

KONINKRIJK BELGIE

ADVIES VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, derde kamer, op 13 mei 1998 door de Vlaamse minister van Onderwijs en Ambtenarenzaken verzocht hem van advies te dienen over een voorontwerp van decreet "tot machtiging van de Vlaamse regering om een coöperatieve vennootschap met beperkte aansprakelijkheid op te richten", heeft op 23 juni 1998 het volgende advies gegeven :

STREKKING VAN HET ONTWERP

1. Het voor advies voorgelegde voorontwerp van decreet strekt ertoe de Vlaamse regering te machtigen om namens de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest, en samen met andere bestuurlijke overheden en overheidsbedrijven, een coöperatieve vennootschap met beperkte aansprakelijkheid op te richten.

De op te richten vennootschap moet hoofdzakelijk instaan voor de uitvoering van opdrachten inzake werving en selectie van overheidspersoneel. Deze opdrachten kunnen aan de vennootschap toevertrouwd worden zowel door haar leden als door derden. De vennootschap zal ook aanverwante diensten kunnen ontwikkelen en presteren, alsmede alle (andere) activiteiten die rechtstreeks of onrechtstreeks bijdragen tot de realisatie van haar doel (artikel 3).

De Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest behoren noodzakelijk tot de oprichters, en zij beschikken samen steeds over de helft plus één van de aandelen in het kapitaal. Ook andere bestuurlijke overheden en instellingen en bedrijven die van deze overheden afhangen kunnen aan de oprichting deelnemen of later tot de vennootschap toetreden (artikel 2).

Een beheersreglement, vast te stellen door de raad van bestuur van de vennootschap en goed te keuren door de Vlaamse regering, moet de voorwaarden vaststellen waaronder de vennootschap haar opdrachten zal uitvoeren (artikel 4).

.../...

Ten slotte regelt het ontwerp van decreet de financiële tegemoetkoming van de Vlaamse Gemeenschap en van het Vlaamse Gewest (artikel 5).

2. In de memorie van toelichting worden de redenen uiteengezet waarom de specifieke vennootschapsvorm van een coöperatieve vennootschap met beperkte aansprakelijkheid het best aansluit bij de bedoelingen van de stellers van het ontwerp. Omtrent de redenen waarom de formule van een private, zelfs commerciële vennootschap wordt verkozen boven die van de oprichting van een openbare instelling, is de memorie van toelichting evenwel minder expliciet.

ALGEMENE OPMERKINGEN

1. Tot de taken die aan de op te richten vennootschap zullen worden toevertrouwd behoort, luidens artikel 3, 1°, van het ontwerp, in de eerste plaats "het instaan voor de uitvoering van opdrachten inzake werving en selectie van overheidspersoneel welke haar worden toevertrouwd hetzij door haar leden, hetzij door derden".

Uit deze omschrijving kan niet ondubbelzinnig worden afgeleid of en in welke mate de vennootschap zelf met de werving van personeel zal worden belast. In de memorie van toelichting wordt gesteld dat de opdrachten van de vennootschap betrekking kunnen hebben op de werving en selectie van contractueel personeel enerzijds, alsmede - in de mate dat het geldend normatief kader dit toestaat - op de

.../...

werving en selectie van statutair personeel anderzijds. In de nota aan de Vlaamse regering wordt beklemtoond dat de op te richten vennootschap slechts zeer beperkt zelf selecties zal doen, en veeleer "faciliterend" zal optreden.

Voor zoveel als nodig brengt de Raad van State in dit verband in herinnering dat volgens artikel 87, § 2, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, het (statutair) personeel van de administratie van een gemeenschaps- of gewestregering wordt aangeworven door bemiddeling van het Vast Secretariaat voor werving van het rijkspersoneel. Deze regel staat er niet aan in de weg dat voor de werving van het personeel van gedecentraliseerde diensten, instellingen en ondernemingen, en zelfs voor de bij arbeidsovereenkomst aangeworven personeelsleden van de eigen administratie van een gemeenschaps- of gewestregering, in een aparte regeling wordt voorzien, waarin geen beroep wordt gedaan op het Vast Wervingssecretariaat.

Vanzelfsprekend dient de bepaling van artikel 3, 1°, van het ontwerp te worden geïnterpreteerd op een wijze die verenigbaar is met de bepalingen van de bijzondere wet van 8 augustus 1980. Het zou niettemin aanbeveling verdienen de hiervóór aangegeven draagwijdte van de aan de op te richten vennootschap toe te vertrouwen taken te preciseren, minstens in de memorie van toelichting.

2. Zelfs begrepen in de aldus beperkte, met de bepalingen van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 conforme zin, blijven de taken waarvan sprake in genoemd

.../...

artikel 3, 1°, van het ontwerp, overheidstaken die aan een vennootschap van privaatrecht worden toevertrouwd.

2.1. Aldus doet het ontwerp de vraag rijzen in welke mate en onder welke omstandigheden de overheid taken van algemeen belang kan toevertrouwen aan een van deze overheid afgescheiden (desgevallend privaatrechtelijke) rechtspersoon. Met betrekking tot deze vraag heeft de Raad van State, afdeling wetgeving, in zijn advies L. 23.686/8 van 5 december 1995 over een ontwerp dat geleid heeft tot het decreet van 17 december 1996 houdende oprichting van de v.z.w. "De Rand" voor de ondersteuning van het Nederlandstalige karakter van de Vlaamse rand rond Brussel verduidelijkt dat de gemeenschappen en de gewesten voor het oprichten van een (niet alleen vanuit functioneel, maar ook vanuit organiek standpunt) gedecentraliseerde openbare dienst, twee wegen uit kunnen : een publiekrechtelijke en een privaatrechtelijke.

Het publiekrechtelijke procédé bestaat erin dat toepassing wordt gemaakt van artikel 9 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen. Bij de uitoefening van de door die bepaling toegekende bevoegdheid beschikken de decreetgevers over ruime mogelijkheden inzake de keuze van een organisatievorm. Wel is vereist dat het oprichtingsdecreet het toezicht op de gedecentraliseerde dienst regelt, en dat ten aanzien van het administratief en geldelijk statuut van het personeel van de opgerichte instelling rekening gehouden wordt met de algemene principes bedoeld in artikel 87, § 4, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980.

Zoals in hetzelfde advies werd gesteld, moet aanvaard worden dat de gemeenschappen en de gewesten - en meer algemeen, de publiekrechtelijke rechtspersonen -, naast het publiekrechtelijke procédé van artikel 9 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980, ook nog een privaatrechtelijke techniek kunnen aanwenden om gedecentraliseerde diensten op te richten. Een belangrijke voorwaarde daarbij is evenwel dat de taken die aan de aldus opgerichte privaatrechtelijke rechtspersoon worden toevertrouwd, geen betrekking mogen hebben op essentiële overheidsfuncties, en dat de overheid evenmin op een onbepaalde en algemene wijze afstand mag doen van haar bevoegdheden, inzonderheid in de mate dat die bevoegdheden beleidskeuzen impliceren (1).

2.2. In het voorliggende ontwerp wordt duidelijk gekozen voor het tweede hiervóór genoemde alternatief. De gekozen formule is die van de oprichting van een privaatrechtelijke, commerciële rechtspersoon. Dat de oprichters en toetredende vennoten blijkens artikel 2 van het ontwerp allen publiekrechtelijke personen moeten zijn, doet daaraan geen afbreuk.

Deze keuze brengt mee dat aan de op te richten vennootschap geen essentiële overheidstaken kunnen worden toevertrouwd. Het komt de Raad van State voor dat zulks in casu ook niet de bedoeling van de stellers van het ontwerp is. In de memorie van toelichting staat immers te lezen : "De vennootschap zal de opdrachten die haar worden toevertrouwd uitvoeren als een operationele bedrijfsentiteit. Dit

(1) Advies L. 23.686/8 van 5 december 1995, Parl. St., Vl. Parl., 1995-96, nr. 402-1, (19), 28-32.

houdt in dat de uiteindelijke beslissingsmacht en verantwoordelijkheid inzake aanwerving (blijven) toebehoren aan het opdrachtgevend bestuur". Uit de tekst zelf van artikel 3, 1°, komt echter niet ondubbelzinnig tot uiting in hoeverre beslissingsbevoegdheid aan de op te richten vennootschap zal worden overgedragen.

Het verdient aanbeveling dat de taakverdeling tussen een opdrachtgevend bestuur en de op te richten vennootschap nader gepreciseerd wordt, rekening houdend met de hiervóór in herinnering gebrachte beginselen.

3. De gesignaleerde onduidelijkheid over de precieze draagwijdte van de taken die aan de op te richten vennootschap kunnen worden toevertrouwd en over de omstandigheden waarin zulks kan gebeuren, maakt ook hierom voorwerp uit van bekommernis, daar ze een invloed kan hebben op het beantwoorden van de vraag naar de toepasselijkheid van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, op de opdrachten die openbare besturen aan de op te richten vennootschap zouden toevertrouwen.

Er kan moeilijk getwijfeld worden aan de toepasselijkheid van die wet in het geval waarin het opdrachtgevende bestuur geen lid (vennoot) is van de vennootschap. Moeilijker is de vraag of een bestuur dat wél lid is van de vennootschap, aan die vennootschap een opdracht zou mogen toevertrouwen zonder de bepalingen van de wet van 24 december 1993 na te leven.

.../...

Het feit dat de op te richten vennootschap bepaalde publiekrechtelijke kenmerken zou vertonen, kan op zichzelf niet volstaan om de gunning van opdrachten aan die vennootschap buiten het toepassingsgebied van de genoemde wet te brengen (1).

Van belang voor de hier aan de orde zijnde vraag is voorts het arrest nr. 21.624 van de Raad van State van 2 december 1981 inzake de v.z.w. "Nationale Bond der Wegbouwers". In dit arrest overwoog de Raad van State inderdaad dat, "al worden de aannemingscontracten of overheidsopdrachten voor aanneming van werken (...) gesloten tussen een intercommunale vereniging en haar aangeslotenen, zij daarom nog niet buiten de algemene regeling vallen die voor dit soort van overeenkomsten geldt; (dat zij niet) ontkomen aan de toepassing van de wet van 14 juli 1976 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten". De Raad van State benadrukte daarbij dat de leden van de intercommunale vereniging aan die vereniging niet al hun bevoegdheden inzake de betrokken openbare werken hadden opgedragen, en dat de vereniging dus niet beschouwd kon worden als zijnde voor de uitoefening van die bevoegdheden in de plaats gesteld van de publiekrechtelijke personen (2).

(1) D'HOOGHE, D., "De gunning van overheidscontracten en overheidsopdrachten", Brugge, die Keure, 1997, p. 187, nr. 436.

(2) Zie voor een bespreking van dit arrest, o.m., D'HOOGHE, D., o.c., pp. 187-188, nr. 437.

Uit dit arrest, dat zijn waarde behoudt onder de gelding van de wet van 24 december 1993, kan afgeleid worden dat voor de toepassing van de wetgeving inzake overheidsopdrachten op opdrachten die door een overheid worden toevertrouwd aan een andere instantie, welke de eerstgenoemde overheid (mede) heeft opgericht of waarvan ze lid of vennoot is, belang toekomt aan de vraag in welke mate de opdrachtgevende overheid bevoegd blijft om i.v.m. de betrokken aangelegenheden rechtshandelingen te stellen, dan wel de bevoegdheid tot het stellen van zulke handelingen - en niet enkel van materiële handelingen, van uitvoerende aard - heeft opgedragen aan de instantie waarvan ze lid is (1).

In het voorliggende ontwerp, noch in de daarbijhorende toelichting wordt op ondubbelzinnige wijze verduidelijkt of het de bedoeling is dat de leden van de op te richten coöperatieve vennootschap hun volledige bevoegdheid terzake van bepaalde activiteiten van werving en selectie aan deze vennootschap overdragen, dan wel dat de leden de vrijheid behouden om die activiteiten zelf uit te oefenen of daarvoor eventueel een beroep op derden te doen.

(1) Men vergelijk met artikel 3, § 2, van de wet van 24 december 1993, dat betrekking heeft op een "uitsluitend recht" dat door een wettelijke of reglementaire bepaling is toegekend.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

Opschrift

Het opschrift van een regeling dient beknopte doch precieze informatie te verstrekken omtrent de inhoud van de regeling.

Aan dit vereiste is in casu niet voldaan : de vermelding dat het ontwerp strekt tot machtiging van de Vlaamse regering om een coöperatieve vennootschap op te richten, zegt immers niets over het doel van de op te richten vennootschap. Weliswaar komt het aan de oprichters toe om in de statuten de benaming van de op te richten vennootschap vast te stellen. Toch ware het wenselijk dat in het opschrift aangegeven wordt welke de opdracht van de vennootschap zal zijn. Niets zou overigens de decreetgever beletten om, indien hij het wenst, in de machtiging aan de regering de benaming van de op te richten vennootschap vast te stellen.

Artikel 2

1. Krachtens artikel 143 van de vennootschappenwet moet een coöperatieve vennootschap uit ten minste drie personen bestaan. Blijkens het decreet behoren de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest in elk geval tot de oprichtende vennoten. Daarom is artikel 2 van het ontwerp, dat stelt dat de oprichting "al dan niet" samen met één of meer andere overheidslichamen kan gebeuren, niet helemaal accuraat : in elk geval is minstens één medeoprichter vereist.

.../...

Over de manier waarop de medeoprichters zullen worden geselecteerd en aangezocht, bevat het ontwerp geen aanwijzingen. Blijkens de verklaring van de gemachtigde ambtenaar bestaat er alvast geen gevaar dat geen derde partner gevonden zou worden, vermits er voldoende belangstelling bestaat vanwege verscheidene instanties.

2. Luidens artikel 2, tweede lid, van het ontwerp kan de toetreding van vennoten tot de coöperatieve vennootschap gebeuren hetzij op eigen verzoek van de kandidaat-vennoot, hetzij op verzoek van de Vlaamse regering.

Die bepaling wekt de indruk dat elke kandidaat-vennoot het recht heeft om tot de vennootschap toe te treden. Alleszins wordt in het ontwerp niet bepaald op welke gronden een verzoek tot toetreding afgewezen zou kunnen worden door de bestaande vennoten.

De Raad van State meent de aandacht van de stellers van het ontwerp te moeten vestigen op het feit dat er omstandigheden kunnen zijn die de Vlaamse regering tot een weigerende houding ten aanzien van de toetreding van nieuwe leden kunnen inspireren. Met name moet rekening gehouden worden met de in artikel 2, derde lid, van het ontwerp bepaalde verplichting voor de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest om samen te beschikken over een meerderheid van het kapitaal. Denkbaar is dat de toetreding van nieuwe leden de verhoudingen tussen de aandeelhouders dermate zou wijzigen dat een verhoging van het door de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest onderschreven kapitaal daardoor

.../...

noodzakelijk zou worden. Het is in dergelijke omstandigheden niet uitgesloten dat de Vlaamse regering er de voorkeur aan zou geven om geen nieuwe leden te laten toetreden.

Indien, rekening houdend met het voorgaande, de stellers van het ontwerp in de mogelijkheid tot beperking van de toetreding van nieuwe leden zouden willen voorzien, zal zulks overeenkomstig artikel 145, 2°, van de vennootschappenwet, door de statuten in de oprichtingsakte moeten worden geregeld.

In elk geval zal, telkens wanneer de toetreding van nieuwe leden een verhoging van het aandeel van de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest vergt, voorzien moeten worden in de financiering daarvan. De gemachtigde heeft daarover verklaard :

"Dit zal gebeuren via opname van een begrotingspost in de begroting die bij decreet wordt vastgesteld en goedgekeurd".

3. Artikel 2, eerste lid, somt een aantal bestuurlijke overheden en publieke instellingen op die samen met de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest als oprichter van de coöperatieve vennootschap kunnen optreden. In artikel 2, tweede lid, worden de besturen, instellingen en bedrijven opgesomd die, op eigen verzoek of op verzoek van de Vlaamse regering, achteraf kunnen toetreden.

.../...

De beide opsommingen zijn niet helemaal gelijk-luidend : zo figureren de openbare centra voor maatschappelijk welzijn en de Vereniging voor Vlaamse Steden en Gemeenten niet onder de mogelijke oprichters, en omgekeerd worden de provincies niet genoemd bij de mogelijke toetredende vennoten. De memorie van toelichting geeft evenwel te kennen dat het de bedoeling is dat al de in het eerste lid bedoelde lokale besturen, instellingen of bedrijven die niet aan de vennootschap deelnemen vanaf de oprichting, alsnog kunnen toetreden tot de vennootschap. Ook de gemachtigde bevestigt dat : "Degene die kunnen oprichten zijn ook degene die kunnen toetreden en vice versa".

De tekst van artikel 2 moet derhalve worden aangepast en wel in de zin als in de memorie van toelichting bedoeld.

4.1. In artikel 2, eerste lid, van het ontwerp is sprake van "instellingen of bedrijven" die van bepaalde (centrale of lokale besturen) "afhangen of door hen gecontroleerd worden". Artikel 2, tweede lid, bevat bijna identieke bewoordingen.

Het is niet duidelijk welke instellingen en bedrijven precies bedoeld worden.

In dit verband heeft de gemachtigde van de regering het volgende verklaard :

.../...

"Niet enkel de VOI's (Vlaamse openbare instellingen), opgericht bij decreet, worden bedoeld, maar ook alle andere bedrijven/instellingen die (niet bij decreet opgericht) als overheid moeten worden beschouwd, en (die) gecontroleerd worden door de Vlaamse overheid, de provincie, de gemeente.

De algemene bedoeling bestond erin de toepasselijkheid van de bepalingen inzake toetreding niet restrictief te interpreteren.

Met de term "afhangen" werd beoogd een parallelisme met de (bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen) te trekken, met name die instellingen die niet opgericht zijn bij decreet maar die wel gecontroleerd worden (bijv. : de Vlaamse huisvestingsmaatschappij hangt af van de erkende huisvestingsmaatschappij) (sic)".

De bedoeling van de stellers van het ontwerp zou op een ondubbelzinnige wijze uit het ontwerp moeten blijken. Het verdient derhalve aanbeveling de tekst te preciseren, zowel i.v.m. de termen "instellingen of bedrijven" als i.v.m. de termen "afhangen van" en "gecontroleerd worden".

4.2. De nood aan verduidelijking is des te meer prangend nu deze vereist is om de precieze draagwijdte te bepalen van wat in artikel 2, derde lid, bedoeld wordt met de uitdrukking "direct of indirect ... beschikken over ten minste de helft plus één van de aandelen in het kapitaal".

In de memorie van toelichting wordt terzake het volgende gesteld :

"(Er) zal moeten gewaarborgd worden dat de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest steeds direct of indirect, via de instellingen die niet enkel afhangen van hen maar ook onder hun controle staan (vb. parastatalen), dienen te beschikken over ten minste de helft plus één van de aandelen in het kapitaal van de vennootschap".

.../...

Die toelichting is verwarrend. Daaruit zou immers afgeleid moeten worden dat het kapitaal van de bedoelde instellingen meegeteld wordt voor de berekening van het aandeel van de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest in het kapitaal. Het gaat echter, overeenkomstig artikel 2, eerste en tweede lid, om rechtspersonen die naast de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest deel kunnen uitmaken van de op te richten vennootschap.

Het zou wenselijk zijn dat de bedoeling van de stellers van het ontwerp i.v.m. de aandelen van de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest duidelijk uiteengezet wordt.

In elk geval dient, in de tekst zelf van het ontwerp, ook nader gepreciseerd te worden wat verstaan moet worden onder de termen "direct of indirect".

Artikel 3

1. Terecht ontwijkt het ontwerp mogelijke bezwaren die vanuit het oogpunt van de verenigingsvrijheid zouden kunnen gemaakt worden tegen een formulering waarin rechtstreeks het statuut van de op te richten vennootschap wordt vastgesteld. Het ontwerp beperkt zich immers tot het geven van een machtiging aan de Vlaamse regering tot deelname aan de oprichting. In dezelfde lijn zou het verkieslijk zijn dat, in de plaats van rechtstreeks taken toe te vertrouwen aan de op te richten vennootschap, zoals in artikel 3 van het ontwerp wordt gedaan, het statutair doel omschreven zou

.../...

worden als een voorwaarde van de machtiging. De gemachtigde van de regering verklaart dat wordt ingestemd met het voorstel artikel 3 zo te formuleren dat "machtiging wordt verleend voor het oprichten van de in artikel 2 bedoelde vennootschap, waarvan de statuten de volgende taken ... opsommen : ...".

2. Het verdient aanbeveling om in 2° de woorden "assessment centers" in de taal van het decreet te vertalen, of het bedoelde begrip anders te omschrijven.

Artikel 4

1. In paragraaf 1, eerste lid, wordt gesteld dat de op te richten vennootschap de haar door haar leden toevertrouwde opdrachten zal uitvoeren overeenkomstig een door de raad van bestuur vastgesteld beheersreglement. Het verdient aanbeveling deze tekst in overeenstemming te brengen met het bepaalde in artikel 3, 1°, en met name ook melding te maken van opdrachten die door derden aan de vennootschap kunnen worden toevertrouwd.

2. In het derde lid van dezelfde paragraaf wordt bepaald dat in het beheersreglement de wijze- en berekeningsmethode inzake de jaarlijkse verdeling van de werkings- en personeelskosten over de deelnemende vennoten wordt bepaald.

.../...

Afgezien van de onverstaanbare uitdrukking "wijze- en berekeningsmethode", roept deze bepaling ook vragen op met betrekking tot haar juiste betekenis, en met name de vraag of met de woorden "verdeling van kosten" verwezen wordt naar de verdeling van de winst en de omslag van het verlies, dan wel naar iets anders. Indien het inderdaad gaat om de verdeling van winst en verlies, dient rekening gehouden te worden met de bepalingen van de vennootschappenwet. Daarin wordt bepaald dat de wijze van verdeling van winst en van het omslagen van het verlies wordt vastgesteld in de statuten (artikel 145, 5°, vennootschappenwet) of, bij gebreke daarvan, door een beslissing van de algemene vergadering (artikel 146, 5°, vennootschappenwet). Met deze bepalingen lijken niet bestaanbaar die van artikel 4, § 1, van het ontwerp, welke de vaststelling van de verdeling toevertrouwen aan de raad van bestuur (in het zgn. "beheersreglement"), onder voorbehoud van goedkeuring door de Vlaamse regering.

Indien het de bedoeling zou zijn van de stellers van het ontwerp om af te wijken van de vennootschappenwet, zouden zij in de memorie van toelichting moeten uiteenzetten op welke gronden zij de decreetgever daartoe bevoegd achten.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	W. DEROOVER,	kamervoorzitter,
	P. LEMMENS,	staatsraden,
	L. HELLIN,	
	A. ALEN,	assessoren van de
	H. COUSY,	afdeling wetgeving,
Mevrouw	F. LIEVENS,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de H. G. VAN HAEGENDOREN, auditeur. De nota van het Coördinatiebureau werd opgesteld en toegelicht door de H. W. PAS, adjunct-referendaris.

DE GRIFFIER,

DE VOORZITTER,

F. LIEVENS

W. DEROOVER