

KONINKRIJK BELGIË

-----

ADVIES 33.001/1

VAN DE AFDELING WETGEVING  
VAN DE RAAD VAN STATE

-----

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, eerste kamer, op 7 februari 2002 door de Vlaamse minister van Werkgelegenheid en Toerisme verzocht hem, binnen een termijn van ten hoogste drie dagen, van advies te dienen over een voorontwerp van decreet "houdende de oprichting van de vzw ESF-Agentschap", heeft op 12 februari 2002 het volgende advies gegeven :

Volgens artikel 84, eerste lid, 2°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, moeten in de adviesaanvraag de redenen worden opgegeven tot staving van het spoedeisende karakter ervan.

In het onderhavige geval wordt het spoedeisende karakter van de adviesaanvraag gemotiveerd met verwijzing naar

"de noodzaak tot een decretale basis van de op 14 november 2001 opgerichte v.z.w. ESF-Agentschap. Om de persoonlijke verantwoordelijkheid van de oprichters van deze v.z.w. maximaal te beperken dient de periode tussen de oprichting van de v.z.w. ESF-Agentschap en het funderend decreet zo kort mogelijk te zijn".

\*

\*   \*

Gelet op de korte termijn die hem voor het geven van zijn advies is toegemeten, heeft de Raad van State, afdeling wetgeving, zich beperkt tot het maken van de volgende opmerkingen.

#### STREKKING VAN HET VOORONTWERP VAN DECREET

Het om advies voorgelegde voorontwerp van decreet strekt ertoe "de Vlaamse Gemeenschap, het Vlaams Gewest en de Vlaamse Dienst voor Arbeidsbemiddeling en Beroepsopleiding" te machtigen om de v.z.w. "ESF - Agentschap" op te richten (artikel 2, § 1). De Sociaal-Economische Raad van Vlaanderen en het Vlaams Instituut voor Zelfstandig Ondernemen worden gemachtigd om tot de aldus opgerichte vereniging toe te treden (artikel 2, § 2).

De v.z.w. "ESF - Agentschap" wordt belast met het beheer en de uitvoering van het Europees Sociaal Fonds in Vlaanderen en met het beheer en de uitvoering van de door de Vlaamse regering bepaalde cofinancieringsmiddelen (artikel 2, § 3). In de aan de Raad van State, afdeling wetgeving, meegedeelde statuten van de vereniging wordt bepaald dat deze is opgericht "in afwachting van enerzijds de afronding van de implementatie van het Beter Bestuurlijk Beleid en anderzijds de hervorming van de VDAB".

.../...

De financiering van de v.z.w. "ESF - Agentschap" gebeurt door middel van een jaarlijkse werkingssubsidie van de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest, enerzijds, en een "delegatie van het beheer van het Europees Sociaal Fonds voor Vlaanderen", anderzijds (artikel 4, § 1).

Om de werking van de v.z.w. "ESF - Agentschap" te verzekeren wordt vanuit de Vlaamse Gemeenschap, het Vlaamse Gewest en de toetredende instellingen een aantal middelen overgeheveld en kan een aantal personeelsleden ter beschikking van de vereniging worden gesteld. Op de aldus terbeschikkinggestelde personeelsleden blijft dan, al naargelang het geval, het Vlaams personeelsstatuut of het personeelsstatuut van de toetreden instellingen van toepassing (artikel 4, §§ 2 tot 4).

De Vlaamse regering oefent een controlerende functie uit ten aanzien van de v.z.w. "ESF - Agentschap". Zij bepaalt de nadere voorwaarden voor de uitbetaling van de werkingssubsidie en kan op ieder ogenblik inzage vragen van de boekhouding en de rekeningen van de vereniging (artikel 4, §§ 3 en 5).

De v.z.w. "ESF - Agentschap" wordt aansprakelijk gemaakt voor de handelingen die, binnen haar statutaire bevoegdheid, in haar naam en voor haar rekening werden gesteld vóór de bekendmaking van haar statuten in het Belgisch Staatsblad (artikel 3). Uit de aan de Raad van State, afdeling wetgeving, meegedeelde documenten valt in dat verband af te leiden dat de vereniging reeds op 14 november 2001 werd opgericht, doch dat de statuten ervan tot op heden nog niet zijn bekendgemaakt.

### ALGEMENE OPMERKINGEN

1.1. In verscheidene adviezen van de Raad van State, afdeling wetgeving, is principieel aanvaard dat publiekrechtelijke rechtspersonen - en dus ook de gemeenschappen en de gewesten - een vereniging zonder winstoogmerk kunnen oprichten of tot zulke vereniging kunnen toetreden<sup>(1)</sup>, zij het dat daarbij de essentiële bepalingen van de wet van 27 juni 1921 waarbij aan de verenigingen zonder winstgevend doel en aan de

---

<sup>(1)</sup> Verscheidene varianten zijn terzake mogelijk. Zie in dat verband o.m. D. D'HOOGHE en F. VANDENDRIESSCHE, Publiek-Private Samenwerking, Brugge, Die Keure, 2001, 103 e.v.

instellingen van openbaar nut rechtspersoonlijkheid wordt verleend, moeten worden in acht genomen <sup>(2)</sup>.

Het opteren voor de privaatrechtelijke techniek van de vereniging zonder winstoogmerk is evenwel niet zonder bezwaren en heeft onder meer tot gevolg dat het vervullen van de verenigingsopdracht - welke per hypothese op een overheidstaak zal betrekking hebben - en de besteding van de overheids gelden welke via de subsidiëring aan de vereniging worden overgemaakt, grotendeels onttrokken worden aan de rechtstreekse parlementaire controle van het Vlaamse Parlement. Bovendien bemoeilijkt het aanwenden van die techniek het organiseren van een sluitend toezicht van de overheid op de betrokken vereniging.

Mede om die redenen geldt als principe dat de bevoegdheden die aan een v.z.w. worden opgedragen, 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. Toetst men de onder 1.1 vermelde criteria inzake de toelaatbaarheid van het gebruik van de privaatrechtelijke techniek van de vereniging zonder winstoogmerk aan de regeling die in het heden om advies voorgelegde ontwerp van decreet is opgenomen, dan dient te worden uitgegaan van de vaststelling dat die regeling essentieel op het tewerkstellingsbeleid betrekking heeft.

De bij het ontwerp gevoegde toelichting doet er bovendien van blijken dat het de bedoeling is dat de v.z.w. "ESF - Agentschap" zou instaan voor uiteenlopende aspecten van het tewerkstellingsbeleid :

---

<sup>(2)</sup> Zie bijvoorbeeld, voor wat de Vlaamse Gemeenschap betreft, het advies 23.686/8 van 5 december 1995 over een voorontwerp van decreet "houdende regeling van het beheer van de culturele centra van de Vlaamse Gemeenschap in de rand van Brussel" (Parl. St., Vl. Parl., 1995-1996, nr. 402/1). Voor een wat recenter voorbeeld, zie het advies 27.234/3 van 8 december 1998 over een voorontwerp van decreet "betreffende de oprichting van de v.z.w. Educatief Bosbouwcentrum Groenendaal" (Parl. St., Vl. Parl., 1998-1999, nr. 1371/1).

"Dit impliceert het vergemakkelijken van inschakeling van met langdurige werkloosheid bedreigde werklozen in het arbeidsproces, met name door beroepsopleiding, vooropleiding en omscholing, met inbegrip van beroepskeuzevoorlichting en -advies.

Het omvat eveneens maatregelen ter vergemakkelijking van de aanpassing van werknemers aan de gewijzigde omstandigheden in het bedrijfsleven en de ontwikkeling van de productiestelsels, met name door het anticiperen op ontwikkelingen op de arbeidsmarkt en op de behoeften aan beroepskwalificaties en -opleiding, omscholing, beroepskeuzevoorlichting en advies".

Aldus omschreven lijkt de v.z.w. "ESF - Agentschap" wel degelijk te worden belast met de uitoefening van een overheidsfunctie - het tewerkstellingsbeleid in ruime zin - die als essentieel kan worden beschouwd. In het ontwerp van decreet zouden derhalve op zijn minst voldoende precieze regels moeten zijn ingeschreven met inachtneming waarvan de betrokken vereniging de haar opgedragen taak moet uitoefenen, waarbij het uiteraard aan de decreetgever toekomt om zelf de fundamentele beleidskeuzen te maken die door de vereniging zullen moeten worden ingevuld. Tevens zou de decreetgever in een voldoende uitgewerkt controlesysteem ten aanzien van de vereniging moeten voorzien, dat moet toelaten na te gaan of de vereniging naar behoren, d.w.z. met inachtneming van de in of krachtens het decreet bepaalde regels, uitvoering geeft aan haar taak.

Er moet evenwel worden vastgesteld dat het om advies voorgelegde ontwerp van decreet geen regels bevat met inachtneming waarvan de v.z.w. "ESF - Agentschap" de haar opgedragen taak dient te vervullen. Artikel 4, § 3, van het ontwerp bepaalt weliswaar dat de Vlaamse regering wordt gemachtigd "de nadere voorwaarden van de uitbetaling van de werkingssubsidie vast te stellen", doch deze algemene delegatiebepaling komt niet tegemoet aan het bezwaar dat de decreetgever zelf in geen enkele basisregel terzake voorziet. Daarenboven kan men zich de vraag stellen of de betrokken delegatiebepaling het mogelijk maakt dat de Vlaamse regering voorwaarden vaststelt die betrekking hebben op het volledige bevoegdheidsdomein van de vereniging, ermee rekening houdend dat het blijkbaar enkel voorwaarden betreft die verband houden met de cofinanciering, die te onderscheiden valt van inzonderheid de subsidiëring door de Europese Unie.

Wat het toezicht van overheidswege op de vereniging betreft, voorziet het ontwerp in een relatief beperkte regeling die bestaat uit de mogelijkheid voor de Vlaamse

.../...

regering om op ieder ogenblik voorlegging en inzage te vragen van de boekhouding en de rekeningen van de v.z.w. "ESF - Agentschap" (artikel 4, § 5) en de verplichting tot het opstellen van een jaarverslag en een evaluatierapport (artikel 6). Rekening houdend met de omvangrijke bevoegdheid die aan de v.z.w. "ESF - Agentschap" op het vlak van het tewerkstellingsbeleid wordt doorgeschoven, kan men zich afvragen of de decreetgever niet in een meer substantiële toezichtsregeling moet voorzien.

Uit wat voorafgaat volgt dat het ontwerp van decreet met meer specifieke regels zou moeten worden aangevuld opdat ertegen niet de bezwaren zouden kunnen worden ingebracht die het gebruik van de privaatrechtelijke techniek van de vereniging zonder winstoogmerk in zich kan sluiten.

2. In zoverre in artikel 3 van het ontwerp de aansprakelijkheid van de v.z.w. "ESF - Agentschap" wordt uitgebreid tot handelingen die werden gesteld vóór de bekendmaking van de statuten in het Belgisch Staatsblad, treedt de decreetgever op het bevoegdheidsdomein van de federale wetgever. De tweede zin van artikel 3 van het ontwerp dient bijgevolg te vervallen.

3. Artikel 4, § 3, van het ontwerp machtigt de Vlaamse regering en de in artikel 2, § 2, van het ontwerp vermelde instellingen om personeel ter beschikking te stellen van de v.z.w. "ESF - Agentschap". De nadere regels van deze terbeschikkingstelling worden vastgesteld in een overeenkomst tussen de Vlaamse Gemeenschap, het Vlaamse Gewest, de betrokken instellingen en de vereniging.

Uit de tekst van het ontwerp kan niet worden afgeleid welke de precieze draagwijdte is van de erin beoogde "terbeschikkingstelling". Dient dat begrip te worden begrepen als bijvoorbeeld een verlof voor opdracht van algemeen belang en komt ervoor zowel contractueel als statutair personeel in aanmerking? Komt artikel 4, § 3, van het ontwerp er niet op neer dat de decreetgever zich mengt in de regeling van de rechtspositie

van het personeel van de diensten van de regering en wordt erdoor geen afbreuk gedaan aan sommige bepalingen van het Vlaams ambtenarenstatuut <sup>(3)</sup> ?

Dergelijke vragen, die illustratief zijn voor de rechtsonzekerheid waartoe de ontworpen regeling op dat punt kan leiden, zouden overbodig zijn indien in het ontwerp van decreet de basisregels inzake de beoogde terbeschikkingstelling zouden worden opgenomen.

Hoe dan ook zullen, ingeval de terbeschikkingstelling contractueel personeel betreft, de regels dienen te worden nageleefd die op dat vlak zijn vervat in de wet van 24 juli 1987 betreffende de tijdelijke arbeid, de uitzendarbeid en het ter beschikking stellen van werknemers ten behoeve van gebruikers <sup>(4)</sup>. Het spreekt voor zich dat van die regels niet zal kunnen worden afgeweken in de overeenkomst waarnaar in artikel 4, § 3, van het ontwerp wordt verwezen.

4. De stellers van het ontwerp dienen dit laatste in de wetgevingstechnisch correcte vorm te gieten, wat onder meer impliceert dat het ontwerp moet worden voorafgegaan door een indieningsbesluit, dat aan het slot van het ontwerp melding wordt gemaakt van de ondertekenende ministers en dat een memorie van toelichting dient te worden opgesteld, bestaande uit een algemene bespreking van de regeling en een artikelsgewijze commentaar.

---

<sup>(3)</sup> Uit de regeling die is opgenomen in de artikelen XI 67 en volgende van het besluit van de Vlaamse regering van 24 november 1993 houdende organisatie van het ministerie van de Vlaamse Gemeenschap en de regeling van de rechtspositie van het personeel valt bijvoorbeeld af te leiden dat de terbeschikkingstelling de toestemming impliceert van de betrokken ambtenaar. In het ontwerp van decreet wordt niet aan dergelijke toestemming gerefereerd.

<sup>(4)</sup> Zie inzonderheid het bepaalde in artikel 32 van die wet.

## ONDERZOEK VAN DE TEKST

### Artikel 1

Het bezwaar dat volgens de Raad van State, afdeling wetgeving, aan het regelen in eenzelfde decreet van gemeenschaps- en gewestaangelegenheden kleeft, is de stellers van het ontwerp ongetwijfeld genoegzaam bekend, zodat in het bestek van deze adviesaanvraag geen nadere bespreking aan dat bezwaar wordt gewijd.

### Artikel 2

1. Luidens artikel 82, eerste volzin, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen vertegenwoordigt de regering de gemeenschap of het gewest in en buiten rechte. Het is derhalve de Vlaamse regering en niet de Vlaamse Gemeenschap of het Vlaamse Gewest die moet worden gemachtigd om de v.z.w. "ESF - Agentschap" op te richten.

2. In artikel 2, § 3, van het ontwerp schrijve men : "..., zoals omschreven in artikel 146 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap".

### Artikel 3

Wat de tweede volzin van artikel 3 betreft, volstaat het te verwijzen naar de algemene opmerkingen onder 2.

Wat de eerste volzin van artikel 3 betreft, waarin een regel wordt bevestigd die tot de bevoegdheid van de federale wetgever behoort, moet worden opgemerkt dat deze overbodig is en beter wordt weggelaten.

Uit wat voorafgaat volgt dat het gehele artikel 3 uit het ontwerp kan worden weggelaten.

#### Artikel 4

Het is niet duidelijk hoe de in artikel 4, § 2, van het ontwerp bedoelde tegemoetkoming concreet invulling dient te krijgen en in welke mate en in welke verhouding de Vlaamse Gemeenschap, het Vlaamse Gewest en de betrokken instellingen in de werking van de v.z.w. "ESF - Agentschap" dienen tegemoet te komen. Het ontwerp is ook op dat punt aan een aanvulling toe.

#### Artikel 7

Naar het zeggen van de gemachtigde van de regering is het de bedoeling om het ontworpen decreet te laten terugwerken tot 14 november 2001, zijnde de datum waarop de v.z.w. "ESF - Agentschap" is opgericht.

De stellers van het ontwerp dienen evenwel voor ogen te houden dat de figuur van de "machting", waarvan het decreet in ontwerp uitgaat, zich uit haar aard niet leent tot een retroactiviteit, aangezien zij per definitie enkel betrekking kan hebben op handelingen die in de toekomst zullen worden verricht <sup>(5)</sup>.

Het geven van terugwerkende kracht aan de ontworpen regeling komt erop neer dat de decreetgever de handelingen die de betrokken vereniging in het verleden reeds heeft verricht, zou regulariseren.

---

<sup>(5)</sup> Het begrip "machting" refereert in essentie aan een wijze van bestuurlijk toezicht "die inhoudt dat de toezienende overheid vooraf haar instemming betuigt met een beslissing die een gedecentraliseerde overheid wenst te nemen" (E. DIRIX, B. TILLEMEN en P. VAN ORSHOVEN (red.), De Valks Juridisch Woordenboek, Antwerpen, Intersentia, 2001, 200).

Indien dat effectief de bedoeling is en onverminderd de toelaatbaarheidsvereisten inzake retroactiviteit, zoals die blijken uit de rechtspraak van het Arbitragehof, zou zulks ter wille van de duidelijkheid van de regelgeving op een meer expliciete wijze moeten worden tot uitdrukking gebracht in de tekst van het ontwerp <sup>(6)</sup>.

-----

---

<sup>(6)</sup> Zie bijvoorbeeld het decreet van 23 maart 1994 houdende regularisatie van de toetreding van de Vlaamse regering tot verenigingen zonder winstgevend doel, waarin telkens uitdrukkelijk melding wordt gemaakt van een "machtiging met terugwerkende kracht".

De kamer was samengesteld uit

|          |                        |                      |
|----------|------------------------|----------------------|
| de Heren | M. VAN DAMME,          | kamervoorzitter,     |
|          | J. BAERT,<br>J. SMETS, | staatsraden,         |
| Mevrouw  | A.-M. GOOSSENS,        | toegevoegd griffier. |

Het verslag werd uitgebracht door de H. W. VAN VAERENBERGH, eerste auditeur.  
De nota van het Coördinatiebureau werd opgesteld en toegelicht door de H. L. VAN CALENBERGH,  
adjunct-referendaris.

DE GRIFFIER,

DE VOORZITTER,

A.-M. GOOSSENS

M. VAN DAMME