zie arrest nr. 48/2005 van 1 maart 2005 (overweging B.11).

meerdere bestuursorganen van de vzw, waaronder de algemene vergadering (artikel 36, § 2, van het voorontwerp).

Er behoort nagegaan te worden of een dergelijke maatregel relevant is en niet onevenredig is met de nagestreefde doelstelling.

Het voorontwerp zou wellicht geen aanleiding geven tot dezelfde opmerking, indien in artikel 34 uitdrukkelijk gesteld zou worden dat de gemeenteraadsleden die lid zijn van de bestuursorganen van de vzw het in die hoedanigheid zijn krachtens de statuten van die vzw.

2. Artikel 11, § 4, eerste lid, van het voorontwerp luidt als volgt:

“Het autonoom gemeentebedrijf kan rechtstreeks of onrechtstreeks⁴ deelnemingen aangaan in privaat- of publiekrechtelijke vennootschappen, verenigingen of instellingen, hierna filialen genoemd, die een maatschappelijk doel nastreven dat verenigbaar is met het zijne.”

In het zesde lid van dezelfde paragraaf staat het volgende:

“Ongeacht de grootte van de participatie of de inbreng van de verschillende partijen in het maatschappelijk kapitaal dienen de aandeelhoudende autonome gemeentebedrijven over de meerderheid van de stemmen te beschikken en het voorzitterschap waar te nemen in de bestuursorganen van filialen.”

Uit de toelichting bij artikel 11 van het voorontwerp blijkt dat ondernemingen “waarin het gemeentebedrijf (...) voor minder dan 50 % van het kapitaal [deelneemt]” filialen kunnen zijn in de zin van de voornoemde bepalingen.

Om aanvaardbaar te zijn kan de regel vervat in artikel 11, § 4, zesde lid, van het voorontwerp luidens welke “de aandeelhoudende autonome gemeentebedrijven over de meerderheid van de stemmen [dienen] te beschikken en het voorzitterschap [dienen] waar te nemen in de bestuursorganen van filialen” evenwel enkel gelden voor de filialen waarin de autonome gemeentebedrijven een meerderheidsbelang hebben.

Artikel 11, § 4, zesde lid, van het voorontwerp dient aldus herzien te worden dat het toepassingsgebied ervan in die zin beperkt wordt of dat, aangezien in de toelichting staat dat “de bepaling [beoogt] te verzekeren dat het autonoom gemeentebedrijf steeds de controle behoudt”, participatie in filialen alleen toegestaan is ingeval die participatie het voor de autonome gemeentebedrijven mogelijk maakt om, in voorkomend geval samen, de meerderheid van de stemmen te behalen en het voorzitterschap van de bestuursorganen van die filialen te krijgen.

Dezelfde opmerking geldt *mutatis mutandis* voor artikel 59, derde lid, van het voorontwerp.

3. Zoals in artikel 33, § 1, van het voorontwerp bepaald wordt, worden “gemeentelijke vzw’s” opgericht om “taken van gemeentelijk belang [uit te voeren]”. Zoals vermeld wordt in de memorie van toelichting (p. 4) beoogt het voorontwerp aldus “een specifiek

⁴ Er wordt gewezen op de discrepantie tussen de Franse en de Nederlandse tekst.

wettelijk kader vast te stellen voor een andere gemeentelijke bestuursvorm”, namelijk de “gemeentelijke vzw”. In artikel 34 van het voorontwerp wordt gesteld dat een vzw geacht zal worden een “gemeentelijke vzw” te zijn, indien haar bestuursorganen voor meer dan de helft samengesteld zijn uit gemeenteraadsleden of uit vertegenwoordigers van de gemeenteraad, indien de gemeente of de vertegenwoordigers ervan over de meerderheid van de stemmen beschikken in één of meerdere van die bestuursorganen, of indien de gemeente het grootste deel van het structureel tekort of van het vereffeningspassief op zich neemt.

Gelet op die kenmerken zijn die “gemeentelijke vzw’s”, zelfs wanneer ze de vorm aannemen van een privaatrechtelijke vereniging, net zoals de autonome gemeentebedrijven, gedecentraliseerde overheidsdiensten waaraan op initiatief van de gemeenteraad taken van gemeentelijk belang toevertrouwd worden.

Krachtens artikel 162 van de Grondwet, artikel 6, § 1, VIII, eerste lid, 1°, en artikel 7 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’⁵ dient de gewestwetgever, wanneer hij de gemeentelijke instellingen regelt, het beginsel in acht te nemen dat de toezichthoudende overheid (...) [moet optreden] om te beletten dat de wet wordt geschonden of het algemeen belang geschaad”. Dat is een verplichting en niet louter een mogelijkheid die de gewestwetgever heeft.⁶ Die verplichting heeft niet alleen betrekking op de gemeenten *sensu stricto*, maar ook op de gedecentraliseerde overheidsdiensten – die dus over een eigen rechtspersoonlijkheid beschikken – die georganiseerd worden op het grondgebied van de gemeente.⁷

Het is de afdeling Wetgeving dan ook niet duidelijk hoe gerechtvaardigd kan worden dat de hogere overheid geen toezicht houdt op de “gemeentelijke vzw’s” zoals dat het geval is voor de autonome gemeentebedrijven en de filialen ervan.

Dezelfde opmerking geldt voor de meergemeentelijke vzw’s waaraan, net zoals aan de “intercommunales”, krachtens artikel 86 van het voorontwerp opgedragen kan worden om taken van openbaar nut uit te voeren met betrekking tot aangelegenheden van gemeentelijk belang.

⁵ Toepasselijk verklaard op het Brussels Hoofdstedelijk Gewest bij artikel 4 van de bijzondere wet van 12 januari 1989 ‘met betrekking tot de Brusselse Instellingen’.

⁶ Zie advies 15.440/2, op 2 mei 1983 gegeven over een voorontwerp dat ontstaan heeft gegeven aan de wet van 4 december 1984 ‘tot wijziging van de bepalingen betreffende het toezicht op de handelingen van de provincieoverheden’ (*Parl.St.* Kamer 1982-83, nr. 713/1, 4) en advies 27.546/4, op 4 mei 1998 gegeven over een voorontwerp dat ontstaan heeft gegeven aan het decreet van 1 april 1999 ‘houdende organisatie van het toezicht op de gemeenten, de provincies en de intercommunales van het Waalse Gewest’ (*Parl.St.* W.Parl. 1997-98, nr. 401/1bis, 14).

⁷ Zie advies 25.265/2, op 20 januari 1997 gegeven over een voorontwerp dat ontstaan heeft gegeven aan de ordonnantie van 14 mei 1998 ‘houdende regeling van het administratief toezicht op de gemeenten van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest’ (*Parl.St.* Br.Parl. 1996-97, nr. A-179/1, 22-24; advies 26.119/8, op 11 maart 1997 gegeven over een voorontwerp dat ontstaan heeft gegeven aan het decreet van 17 maart 1998 ‘tot wijziging van het decreet van 28 april 1993 houdende regeling, voor het Vlaamse Gewest, van het administratief toezicht op de gemeenten’ (*Parl.St.* Vl.Parl. 1997-98, nr. 833/1). Zie G. VAN HAEGENDOREN, “De bevoegdheidsverdeling voor het administratief toezicht op de ‘gemeentelijke instellingen’”, *T.Gem.*, 98/1, 4-17.

4. Titel III (lees: 3)⁸ dient in het licht van die opmerkingen herzien te worden.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

Artikel 5

Artikel 5 bepaalt dat het gemeentebedrijf (lees: het autonoom gemeentebedrijf) kan worden belast met het beheer van één of meerdere activiteiten van industriële of commerciële aard.

In tegenstelling tot wat gesteld wordt in artikel 263bis van de nieuwe gemeentewet, dat bij artikel 94, 2°, van het voorontwerp wordt opgeheven, is de regering niet gemachtigd te bepalen voor welke activiteiten de gemeenten een autonoom gemeentebedrijf kunnen oprichten.⁹

Het is derhalve beter ook het koninklijk besluit van 10 april 1995 'tot bepaling van de activiteiten van industriële of commerciële aard waarvoor de gemeenteraad een autonoom gemeentebedrijf met rechtspersoonlijkheid kan oprichten' op te heffen.

Artikel 6

Artikel 6, § 5, stelt dat voor het autonoom gemeentebedrijf, net zoals voor de gemeente, de verplichtingen inzake de uitdrukkelijke motivering en bekendmaking gelden.

Die bepaling is overbodig en moet vervallen.

Immers:

– ze vormt enerzijds een overbodige herhaling van verplichtingen die reeds voortvloeien uit de wet van 29 juli 1991 'betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen' en uit de wet van 12 november 1997 'betreffende de openbaarheid van bestuur in de provincies en gemeenten';

– ze zou anderzijds de indruk kunnen wekken dat de steller van het voorontwerp de werkingssfeer van de wet van 29 juli 1991 wil wijzigen, terwijl hij daar niet voor bevoegd is aangezien het om een federale bevoegdheid gaat.

Artikel 8

Overeenkomstig de toelichting bij artikel 8 moet de Nederlandse tekst van de tweede zin van paragraaf 1 in overeenstemming worden gebracht met de Franse tekst.

⁸ Zie de wetgevingstechnische slotopmerking.

⁹ Zie ook de toelichting bij het artikel.

Artikel 11

In paragraaf 4, tweede lid, moeten de woorden “De oprichting van een filiaal” worden vervangen door de woorden “De oprichting of de afschaffing van een filiaal”.¹⁰

Artikelen 13 en 14

Volgens de artikelen 13, § 1, en 14 van het voorontwerp stelt de raad van bestuur jaarlijks een activiteitenverslag op en stelt de commissaris-revisor een technisch verslag op “met inachtneming van de bepalingen van het Wetboek van Vennootschappen”.

In het Wetboek van vennootschappen staat echter niet dat de raad van bestuur een activiteitenverslag opstelt, noch dat de commissaris-revisor een technisch verslag opstelt.

De woorden “met inachtneming van de bepalingen van het Wetboek van Vennootschappen” moeten dus worden weggelaten, ofwel moet in de tekst worden gepreciseerd wat de steller van het ontwerp met die “verslagen” bedoelt.

Artikel 17

1. In paragraaf 2 zouden de woorden “volgens de voorwaarden die deze zelf bepaalt” beter worden weggelaten aangezien de raad van bestuur krachtens paragraaf 1, eerste lid, de rechtspositie(s) moet hebben bepaald van het personeel dat het autonoom gemeentebedrijf tewerkstelt.

2. Paragraaf 4 moet worden weggelaten aangezien het pensioenstelsel krachtens artikel 6, § 1, VIII, eerste lid, 1°, eerste lid, vijfde streepje, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’ onder de bevoegdheid van de federale overheid valt.

3. Gelet op de voorgaande opmerking moet in artikel 94, 2°, van het voorontwerp nader worden vermeld dat die bepaling niet geldt voor artikel 263*decies* van de nieuwe gemeentewet.

Artikel 19

1. Op het einde van het eerste lid moeten de woorden “hetzij per e-mail” worden weggelaten.¹¹

2. In het tweede lid moet het woord “ook” worden ingevoegd.

¹⁰ Vergelijk met artikel 59, tweede lid, van het voorontwerp.

¹¹ Vergelijk met artikel 75 van het voorontwerp.

Artikel 22

Artikel 22 van het ontwerp regelt in het kader van het gewone toezicht de verzending van de akten door de autonome gemeentebedrijven.

Volgens artikel 77, § 4, van het voorontwerp zendt de regering aan het Observatorium van de referentieprijzen voor de overheidsopdrachten de akten van de intercommunales over waarover het Observatorium van advies moet dienen, of ze verzoekt de intercommunales dat te doen. Dezelfde regel geldt voor de gemeenten en voor de politiezones.¹²

Gelet op het feit dat het voorontwerp het toezicht op de gemeenten en het toezicht op de gemeentebedrijven zoveel mogelijk op dezelfde wijze wil organiseren,¹³ moet artikel 22 van het voorontwerp op dat punt worden aangevuld.

Artikel 28

In het tweede lid, 1°, moeten de woorden “artikel 26, § 1, 1°, c) van de wet van 15 juni 2006 betreffende de overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten” worden vervangen door de woorden “artikel 42, § 1, 1°, b), van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten”.

Artikel 36

In paragraaf 3 (lees: het derde lid) moeten de woorden “titel III” worden vervangen door de woorden “titel 6”.

Artikel 46

Artikel 46 bepaalt dat een “overeenkomst kan vermelden dat één van de onderschrijvende gemeenten wordt aangesteld als beheerder”.

Zoals die bepaling is gesteld, kan ze ertoe leiden dat een gemeente een taak die te maken heeft met het belang dat haar krachtens artikel 41 van de Grondwet is toegekend, aan een andere gemeente opdraagt. Bijgevolg is ze strijdig met de grondwettelijke regel dat een overheid de bevoegdheden die haar door de Grondwet zijn verleend, niet aan een andere overheid kan overdragen, behalve in het geval waarin artikel 34 van de Grondwet voorziet.

¹² Zie artikel 6, § 4, van de ordonnantie van 14 mei 1998 ‘houdende regeling van het administratief toezicht op de gemeenten van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest’ en artikel 6, derde lid, van de ordonnantie van 19 juli 2001 ‘houdende regeling van het administratief toezicht op de meergemeentelijke politiezones van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest’, die zijn ingevoegd bij de ordonnantie van 3 april 2014.

¹³ Zie in het bijzonder de toelichting bij artikel 21.

In de toelichting bij het artikel staat het volgende:

“Eén van de partijen van de overeenkomst kan belast worden met de rol van beheerder, waarna deze optreedt in naam van alle partijen.

Zo kunnen zij bijvoorbeeld naar aanleiding van een gezamenlijke overheidsopdracht in eigen kring een partij aanstellen die in hun naam moet optreden als aanbestedende overheid (artikel 38 van de wet van 15 juni 2006 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten).”

Voor het geval dat in de toelichting als voorbeeld wordt aangehaald is de bepaling overbodig, aangezien die mogelijkheid reeds voortvloeit uit de wetgeving inzake overheidsopdrachten.

Het is dan ook beter die bepaling weg te laten.

Artikel 53

De woorden “artikel 67” moeten worden vervangen door de woorden “artikel 68”.

Artikel 54

In de bepaling onder 12° moet het getal “70” worden ingevoegd tussen de woorden “onverminderd artikel” en de woorden “, de bestemming van de goederen”.

Artikel 55

In het tweede lid, 1°, zouden de woorden “Het gemengd karakter van” beter worden vervangen door de woorden “De aanwezigheid van personen van verschillend geslacht in”.

Artikel 59

In het derde lid moeten de woorden “artikel 11, § 4, derde lid” worden vervangen door de woorden “artikel 11, § 4, zesde lid”.

Artikel 70

Artikel 70, eerste en derde lid, dat gaat over het geval waarin een gemeente zich uit een intercommunale terugtrekt (en niet over de terugtrekking van een intercommunale zoals verkeerdelijk in de Nederlandse tekst staat), is moeilijk verenigbaar met artikel 57, tweede lid, 2°, van het voorontwerp.

Het zou beter zijn het geval waarin een gemeente zich terugtrekt, in een enkele bepaling te regelen.

De toelichting bij het artikel moet dienovereenkomstig worden geredigeerd.

Artikel 91

Volgens artikel 91 van het voorontwerp is artikel 37 van toepassing op de “meergemeentelijke vzw’s”.

Dat artikel is overbodig en moet worden weggelaten.

De regels voor de aanwijzing van de leden van de algemene vergadering en van de raad van bestuur worden immers vastgesteld bij artikel 90 van het voorontwerp.

Artikel 92

De woorden “artikelen 39 en 40” moeten worden vervangen door de woorden “artikelen 40 en 41”.

Artikel 93

Volgens artikel 93, eerste lid, van het voorontwerp is het de gemeenten toegestaan om te participeren in verenigingen die door het Gewest zijn opgericht wanneer het Gewest over een meerderheid van stemmen in de bestuursorganen van die verenigingen beschikt, om bij te dragen aan de verwezenlijking van doelstellingen van gewestelijk belang.

Zoals uit artikel 93, eerste lid, van het voorontwerp blijkt, wordt de machtiging om te participeren in verenigingen die door het Gewest zijn opgericht echter enkel geval per geval gegeven “binnen de bij ordonnantie bepaalde voorwaarden”. In de memorie van toelichting wordt trouwens gepreciseerd dat die structuren van gewestelijk belang “specifiek georganiseerd moeten worden in een afzonderlijke ordonnantie”.

Een dergelijke ordonnantie moet hoe dan ook in overeenstemming zijn met artikel 9 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’, toepasselijk gemaakt op het Brussels Hoofdstedelijk Gewest bij artikel 4 van de bijzondere wet van 12 januari 1989 ‘met betrekking tot de Brusselse Instellingen’.

Een “vereniging van gewestelijk belang”, dat wil zeggen dat het Gewest over de meerderheid van de stemmen in de verschillende bestuurs- en controleorganen van die vereniging beschikt, is bovendien geen gemeentelijke instelling noch een vereniging van gemeenten in de zin van artikel 162, eerste en vierde lid, van de Grondwet.

De bepaling is dan ook overbodig en moet worden weggelaten.

Artikel 94

Er wordt verwezen naar de derde bijzondere opmerking bij artikel 17.

WETGEVINGSTECHNISCHE SLOTOPMERKING

De titels moeten met Arabische cijfers worden genummerd.¹⁴

LE GREFFIER – DE GRIFFIER

LE PRÉSIDENT – DE VOORZITTER

Colette GIGOT

Pierre LIÉNARDY

¹⁴ *Beginselen van de wetgevingstechniek - Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, www.raadvst-consetat.be, tab “Wetgevingstechniek”, aanbeveling 64.