KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 44.432/3
VAN 13 MEI 2008

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, derde kamer, op 23 april 2008 door de Vlaamse minister van Bestuurszaken, Buitenlands Beleid, Media en Toerisme verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een voorontwerp van decreet "tot wijziging van het decreet van 2 maart 1999 tot machtiging van de Vlaamse Regering om een coöperatieve vennootschap met beperkte aansprakelijkheid op te richten voor de uitvoering van opdrachten met betrekking tot de werving en selectie van overheidspersoneel", heeft het volgende advies gegeven:

1. Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft de afdeling wetgeving zich beperkt tot het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*
* *

STREKKING EN RECHTSGROND VAN HET VOORONTWERP

2. Het om advies voorgelegde voorontwerp van decreet strekt ertoe een aantal wijzigingen aan te brengen in het decreet van 2 maart 1999 tot machtiging van de Vlaamse Regering om een coöperatieve vennootschap met beperkte aansprakelijkheid op te richten voor de uitvoering van opdrachten met betrekking tot de werving en selectie van overheidspersoneel. Die wijzigingen hebben in hoofdzaak betrekking op het volgende:

- de naam van het privaatrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigd agentschap "Vlaams Agentschap voor Rekrutering en Selectie" wordt gewijzigd in "agentschap Jobpunt Vlaanderen" (hierna: het agentschap);

- de Vlaamse Vereniging voor Steden en Gemeenten is niet langer vennoot van het agentschap;

- de taken van het agentschap worden geherdefinieerd;

- voor het uitoefenen van bepaalde taken wordt aan het agentschap een dotatie toegekend.

ALGEMENE OPMERKINGEN

3. In het ontworpen artikel 3 van het decreet van 2 maart 1999 worden de taken van het agentschap opgesomd. Zo zal het agentschap onder meer instaan voor de uitvoering van opdrachten inzake werving en selectie van statutair overheidspersoneel toevertrouwd door haar leden (ontworpen artikel 3, 1/) en voor de coördinatie en de materiële uitvoering van de aan haar toevertrouwde aanwervingsexamens voor het statutair personeel van de Vlaamse ministeries (ontworpen artikel 3, 3/).

Wat betreft het toekennen van deze specifieke taken aan het agentschap, wenst de Raad van State te herinneren aan de opmerking die hij dienaangaande heeft gemaakt in advies 44.250/3 van 8 april 2008 over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering "tot wijziging van het Vlaams personeelsstatuut van 13 januari 2006 wat betreft de uitvoering van het sectoraal akkoord 2005-2007 en andere bepalingen", luidend:

> "Volgens artikel 87, § 2, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 wordt het personeel van een gemeenschaps- of gewestregering aangeworven door bemiddeling van het Vast Secretariaat voor werving van het Rijkspersoneel (lees: Selor). Dat voorschrift is enkel van toepassing op statutaire aanwervingen.
>
> Daarentegen moet geen beroep worden gedaan op Selor voor de werving van de bij arbeidsovereenkomst aangeworven personeelsleden van de eigen administratie van een gemeenschaps- of gewestregering en van het personeel van gedecentraliseerde diensten, instellingen en ondernemingen. Evenmin dient Selor op te treden op andere ogenblikken van de beroepsloopbaan van het statutair personeel, zoals bijvoorbeeld bij bevorderingen [(1)].
>
> (...)
>
> De Raad van State wenst erop te wijzen dat die bepaling op gespannen voet kan komen te staan en zelfs kan strijden met artikel 87, § 2, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980, indien de begeleiding door Jobpunt Vlaanderen slaat op de «bemiddeling» zelf, aangezien de bijzondere wetgever die taak heeft voorbehouden aan Selor. Volgens de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof vereist het genoemde artikel 87, § 2, dat Selor de proeven inricht voor de selectie van de kandidaten die het meest geschikt zijn om de openbare ambten in de diensten van de regeringen van de deelentiteiten in te vullen, en beantwoordt een

---

(1) *Voetnoot 1 uit het geciteerde advies*: B. WEEKERS: "Personeel en organisatie", in G. VAN HAEGENDOREN en B. SEUTIN (ed.), *De bevoegdheidsverdeling in het federale België*, Brugge, 2003, blz. 38, nr. 13.

> wervingsprocedure die weliswaar in een samenwerking met Selor voorziet, maar Selor elke inrichtingsbevoegdheid ontneemt, niet aan die vereiste" [(2)].

4.1. Hoewel in het ontwerp van decreet enkel de taken worden bepaald van het agentschap, en als zodanig de Vlaamse overheid en de vennoten niet verplicht worden om een beroep te doen op het agentschap, blijkt evenwel uit de verklaringen van de gemachtigde dat het de bedoeling is dat de Vlaamse overheid voor bepaalde taken effectief een beroep zal doen op het agentschap, reden waarom decretaal wordt voorzien in het toekennen van een dotatie aan het agentschap (zie het ontworpen artikel 5*bis* van het decreet van 2 maart 1999), zodat de vraag naar de conformiteit met de regelgeving op de overheidsopdrachten toch kan rijzen.

Uit de memorie van toelichting valt eveneens af te leiden dat de achterliggende bedoeling van het decreet is om de structuren van het agentschap aan te passen, om rekening te houden met die regelgeving. In de artikelsgewijze bespreking bij artikel 3 van het ontwerp wordt dienaangaande uitdrukkelijk bepaald:

> "Gelet op de Europese Richtlijn met betrekking tot overheidsopdrachten wordt de Vlaamse Vereniging voor Steden en Gemeenten geschrapt als vennoot" [(3)].

4.2. Ook hier dient, wat de toepassing van de regelgeving inzake overheidsopdrachten betreft, te worden herinnerd aan de opmerkingen die de Raad van State dienaangaande heeft gemaakt in het voornoemde advies 44.250/3 en luidende als volgt:

---

(2) *Voetnoot 2 uit het geciteerde advies*: Grondwettelijk Hof, nr. 96/2005, 1 juni 2005, B.10 en B.12.3.

(3) Memorie van toelichting, p. 2.

"5.1. De problematiek van de toepassing van de wetgeving inzake overheidsopdrachten op rechtsbetrekkingen tussen met elkaar verbonden openbare besturen is de afgelopen jaren uitdrukkelijk aan bod gekomen in de rechtspraak van het Hof van Justitie [(4)].

Uit die rechtspraak kan worden afgeleid dat de regelgeving inzake overheidsopdrachten van toepassing is wanneer een aanbestedende dienst een overeenkomst ten bezwarende titel over de levering van diensten wenst te sluiten met een lichaam dat formeel van haar onderscheiden is en zelfstandige beslissingen kan nemen, ongeacht of dat lichaam zelf een aanbestedende overheid is [(5)].

Daarentegen volgt uit diezelfde rechtspraak dat de regelgeving inzake overheidsopdrachten geen toepassing vindt op opdrachten voor leveringen of diensten opgedragen door een aanbestedende overheid aan een persoon die in rechte onderscheiden is van de aanbestedende overheid wanneer:

- de aanbestedende overheid op deze persoon een toezicht of controle uitoefent zoals op haar eigen diensten [(6)] ,

- deze persoon het merendeel van zijn activiteiten verricht ten behoeve van de aanbestedende overheid of overheden [(7)], en,

- deze persoon geen privaatrechtelijke deelgenoten kent, zelfs niet voor een minderheidsparticipatie van één aandeel.

---

(4) *Voetnoot 3 uit het geciteerde advies*: zie o.m. H.v.J., 9 september 1999, RI.San, zaak nr. C-108/98; H.v.J., 18 november 1999, Teckal, zaak nr. C-107/98; H.v.J., 7 december 2000, Arge Gewässerschutz, zaak nr. C-94/99; H.v.J., 11 januari 2005, Stadt Halle, zaak nr. C-26/03; H.v.J., 21 juli 2005, Coname, zaak nr. C-231/03; H.v.J., 13 oktober 2005, Parking Brixen, zaak nr. C-458/03; H.v.J., 10 november 2005, Commissie t. Oostenrijk, zaak nr. C-29/04; H.v.J., 6 april 2006, ANAV, zaak nr. C-410/04; H.v.J., 11 mei 2006, Carbotermo, zaak nr. C-340/04.

(5) *Voetnoot 4 uit het geciteerde advies*: G. LAENEN, "Aanbesteding, inbesteding, verzelfstandiging en PPS: de strenge hand van Europa en de gevolgen voor de (lokale) besturen. Een overzicht", *C.D.P.K.*, 2006, 583-622.

(6) *Voetnoot 5 uit het geciteerde advies*: Aanwijzingen hiervoor zijn o.m. de rechtsvorm, het maatschappelijk doel, de aard van het aandeelhouderschap, en de (on)afhankelijkheid van het bestuur: zie o.m. G. LAENEN, *l.c.*, 590, met verwijzing naar H.v.J., 6 april 2006, ANAV, zaak nr. C-410/04.

(7) *Voetnoot 6 uit het geciteerde advies*: Daarbij is de daadwerkelijke activiteit doorslaggevend, niet de activiteiten die volgens de wet of de statuten mogen worden verricht en zelfs niet de activiteiten die de onder toezicht staande entiteit moet verrichten: zie de conclusie van advocaat-generaal C. Stix-Hackl, 23 september 2004, nr. 83, bij H.v.J., 11 januari 2005, Stadt Halle, zaak nr. C-26/03.

5.2. Wanneer de voorgaande criteria worden betrokken op Jobpunt Vlaanderen, dient tot het volgende te worden geconcludeerd.

5.2.1. Jobpunt Vlaanderen is opgericht ter uitvoering van het decreet van 2 maart 1999 tot machtiging van de Vlaamse Regering om een coöperatieve vennootschap met beperkte aansprakelijkheid op te richten voor de uitvoering van opdrachten met betrekking tot de werving en selectie van overheidspersoneel.

Bij decreet van 7 mei 2004 [(8)] wordt Jobpunt Vlaanderen omgevormd tot het privaatrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigd Vlaams Agentschap voor Rekrutering en Selectie [(9)].

5.2.2. Wat het toezicht of de controle op Jobpunt Vlaanderen betreft, dient te worden vastgesteld dat deze beperkt is.

Overeenkomstig artikel 31 van het kaderdecreet wordt tussen een privaatrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigd agentschap en de Vlaamse Regering, die optreedt voor de Vlaamse Gemeenschap of het Vlaamse Gewest, na onderhandeling een samenwerkingsovereenkomst gesloten betreffende de samenwerking tussen de Vlaamse Gemeenschap of het Vlaamse Gewest, enerzijds, en het privaatrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigde agentschap, anderzijds, en, in voorkomend geval, betreffende de aanwending van de aan het agentschap ter beschikking gestelde personeelsleden, middelen en infrastructuur. Wat Jobpunt Vlaanderen betreft, bepaalt artikel 4 van het voornoemde decreet van 2 maart 1999 bovendien dat zij de haar door haar leden toevertrouwde opdrachten uitvoert overeenkomstig de voorwaarden en nadere regels bepaald in een beheersreglement vastgesteld door haar raad van bestuur, dat door de Vlaamse Regering moet worden goedgekeurd.

Van een toezicht door de Vlaamse Regering op Jobpunt Vlaanderen, waardoor eerstgenoemde de beslissingen van laatstgenoemde kan beïnvloeden, wordt helemaal geen gewag gemaakt, zodat er geenszins een toezicht bestaat zoals de Vlaamse Regering op haar eigen diensten uitoefent".

4.3.1. Met het ontworpen decreet lijkt gedeeltelijk tegemoet te worden gekomen aan de opmerkingen die de Raad van State in advies 44.250/3 heeft geformuleerd met

---

(8) *Voetnoot 7 uit het geciteerde advies*: Decreet van 7 mei 2004 betreffende het privaatrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigde agentschap "Vlaams Agentschap voor Rekrutering en Selectie" en houdende wijziging van het decreet van 2 maart 1999 tot machtiging van de Vlaamse regering om een coöperatieve vennootschap met beperkte aansprakelijkheid op te richten voor de uitvoering van opdrachten met betrekking tot de werving en selectie van overheidspersoneel.

(9) *Voetnoot 8 uit het geciteerde advies*: Hoewel de wijzigingsbepalingen van dat decreet nog niet in werking zijn getreden, zal bij de beoordeling van de vraag of de wetgeving op de overheidsopdrachten al dan niet van toepassing is, in de eerste plaats toch met die wijzigingsbepalingen rekening worden gehouden.

verwijzing naar de rechtspraak van het Hof van Justitie, nu de Vlaamse Vereniging voor Steden en Gemeenten niet langer meer vennoot zal zijn van het agentschap en het agentschap alzo geen privaatrechtelijke deelgenoten meer zal kennen.

4.3.2. Blijft echter nog de vraag of de Vlaamse overheid op het agentschap een toezicht of controle kan uitoefenen zoals op haar eigen diensten.

Voor zover de Raad van State heeft kunnen nagaan, blijkt dit niet het geval te zijn, zodat het toevertrouwen aan het agentschap van een bijna exclusieve, minstens bevoorrechte rol inzake de bemiddeling en de begeleiding voor de selectie van het personeel van de Vlaamse overheid daardoor op gespannen voet blijft staan met de regelgeving inzake overheidsopdrachten.

Om hieraan tegemoet te komen, zou de decreetgever zelf in een meer sluitend toezicht en sluitende controle dienen te voorzien, opdat de Vlaamse overheid op het agentschap een toezicht of controle kan uitoefenen zoals op haar eigen diensten.

5. Luidens het ontworpen artikel 5*bis*, § 2, van het decreet van 2 maart 1999 is de Vlaamse Regering gemachtigd om statutair personeel ter beschikking te stellen van het agentschap.

In de mate dat de regelgeving inzake overheidsopdrachten van toepassing zal zijn in de relatie tussen de Vlaamse overheid en het agentschap, zal de toepassing van de genoemde bepaling tot gevolg hebben dat daardoor het agentschap wordt bevoordeeld. In voormeld geval kan dit als een ongeoorloofde staatssteun worden beschouwd in de zin van artikel 87 van het EG-Verdrag, zodat de ontworpen regeling dan ook voorafgaand dient te worden aangemeld bij de Europese Commissie.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	J. SMETS,	staatsraad, voorzitter,
	B. SEUTIN, W. VAN VAERENBERGH,	staatsraden,
	H. COUSY,	assessor van de afdeling wetgeving,
Mevrouw	G. VERBERCKMOES,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door Mevr. I. VERHEVEN, adjunct-auditeur.

DE GRIFFIER, DE VOORZITTER,

G. VERBERCKMOES J. SMETS