

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 41.103/1/V

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, eerste vakantiekamer, op 27 juli 2006 door de Vlaamse minister van Werk, Onderwijs en Vorming verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, verlengd tot 15 september 2006, van advies te dienen over een voorontwerp van decreet "betreffende de onderwijsgebonden sport", heeft op 7 september 2006 het volgende advies gegeven:

Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, heeft de afdeling wetgeving zich beperkt tot het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond ⁽¹⁾, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

Gelet op het uitzonderlijk hoge aantal adviesaanvragen die met toepassing van artikel 84, § 1, eerste lid, 1°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State aanhangig zijn gemaakt, die dan nog, gelet op het tijdstip dat om advies is verzocht, slechts door een beperkt aantal magistraten kunnen worden behandeld, heeft de afdeling wetgeving zich bovendien, zelfs met betrekking tot de in artikel 84, § 3, eerste lid, van die wetten opgesomde punten, noodgedwongen moeten beperken tot een summier onderzoek van het ontwerp. Uit de vaststelling dat over een bepaling in dit advies niets wordt gezegd, mag niet zonder meer worden afgeleid dat er niets over gezegd kan worden en, indien er wel iets over wordt gezegd, dat er niets meer over te zeggen valt.

*
* *

BEVOEGDHEID

1. Het om advies voorgelegde voorontwerp van decreet strekt ertoe het decreet van 7 mei 2004 betreffende de onderwijsgebonden sport ⁽²⁾ te herformuleren en te corrigeren, met behoud van de oorspronkelijke krachtlijnen. Voor de leesbaarheid van de regelgeving wordt evenwel gekozen voor de invoering van een volledig nieuw decreet en niet voor een aanpassing of wijziging van het decreet van 7 mei 2004 betreffende de onderwijsgebonden sport ⁽³⁾.

⁽¹⁾ Aangezien het om een voorontwerp van decreet gaat, wordt onder rechtsgrond de overeenstemming met de hogere rechtsnormen verstaan.

⁽²⁾ Met betrekking tot het decreet van 7 mei 2004 werd door de afdeling wetgeving van de Raad van State geen advies uitgebracht. Dit decreet van 7 mei 2004 is tot stand gekomen op voorstel van een aantal leden van het Vlaams Parlement.

⁽³⁾ Het decreet van 7 mei 2004 is op dit ogenblik niet in werking getreden (zie artikel 53 van het decreet van 7 mei 2004, zoals gewijzigd bij het decreet van 24 december 2004) en wordt opgeheven bij artikel 46, 2°, van het ontwerp.

2.1. Het ontwerp heeft voornamelijk betrekking op de erkenning en de subsidiëring van het Vlaams Centrum voor Onderwijsgebonden Sport, waarop de Vlaamse Gemeenschap luidens artikel 5, eerste lid, van het ontwerp een beroep doet "voor de realisatie van het beleid, vermeld in artikel 4", dat is het "beleid, gericht op de promotie van de onderwijsgebonden sport".

Luidens artikel 5, tweede lid, van het decreet van 7 mei 2004 was het Vlaams Centrum voor Onderwijsgebonden Sport oorspronkelijk een openbare instelling met rechtspersoonlijkheid.

Thans opteert men er voor om het Vlaams Centrum voor Onderwijsgebonden Sport (hierna: VCOS) niet op te richten binnen de structuren van het kaderdecreet bestuurlijk beleid, maar om het de vorm van een gesubsidieerde instelling "buiten de publieke sfeer" te laten aannemen. Zo bepaalt artikel 12, tweede lid, van het ontwerp dat het VCOS de vorm aanneemt van een stichting, als vermeld in de wet van 27 juni 1921 betreffende de verenigingen zonder winstoogmerk, de internationale verenigingen zonder winstoogmerk en de stichtingen, inzonderheid titel II (artikelen 27 tot 45).

2.2. Het beleid van de Vlaamse Gemeenschap ter ondersteuning van de onderwijsgebonden sport, zoals gedefinieerd in het ontwerp als de extracurriculair georganiseerde sport- en bewegingsactiviteiten in schools en naschools verband voor de leerlingen uit het basis- en secundair onderwijs en de studenten van hogescholen en universiteiten, heeft niet het zodanig karakter van essentiële overheidstaak dat de overheid er in géén geval door haar erkende en gesubsidieerde privaatrechtelijke verenigingen bij mag betrekken, of aan zulke verenigingen opdrachten mag toevertrouwen.

Dat de overheid met het oog op het vervullen van die opdrachten privaatrechtelijke verenigingen erkent en subsidieert die buiten haar toedoen om, op louter privé-initiatief overeenkomstig de wet van 27 juni 1921 tot stand zijn gekomen of tot stand worden gebracht, is in beginsel dan ook toelaatbaar.

De overheid is daarbij gerechtigd om de voorwaarden te bepalen waaraan zulke verenigingen moeten voldoen om te kunnen worden erkend en gesubsidieerd, met het oog op de uitvoering van de hun toevertrouwde taken. Die erkennings- en

.../...

subsiëeringsvoorwaarden mogen uitsluitend betrekking hebben op de uitvoering van die taken en op de aanwending van de subsidies. De sanctie voor de miskenning van die voorwaarden kan er alleen in bestaan, hetzij dat de erkenning wordt ingetrokken, hetzij dat de subsideëring wordt stopgezet, hetzij nog dat eventueel de subsidies worden teruggevorderd die niet werden aangewend voor het doel waarvoor ze werden verleend.

De ontworpen regeling is evenwel niet tot een als hiervoor omschreven erkennings- en subsideëeringsregeling beperkt.

Een eerste vaststelling is dat de stellers van het ontwerp er onduidelijkheid over laten bestaan als welke soort stichting het VCOS in de zin van de wet van 27 juni 1921 moet worden gekwalificeerd: als een "private stichting" of als een "stichting van openbaar nut". Uit de stukken van het administratief dossier blijkt dat in een eerdere versie van het ontwerp wél een keuze was gemaakt (nl. voor de "private stichting") waarop blijkbaar is teruggekomen nadat de inspectie van financiën hiertegen meerdere bezwaren heeft geopperd. Het vermijden van een keuze tussen de twee vormen is niet van aard om rechtszekerheid te bieden, en is vooral een eerste element om te twijfelen over de ware bedoelingen van de stellers van het ontwerp.

Het gegeven dat slechts één enkele privaatrechtelijke vereniging in aanmerking komt voor erkenning en subsideëring is ook een element dat twijfels doet rijzen of de stellers niet, onder het mom van de erkenning en subsideëring van een op privé-initiatief tot stand gekomen stichting, in feite beogen een instelling van publiek recht op te richten.

Die twijfel wordt geheel weggenomen, nu uit het ontwerp blijkt in welke verregaande mate bij decreet, en niet door het vrij initiatief, de oprichting, de structuur, de bevoegdheden, de rechtspositie van het personeel, de personeelsformatie, de financiering, de aansturing en het toezicht en de rechtsopvolging nader worden bepaald, waarbij op belangrijke punten wordt afgeweken van de wet van 27 juni 1921. Enkele significante voorbeelden, zonder exhaustief te zijn, kunnen in dat verband worden vermeld:

- In het ontwerp wordt eenzijdig van overheidswege de taakstelling van de op te richten stichting omschreven (artikel 5 tot 11), de samenstelling van de raad van

.../...

bestuur voorgeschreven (artikel 16 van het ontwerp) en de wijze waarop de afgevaardigd bestuurder van de stichting wordt geselecteerd (artikel 18).

- Het ontwerp somt de bevoegdheden op van de afgevaardigd bestuurder, in strijd met artikel 35 van de wet van 27 juni 1921 naar luid waarvan de bevoegdheden van het dagelijks bestuur "worden geregeld door de statuten".
- Luidens artikel 34, § 4, van de wet van 27 juni 1921 vertegenwoordigt de raad van bestuur de stichting in en buiten rechte als eiser of als verweerder, tenzij de statuten een andere regeling bevatten. Volgens artikel 19, § 6, van het ontwerp vertegenwoordigt de afgevaardigd bestuurder het VCOS in en buiten rechte voor alle aangelegenheden die behoren tot de bevoegdheid van de raad van bestuur en van de afgevaardigd bestuurder.
- Het ontwerp bepaalt eenzijdig aan welke rechtsregels de rechtspositie van het personeel van het VCOS wordt onderworpen en beperkt alzo in verregaande mate de contractuele vrijheid van de stichting en haar werknemers.
- Daarenboven is het wel zeer de vraag of de stellers er van uitgaan dat het personeel van het VCOS onder arbeidsovereenkomst te werk wordt gesteld. Luidens artikel 25 van het ontwerp is op dit personeel immers het decreet van 27 maart 1991 rechtspositie personeelsleden gesubsidieerd onderwijs van toepassing (hierna: het rechtspositiedecreet). Aan dit rechtspositiedecreet zijn zowel in statutair verband benoemde onderwijspersoneelsleden onderworpen -het onderwijspersoneel van de lokale besturen, voornamelijk van het gesubsidieerd gemeentelijk en provinciaal onderwijs- als onderwijspersoneel dat contractueel is tewerkgesteld bij het vrij gesubsidieerd onderwijs. Het ontwerp en de memorie van toelichting gaan uit van een "vaste benoeming" van het personeel van het VCOS in een "ambt", hetgeen veeleer wijst op een benoeming in statutair verband ⁽⁴⁾. Ook de overgangsmaatregelen

⁽⁴⁾ Dat ook voor het onderwijspersoneel van het vrij gesubsidieerd onderwijs sprake is van een "vaste benoeming" heeft historische achtergronden waarop de Raad van State om reden van de beschikbare tijd niet zal uitweiden en houdt ook verband met de door artikel 24, § 4, van de Grondwet voorgeschreven en hier niet ter zake zijnde gelijke behandeling van personeelsleden en onderwijsinstellingen. Indien een dergelijke "vaste benoeming" wordt bedoeld zoals in het vrij gesubsidieerd onderwijs, behoedt dit het personeel niet voor een verbreking van de contractuele tewerkstelling, en blijft de vaststelling dat de decreetgever de wederzijdse rechten en plichten van het VCOS als werkgever en de werknemers in verregaande mate eenzijdig vaststelt.

(artikelen 47 en volgende) hebben maar zin omdat de huidige contractuele personeelsleden er een vaste benoeming door verwerven.

- Het loon van de personeelsleden wordt rechtstreeks uitbetaald door de overheid (artikel 23, tweede lid).
- De Vlaamse regering bepaalt de vakantie- en prestatieregeling van het personeel (artikel 29), hun geldelijk statuut (artikel 34, § 1) en de bekwaamheidsbewijzen die toegang verlenen "tot elk ambt" (artikel 34, § 2).
- Weliswaar ontbreekt het klassieke administratief toezicht over de wettigheid en opportuniteit van de door de instelling genomen beslissingen, maar artikel 40 voorziet in een beleidsovereenkomst die de Vlaamse Regering (zelf) uitwerkt, "in samenspraak" (slechts) met het VCOS en het VCOS kan aan sancties worden onderworpen (artikel 42 van het ontwerp) ⁽⁵⁾.

Alle aspecten van de ontworpen regeling in acht genomen blijkt aldus dat zij er manifest op neerkomt dat van overheidswege een openbare dienst wordt opgericht in de organieke betekenis van de term, met een "sui generis" karakter, waarop voor al hetgeen niet in het decreet is geregeld de wet van 27 juni 1921 wel van toepassing wordt verklaard maar waarbij eveneens, in strijd met essentiële bepalingen van die wet, regels worden vastgesteld die op ingrijpende wijze het bestaan, de organisatie en de werking van de betrokken "stichting" raken.

Conclusie is dat de voorgenomen constructie, wil zij doorgang krijgen, moet worden ingepast in de -als gekend ruime- mogelijkheden die de decreetgever wordt geboden bij artikel 9 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 om een openbare instelling op te richten, waarbij de decreetgever zelfs voor een privaatrechtelijke rechtsvorm kan opteren. Evenwel dienen hierbij de beperkingen die voortvloeien uit het genoemde artikel 9 in acht te worden genomen, wat onder meer inhoudt dat bij het vaststellen van het administratief en geldelijk statuut van het personeel rekening moet

⁽⁵⁾ De Raad van State merkt op dat, zo het VCOS als een ware stichting moet worden beschouwd, haar door de rechter ook de sancties kunnen worden opgelegd die zijn bepaald in de wet van 27 juni 1921.

worden gehouden met de algemene principes bedoeld in artikel 87, § 4, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ⁽⁶⁾.

3. Zoals hiervoor reeds aan bod is gekomen, wordt bij artikel 25 van het ontwerp de "rechtspositie" van het personeel van het VCOS bepaald in die zin dat op hen het rechtspositiedecreet van toepassing is.

Aan de onduidelijkheid van het al dan niet statutair karakter van de benoeming van dit personeel is hiervoor al gealludeerd. Binnen de hem toegemeten tijd is het de Raad van State niet mogelijk exhaustief na te gaan welke mogelijke andere rechtsproblemen het onderwerpen van het VCOS en zijn personeel aan het rechtspositiedecreet kan veroorzaken. Dat de bij artikel 25 gemaakte keuze voor problemen kan zorgen, lijkt evenwel reeds bij een oppervlakkige lezing van het rechtspositiedecreet vast te staan, zoals mag blijken aan de hand van volgende vragen:

- Moeten de algemene arbeidsvoorwaarden en de eventueel gerezen geschillen worden voorgelegd aan een van de paritaire comités bedoeld in artikel 2 van het rechtspositiedecreet en zo ja, welk?
- Is in rechte te verantwoorden het VCOS-personeel, dat geen onderwijspersoneel is, te onderwerpen aan het systeem van de tijdelijke aanstelling en de tijdelijke aanstelling van doorlopende duur, wat betreft onder meer aanstellingsprocedure en ontslag, mede in het licht van het gelijkheidsbeginsel?
- Is het de bedoeling dat de verlofstelsels van toepassing op het onderwijspersoneel van overeenkomstige toepassing zijn, zoals bij voorbeeld het verlof wegens opdracht in het belang van het onderwijs (zie bij voorbeeld artikel 51^{quater} van het rechtspositiedecreet)?

⁽⁶⁾ Gelet op zijn opdrachten komt het VCOS op eerste gezicht niet in aanmerking voor toepassing van artikel 2, § 2, van het koninklijk besluit van 22 december 2000 tot bepaling van de algemene principes van het administratief en geldelijk statuut van de rijksambtenaren die van toepassing zijn op het personeel van de diensten van de Gemeenschaps- en Gewestregeringen en van de Colleges van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie en van de Franse Gemeenschapscommissie, alsook op de publiekrechtelijke rechtspersonen die ervan afhangen (APKB).

- Bij welke kamer van beroep mag het personeelslid beroep instellen tegen de hem opgelegde tuchtmaatregel ⁽⁷⁾?
- Aan welke regeling is het personeelslid onderworpen voor controle van zijn afwezigheid wegens ziekte?

4. Luidens artikel 41 van het ontwerp kan de regering "gegevens opvragen" bij het VCOS. Deze machtiging is vaag en algemeen, en vermag in geen geval zo worden opgevat dat de regering mag voorbijgaan aan de voorwaarden opgelegd door de privacy-wetgeving voor de rechtmatigheid van de verwerking van persoonsgegevens. Voor sommige (persoons)gegevens zal deze delegatie zoals zij thans is geredigeerd bijgevolg dode letter moeten blijven, nu bijvoorbeeld de finaliteit voor het verkrijgen van de opgevraagde gegevens niet eens wordt gepreciseerd.

5. Het ontwerp beoogt bij overgangsmaatregelen om personeelsleden die thans werkzaam zijn in de Stichting Vlaamse Schoolsport en de Vlaamse Studentensportfederatie (met gebruikmaking van verschillende zogenaamde nepstatuten) in een statutair verband te brengen binnen het VCOS en ook op hen de bepalingen van het rechtspositiedecreet van toepassing te maken (zie artikel 47 en volgende van het ontwerp).

Het in artikel 10 van de Grondwet neergeschreven gelijkheidsbeginsel vereist dat eenieder een gelijke toegang tot het openbaar ambt wordt gewaarborgd, hetgeen het bestuur ertoe verplicht op een objectieve wijze de aanspraken te vergelijken van de verschillende kandidaten en bij aanwervingen de voorrang te geven aan degene die vanuit het oogpunt van het algemeen belang de meest geschikte kandidaat is.

Een automatische "overname" van personeel in dienst genomen door een private rechtspersoon, zonder dat daarbij de vereisten golden van gelijke toegang en

⁽⁷⁾ Indien het VCOS als een waarachtige privaatrechtelijke stichting is te beschouwen, en het personeel als contractueel tewerkgesteld, zou het instellen van een beroep tegen een tuchtmaatregel die door de werkgever is opgelegd, bij een orgaan van de Vlaamse Gemeenschap dat in laatste aanleg beslist, ernstige vragen doen rijzen bij de bevoegdheid van de decreetgever om zulk een systeem in het leven te roepen.

objectieve selectie die van toepassing zijn voor de overheid, verdraagt zich niet met het voornoemde gelijkheidsbeginsel.

Om dit euvel te verhelpen, dient ten minste te worden bepaald dat de betrokken personeelsleden moeten worden onderworpen aan een selectieprocedure, waarbij wordt nagegaan of ze aan bepaalde, objectieve en vooropgestelde vereisten voldoen.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	G. VAN HAEGENDOREN,	staatsraad, voorzitter,
	B. SEUTIN, W. VAN VAERENBERGH,	staatsraden,
	A. SPRUYT,	assessor van de afdeling wetgeving,
Mevrouw	A. BECKERS,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de H. R. AERTGEERTS, eerste auditeur-afdelingshoofd.

DE GRIFFIER,

DE VOORZITTER,

A. BECKERS

G. VAN HAEGENDOREN