

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 45.532/1
VAN 16 DECEMBER 2008

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, eerste kamer, op 25 november 2008 door de Vlaamse minister van Economie, Ondernemen, Wetenschap, Innovatie en Buitenlandse Handel verzocht haar, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een voorontwerp van decreet "betreffende de organisatie en financiering van het wetenschaps- en innovatiebeleid", heeft het volgende advies gegeven:

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 in hoofdzaak beperkt tot het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond alsmede van de vraag of aan de voorgeschreven vormvereisten is voldaan ⁽¹⁾.

*

* *

STREKKING EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

Het om advies voorgelegde ontwerp strekt ertoe de regels met betrekking tot de organisatie en financiering van het wetenschaps- en innovatiebeleid van de Vlaamse Gemeenschap in een domeinspecifiek decreet samen te brengen.

Drie doelstellingen staan daarbij voorop.

In de eerste plaats beoogt het ontwerp in het beleidsdomein Economie, Wetenschap en Innovatie de implementatie van de bestuurlijke hervorming (Beter Bestuurlijk Beleid) te voltooien (zie daarvoor titel II van het ontwerp). Enerzijds worden daartoe het Agentschap voor Innovatie door Wetenschap en Technologie (IWT) en het Fonds voor Wetenschappelijk Onderzoek - Vlaanderen (FWO) - de financieringsinstanties van het wetenschappelijk onderzoek - respectievelijk omgevormd tot een publiekrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigd agentschap met rechtspersoonlijkheid ⁽²⁾, erkend als een privaatrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigd agentschap met rechtspersoonlijkheid. Anderzijds wordt daartoe de strategische adviesraad voor het wetenschaps- en innovatiebeleid (VRWI) opgericht, die in de plaats komt van de Vlaamse Raad voor Wetenschapsbeleid.

⁽¹⁾ Aangezien het om een ontwerp van decreet gaat wordt onder rechtsgrond de conformiteit met hogere rechtsnormen verstaan.

⁽²⁾ Het IWT was bij decreet van 7 mei 2004 reeds omgevormd tot een IVA, maar dat decreet is nooit in werking getreden. Dat decreet tot oprichting van het intern verzelfstandigd agentschap met rechtspersoonlijkheid "Instituut voor Innovatie door Wetenschap en Technologie", gewijzigd bij decreten van 23 juni en 22 december 2006, wordt opgeheven bij artikel 67, 4/, van het ontwerp.

In de tweede plaats is het de bedoeling om de relatie tussen de Vlaamse overheid en een aantal structurele partners in het wetenschaps- en innovatiebeleid decretaal te verankeren (titel III). De Vlaamse Regering wordt gemachtigd om deel te nemen aan de strategische onderzoekscentra, dit zijn de Vlaamse Instelling voor Technologisch Onderzoek (VITO), het Interdisciplinair Instituut voor BreedBand Technologie (IBBT), het Interuniversitair Micro-Elektronica Centrum (IMEC) en het Vlaams Interuniversitair Instituut voor Biotechnologie (VIB), en om bijkomend strategische onderzoekscentra te erkennen. De Vlaamse Regering wordt eveneens gemachtigd om deel te nemen in Flanders Technology International en Flanders, District of Creativity. Telkens zal de financiering door de Vlaamse Regering worden bepaald en wordt een convenant gesloten. De inhoudelijke vereisten waaraan de strategische onderzoekscentra dienen te voldoen, alsook het toezicht op die centra worden nader geregeld. De bestaande regeling met betrekking tot de taken en de werking van het VITO wordt in beginsel overgenomen. Voorts wordt bepaald dat de Vlaamse Regering middels een jaarlijkse toelage bijdraagt in de werking van de Koninklijke Vlaamse Academie van België voor Wetenschappen en Kunsten.

De derde doelstelling bestaat erin dat, wat het hoger onderwijs betreft, het ontwerp de basisregels vastlegt voor enkele financieringsinstrumenten inzake wetenschap en innovatie (titel IV). Aldus wordt een decretale grondslag gelegd voor de industriële onderzoeksfondsen die bij elke associatie kunnen worden opgericht, voor het subsidiëren van de associaties voor expertisecellen inzake wetenschapscommunicatie en voor de subsidiëring van wetenschappelijk onderzoek door de instellingen van postinitieel onderwijs.

VORMVEREISTEN

Sommige onderdelen van het ontwerp hebben betrekking op onderwijsaangelegenheden, meer bepaald op aangelegenheden bedoeld in artikel 24, § 5, van de Grondwet. Krachtens artikel 70, eerste lid, 1/, van het decreet van 2 april 2004 betreffende participatie op school en de Vlaamse Onderwijsraad is de regering verplicht advies te vragen aan de Vlaamse Onderwijsraad (VLOR) over de voorontwerpen van decreet over dergelijke aangelegenheden.

Uit de stukken die bij het dossier zijn gevoegd, blijkt niet dat het advies van de VLOR werd gevraagd.

Gelet op de decretale verplichting zal dit advies alsnog moeten worden ingewonnen. Indien de aan de Raad van State voorgelegde tekst ten gevolge van dat advies nog wijzigingen zou ondergaan, moeten de gewijzigde bepalingen, ter inachtneming van het voorschrift van artikel 3, § 1, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, voor een nieuw onderzoek aan de afdeling wetgeving worden voorgelegd.

BEVOEGDHEID

1. Volgens artikel 1 regelt het ontwerp zowel gemeenschaps- als gewestaangelegenheden.

De decreetgever put zijn bevoegdheid voor de in het ontwerp geregelde aangelegenheden, enerzijds, uit artikel 6bis, § 1, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen in samenhang gelezen met diverse materiële bevoegdheidstoewijzingen in diezelfde bijzondere wet en, anderzijds, uit artikel 127, § 1, eerste lid, 2/, van de Grondwet ⁽³⁾.

In de mate dat het ontwerp voorziet in de oprichting van organismen of machtigt tot deelname aan rechtspersonen, biedt artikel 9 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 de nodige bevoegdheidsrechtelijke grondslag.

⁽³⁾ Ook het wetenschappelijk onderzoek van en door de universiteiten moet worden beschouwd als een onderwijsaangelegenheid (Grondwettelijk Hof, 21 juni 2000, nr. 76/2000, B.3.2). Bij de parlementaire bespreking van de bevoegdheidsverdeling inzake het onderwijs in 1988 werd er trouwens zorg voor gedragen dit expliciet te stellen en werd benadrukt dat de gemeenschappen bevoegd zijn "voor het wetenschappelijk onderzoek dat betrekking heeft op het onderwijs, zowel voor dat met betrekking tot het onderwijs (materieel criterium) als voor dat wat uitgevoerd wordt door het onderwijs (organiek criterium). Dit verhindert niet dat de nationale [lees : federale] overheid en de gewesten zich tot hun onderwijsinstellingen kunnen richten voor de uitoefening van hun bevoegdheden inzake wetenschappelijk onderzoek en hen onderzoekprogramma's kunnen toevertrouwen" (*Parl. St.*, Kamer, B.Z. 1988, nr. 516/1, 22).

2. Volgens het Grondwettelijk Hof verdeelt artikel 6*bis* van de bijzondere wet de bevoegdheid om het wetenschappelijk onderzoek te regelen tussen de onderscheiden wetgevers volgens het stelsel van de parallelle uitoefening van de exclusieve bevoegdheden, waarbij iedere - federale, gemeenschaps- of gewest- - wetgever bevoegd is om het wetenschappelijk onderzoek te regelen met betrekking tot de aangelegenheden die tot zijn bevoegdheid behoren ⁽⁴⁾.

De gemeenschappen en gewesten moeten daarenboven bevoegd worden geacht wanneer er een, zelfs indirecte, band tussen het te regelen wetenschappelijk onderzoek en hun bevoegdheden aanwezig is ⁽⁵⁾. In zoverre sommige in het ontwerp geregelde aangelegenheden niet volledig vallen in te passen in de bevoegdheden van de gemeenschappen en gewesten ⁽⁶⁾, hebben zij op het eerste gezicht een voldoende band met de bevoegdheden van gemeenschappen en gewesten. Evenwel zullen het IWT en de strategische onderzoekscentra er moeten voor waken dat zij bij de uitoefening van hun missie en taken niet op het terrein komen van de in artikel 6*bis*, § 2, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 opgesomde aangelegenheden die aan de federale overheid zijn voorbehouden.

⁽⁴⁾ Grondwettelijk Hof, 21 juni 2000, nr. 76/2000, B.3.2.

⁽⁵⁾ Advies 36.627/VR van 30 maart 2004 over een voorontwerp van decreet "tot oprichting van het Vredesinstituut", *Parl. St.*, Vl. Parl., 2002-03, nr. 1814/2, 18. In dat advies oordeelde de Raad van State, afdeling wetgeving, dat het aan het Vredesinstituut opgedragen vredesonderzoek, zelfs al heeft het ook betrekking op aangelegenheden die tot de federale bevoegdheid behoren, een relevante band vertoont met de in artikel 6, § 1, VI, eerste lid, 4/, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen aan de gewesten opgedragen aangelegenheid inzake de in-, uit- en doorvoer van wapens, munitie en speciaal voor militair gebruik of voor ordehandhaving dienstig materieel en daaraan verbonden technologie, alsmede met de bij artikel 167 van de Grondwet aan de gemeenschappen en de gewesten toegekende bevoegdheid tot het sluiten van verdragen.

⁽⁶⁾ Zie bijv. artikel 31, tweede lid, 2/, van het ontwerp, dat raakt aan de aangelegenheid telecommunicatie.

ALGEMENE OPMERKINGEN

I. Overeenstemming met artikel 9 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980

1. Wat de in het ontwerp bedoelde instellingen met rechtspersoonlijkheid betreft, moeten de desbetreffende bepalingen getoetst worden aan artikel 9 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980. Dat artikel machtigt de gemeenschappen en gewesten om, in de aangelegenheden die tot hun bevoegdheid behoren, gedecentraliseerde diensten, instellingen en ondernemingen op te richten of kapitaalparticipaties te nemen. Het decreet kan de bedoelde organismen rechtspersoonlijkheid toekennen.

Zoals de Raad van State reeds meermaals heeft benadrukt, biedt het genoemde artikel 9 ruime mogelijkheden. Bij de uitoefening van de hem toegekende bevoegdheid is de decreetgever immers aan geen vooraf bestaande organisatievormen gebonden. Hij kan geval per geval de doelstellingen van de instellingen bepalen, en de samenstelling van de bestuursorganen, de bevoegdheden, de werking en dergelijke regelen. De enige beperkingen die terzake uit artikel 9 voortvloeien zijn, enerzijds, dat het oprichtingsdecreet het 'toezicht' ⁽⁷⁾ op de instellingen moet regelen en, anderzijds, dat bij het vaststellen van het administratief en geldelijk statuut van het personeel rekening gehouden moet worden met hetgeen in artikel 87, § 4, van de bijzondere wet is bepaald in verband met de algemene principes van het statuut van het rijkspersoneel welke van rechtswege van toepassing zijn.

2. De bepalingen van het ontwerp die er toe strekken instellingen met rechtspersoonlijkheid op te richten (cf. bijv. de bepalingen inzake het IWT) of er aan deel te nemen (cf. bijv. de bepalingen inzake het FWO) blijken de toets van artikel 9 van de bijzondere wet te kunnen doorstaan. De in dat artikel bedoelde aangelegenheden worden immers door de decreetgever geregeld, deels in het kaderdecreet beter bestuurlijk beleid van 18 juli 2003 (hierna ook: kaderdecreet) of het decreet van 18 juli 2003 tot regeling van de strategische adviesraden, deels in het ontwerp.

⁽⁷⁾ Indien het niet om een gedecentraliseerde openbare dienst doch om een private rechtspersoon gaat, moet onder toezicht niet het klassieke administratief toezicht worden verstaan doch veeleer een aan de rechtsvorm aangepaste overheidscontrole.

Wat het IWT betreft, worden de oprichting, de bevoegdheid, de samenstelling en de werking van het agentschap respectievelijk geregeld in artikel 3, de artikelen 4 en 5 en de artikelen 6 tot 11 van het ontwerp. Inzake het toezicht bevat het ontwerp, behalve de verwijzing naar artikel 23 van het kaderdecreet (artikel 9, tweede lid, van het ontwerp), geen specifieke bepalingen. Wel kan worden verwezen naar een aantal bepalingen vervat in de artikelen 14 tot 22 van het kaderdecreet.

Wat de VRWI betreft, worden de oprichting, de bevoegdheden, de samenstelling en werking geregeld in de artikelen 25 tot 30 van het ontwerp, en door de artikelen 5 tot 17 van het decreet van 18 juli 2003 tot regeling van de strategische adviesraden. Het toezicht wordt geregeld in de artikelen 18 en 19 van het decreet van 18 juli 2003.

Wat het FWO betreft, wordt de Vlaamse Regering gemachtigd om eraan "deel te nemen" (artikel 15, § 1, van het ontwerp). De samenstelling en werking, de bevoegdheden en het toezicht worden respectievelijk geregeld in de artikelen 19 en 20, in de artikelen 17 en 18, §§ 1 en 2, en in artikel 22 van het ontwerp en in de artikelen 29, 30 en 31 van het kaderdecreet.

II. Overeenstemming met de vrijheid van vereniging (artikel 27 van de Grondwet)

1. Artikel 15, § 2, van het ontwerp erkent het FWO "als een privaatrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigd agentschap als vermeld in artikel 29 van het kaderdecreet Bestuurlijk Beleid".

2. Het "Fonds voor Wetenschappelijk Onderzoek - Vlaanderen" (FWO) is een privaatrechtelijke stichting van openbaar nut in de zin van artikel 27, vierde lid, van de vzw-wet ⁽⁸⁾. Kenmerkend aan een stichting van openbaar nut is dat zij is "opgericht door een rechtshandeling van één of meer natuurlijke personen of rechtspersonen waarbij een vermogen wordt aangewend ter verwezenlijking van een bepaald belangeloos doel" (artikel 27, eerste lid, vzw-wet).

⁽⁸⁾ Wet van 27 juni 1921 betreffende de verenigingen zonder winstoogmerk, de internationale verenigingen zonder winstoogmerk en de stichtingen.

Over de ontstaansgeschiedenis wordt in de memorie van toelichting volgende informatie gegeven:

"In 1928 werd het Nationaal Fonds voor Wetenschappelijk Onderzoek (NFWO) opgericht als een instelling van Openbaar Nut ter ondersteuning van het fundamenteel wetenschappelijk onderzoek. Sinds 1988 verloopt de financiering van het NFWO voor het overgrote deel via de Gemeenschappen. Een autonome Vlaamse Raad van Bestuur (in een confederale structuur) werd ingesteld in maart 1992. Met ingang van 1 oktober 1996 treedt de Vlaamse raad van Bestuur van het NFWO naar buiten als het Fonds voor Wetenschappelijk Onderzoek - Vlaanderen. Bij notariële akte van 21 juni 2005 werd het Fonds voor Wetenschappelijk Onderzoek - Vlaanderen (FWO) opgericht als stichting van openbaar nut".

Uit artikel 29 van de FWO-statuten blijkt dat de stichter van het FWO de stichting van openbaar nut "Federaal Fonds voor Wetenschappelijk Onderzoek" (FFWO) ⁽⁹⁾ is. Het doel is "het wetenschappelijk onderzoek in de Vlaamse Gemeenschap van België te bevorderen door steun aan onderzoekers, om hen toe te laten zich aan wetenschappelijk onderzoek te wijden, en aan instellingen om onderzoekseenheden uit te rusten of te laten functioneren" (artikel 1, eerste lid, van de statuten). De raad van bestuur van het FWO bestaat uit de rectoren en vertegenwoordigers van de meeste universiteiten, de Vast Secretaris van de Koninklijke Vlaamse Academie van België voor Wetenschappen en Kunsten, de Voorzitter van de Koninklijke Academie voor Geneeskunde van België, de Commandant van de Koninklijke Militaire School ⁽¹⁰⁾ en een aantal gecoöpteerde leden, waaronder onder meer twee ambtenaren-generaal van het Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap, aangesteld met instemming van de Vlaamse Regering (artikel 3 van de statuten).

3. De vraag rijst of het toelaatbaar is om het FWO, een privaatrechtelijk organisme opgericht op initiatief van de universiteiten, te "erkennen" - dus te kwalificeren - als een privaatrechtelijk vormgegeven EVA, d.w.z. als een openbare dienst. Daardoor wordt het FWO immers omgevormd van een private rechtspersoon, aan het beheer waarvan ook de Vlaamse Gemeenschap deelneemt, tot een gedecentraliseerde instelling van de Vlaamse Gemeenschap in de zin van artikel 9 van de bijzondere wet van

⁽⁹⁾ Voorheen: Nationaal Fonds voor Wetenschappelijk Onderzoek (NFWO). Het NFWO is in 1928 opgericht door de Universitaire Stichting.

⁽¹⁰⁾ Dit lid heeft slechts raadgevende stem.

8 augustus 1980. Het gevolg daarvan is onder meer dat de instelling onderworpen is aan het administratief toezicht van de Vlaamse Gemeenschap en dat bij het vaststellen van het administratief en geldelijk statuut van het personeel rekening gehouden moet worden met de algemene principes van het statuut van het rijkspersoneel welke van rechtswege van toepassing zijn ⁽¹¹⁾.

De overheid mag een niet-essentiële overheidstaak opdragen aan een stichting die buiten haar toedoen om, louter op privé-initiatief tot stand is gekomen of tot stand wordt gebracht, en die zij, met het oog op het vervullen van die taak, erkent en subsidieert. De overheid is daarbij uiteraard gerechtigd om de voorwaarden te bepalen waaraan zulke stichtingen moeten voldoen om te kunnen worden erkend en gesubsidieerd, met het oog op de uitvoering van de hun toevertrouwde taken. Die erkennings- en subsidiëringsvoorwaarden 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 dat de erkenning wordt ingetrokken, de subsidiëring wordt stopgezet, of dat de subsidies worden teruggevorderd die niet werden aangewend voor het doel waarvoor ze werden verleend. De erkennings- en subsidiëringsvoorwaarden mogen niet erop neerkomen dat, in strijd met essentiële bepalingen van de voornoemde vzw-wet van 27 juni 1921, regels worden vastgesteld die op ingrijpende wijze het bestaan, de organisatie en de werking van de betrokken stichtingen raken of die op een algemene wijze een administratief toezicht op die verenigingen organiseren dat rechtens alleen toelaatbaar is ten aanzien van gedecentraliseerde overheidsdiensten.

Hoewel in het ontwerp formeel sprake is van erkenning (artikel 15, § 2) en van subsidiëring (artikel 16), vertoont de ontworpen regeling manifest niet de kenmerken van een erkennings- en subsidiëringsregeling als hiervoor omschreven. Het ontwerp beperkt er zich in werkelijkheid niet toe aan een op privé-initiatief, dit is zonder overheidsinmenging, tot stand gekomen stichting de bedoelde overheidstaak - een openbare dienst in de functionele betekenis van die term - op te dragen. De ontworpen regeling komt er integendeel op neer dat de stichting van overheidswege wordt

⁽¹¹⁾ 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.

omgevormd tot een openbare dienst - in de organieke betekenis van die term. Dit komt neer op een "verstaatsing" van een private stichting. Daarbij komt dat het ontwerp verscheidene dwingende bepalingen bevat die niet bestaanbaar zijn met de principiële vrijheid van de stichters om in de statuten een aantal essentiële aspecten van de stichting te regelen.

De Vlaamse Regering wordt immers niet alleen gemachtigd om aan het bestuur van het FWO deel te nemen, het ontwerp erkent het FWO uitdrukkelijk als een EVA, bepaalt wie minstens lid moet zijn van de raad van bestuur en over welke kwaliteiten die bestuursleden dienen te beschikken, bepaalt op welke wijze de secretaris-generaal wordt benoemd en ontslagen, regelt omstandig het toezicht - dat zelfs een vernietigingsmogelijkheid impliceert - en verplicht het FWO de kosten van de regeringsafgevaardigden ten laste te nemen, terwijl de Vlaamse Regering zelf de rechtspositionele voorwaarden bepaalt waaraan die regeringsafgevaardigden zijn onderworpen.

Aangezien de vzw-wet de concrete invulling is van de grondwettelijk gewaarborgde vrijheid van vereniging, staat de regeling die de stellers van het ontwerp voor ogen hebben op gespannen voet met de vrijheid van vereniging die is gewaarborgd door artikel 27 van de Grondwet.

4. Om geen inbreuk te plegen op de vrijheid van vereniging, wordt ter overweging gegeven om bij decreet niet te raken aan de bestaande stichting van openbaar nut FWO en om, los van die stichting, een EVA op te richten. Het staat de decreetgever uiteraard vrij om bij het beheer van die EVA bijvoorbeeld de universiteiten van de Vlaamse Gemeenschap te betrekken.

Anderzijds staat het het Federaal Fonds voor Wetenschappelijk Onderzoek vrij om de stichting FWO eventueel op te heffen en te ontbinden. Als daartoe zou worden overgegaan dient, ter uitvoering van artikel 27 van de statuten, de Vlaamse Regering de goederen van de stichting toe te kennen "aan de universiteiten in de Vlaamse Gemeenschap, ten einde er het fundamenteel wetenschappelijk onderzoek mee te bevorderen".

III. Gekozen rechtsfiguur: stichting (van openbaar nut)

Naast de vraag naar de verenigbaarheid van de ontworpen regeling met de vrijheid van vereniging, rijst nog de vraag of de stichting, zoals geconcipieerd in het ontwerp, wel verenigbaar is met de rechtsfiguur van de stichting die de wetgever met de wet van 27 juni 1921 voor ogen heeft gehad en of de stichting in dit geval de aangepaste rechtsfiguur is voor hetgeen de stellers van het ontwerp in werkelijkheid beogen.

In tegenstelling met wat bepaald is in artikel 28, 3/ en 5/, van de voornoemde wet van 27 juni 1921, zullen het statutair doel waarvoor de stichting werd opgericht en de activiteiten om dit doel te bereiken, voortaan bij decreet zijn bepaald (zie de artikelen 17 en 18 van het ontwerp) en zal de samenstelling van bestuursorganen verregaand worden geregeld (artikelen 19 en 20). Voorts zal de Vlaamse Regering bepalen onder welke voorwaarden het vermogen van de stichting zal mogen worden aangewend om financiële steun aan onderzoekers te verlenen (artikel 18, § 3). Bovendien is een stichting in de zin van de voornoemde wet van 27 juni 1921 een rechtspersoon waarop de Regering slechts een (beperkt) recht van toezicht heeft. De regering mag in het beheer van de stichting niet tussenbeide komen noch haar beslissingen wijzigen of vernietigen. Een vorm van toezicht, die in het ontwerp de vorm aanneemt van administratief toezicht, is dan ook niet verenigbaar met het statuut van een stichting.

De conclusie is daarom dat met de ontworpen regeling op verschillende plaatsen wordt afgeweken van de bepalingen van de voornoemde wet van 27 juni 1921 en de stichting in ruime mate aan een inmenging van overheidswege zal worden onderworpen waardoor de figuur van de stichting wordt gedenatureerd. De stellers van het ontwerp zullen daarom de ontworpen regeling aan een nieuw onderzoek dienen te onderwerpen en zullen moeten nagaan of niet veeleer een andere, meer adequate rechtsfiguur moet worden gekozen.

IV. Overeenstemming met de essentiële bepalingen van het vennootschaps- of verenigingsrecht

1. Bij de keuze voor een privaatrechtelijk procédé mag de decreetgever in beginsel niet afwijken van de federale wetgeving inzake het oprichten van verenigingen

.../...

en de federale vennootschapswetgeving die krachtens artikel 6, § 1, VI, vijfde lid, 5/, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot de bevoegdheid van de federale overheid behoort. Een dergelijke afwijkende regeling kan slechts tot stand worden gebracht met toepassing van artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980. Krachtens dat artikel kunnen de decreten bepalingen bevatten in aangelegenheden waarvoor niet de decreetgever maar de federale wetgeving in beginsel bevoegd is. Daartoe is echter vereist dat een dergelijke regeling noodzakelijk is voor de uitoefening van de bevoegdheden van het gewest of de gemeenschap, dat die aangelegenheid zich tot een gedifferentieerde regeling leent en dat de weerslag van de betrokken bepalingen op die aangelegenheid slechts marginaal is.

2. Toegepast op de bepalingen met betrekking tot de strategische onderzoekscentra, dient vastgesteld te worden dat met de bepalingen die betrekking hebben op de samenstelling van de bestuursorganen van de rechtspersonen en het toezichtsmechanisme, wordt afgeweken van essentiële elementen van de vzw-wet. De Raad van State, afdeling wetgeving, heeft er wat dit laatste punt betreft immers herhaaldelijk op gewezen dat wanneer het betrokken organisme een privaatrechtelijk statuut heeft, het toezicht moeilijk de vorm kan aannemen van het klassieke administratief toezicht, d.w.z. het toezicht op de wettigheid en de overeenstemming met het algemeen belang van de genomen beslissingen, door middel van schorsing en vernietiging van de door dat organisme gestelde handelingen. Veeleer moet aangenomen worden dat de decreetgever moet voorzien in een aan de rechtsvorm van de vereniging aangepaste overheidscontrole.

In de memorie van toelichting bij het ontwerp zal derhalve de noodzaak om een beroep te doen op artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 moeten worden verantwoord en zal moeten worden aangetoond dat de hierboven aangehaalde aangelegenheid zich tot een gedifferentieerde regeling leent en dat de weerslag van de betrokken bepalingen op die aangelegenheid slechts marginaal is.

3. Toegepast op vzw 'Flanders Technology International' en vzw 'Flanders, District of Creativity', lijken een aantal bepalingen in strijd met de essentiële bepalingen van de vzw-wet, met name het bij decreet bepalen van het maatschappelijk doel - dat

.../...

overigens telkens hetzelfde is als het doel van de reeds bestaande rechtspersonen - en het bij decreet opleggen dat de raad van bestuur ten minste uit een meerderheid van vertegenwoordigers van de Vlaamse Regering bestaat (artikel 57).

V. Overeenstemming met de beginselen die de verhouding tussen de wetgevende en de uitvoerende macht regelen

Het ontwerp bevat verschillende opdrachten aan de Vlaamse Regering. Sommige van die opdrachten zijn duidelijk verordenend van aard, terwijl andere opdrachten dienen te worden uitgevoerd door middel van het sluiten van een beheers- of samenwerkingsovereenkomst of convenant met de betrokken instellingen.

a) Delegatie van verordenende bevoegdheid door de decreetgever

1. De geoorloofdheid van deze opdrachten moet in beginsel anders worden beoordeeld naargelang de geregelde aangelegenheid al dan niet is voorbehouden aan de formele wetgever.

2.1. Uit artikel 9 van de bijzondere wet vloeit voort dat de decreetgever zelf de essentiële elementen van de oprichting, de samenstelling, de werking en het toezicht dient te regelen, en die aangelegenheden niet kan toevertrouwen aan de Vlaamse Regering.

De machtiging aan de Vlaamse Regering om bijzondere opdrachten aan het IWT (artikel 5, § 2) en het FWO (artikel 18, § 2) toe te kennen lijkt aanvaardbaar, nu die moeten passen binnen de decretaal omschreven missie en taken van beide instellingen.

De machtigingen aan de Vlaamse Regering om de deontologische regels, de rechtspositionele regels en de vergoeding van de regeringsafgevaardigden te bepalen bij het FWO en de strategische onderzoeksfondsen (althans het VITO) lijkt te ruim. Op die punten bevat het ontwerp geen essentiële elementen, hoewel die regels essentieel zijn voor de aard van het uitgeoefende toezicht.

Over de delegaties in artikel 33, tweede lid, en 58, tweede lid, van het ontwerp, om de nadere regelen te bepalen op het vlak van de samenstelling van de raden van bestuur, kan het volgende worden opgemerkt. Zo die bepalingen moeten worden begrepen als een louter herhalen van de bij artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 aan de Regering toegekende algemene uitvoeringsbevoegdheid, zijn ze volkomen overbodig en dienen ze te worden weggelaten. In het andere geval dient nader gepreciseerd te worden welke aspecten de Vlaamse Regering nader kan regelen omdat sommige van de opgesomde aspecten wel degelijk betrekking kunnen hebben op essentiële elementen van de subsidieregeling.

2.2. Zoals hierboven reeds werd aangestipt, zijn sommige bepalingen van het ontwerp als onderwijsaangelegenheid te bestempelen. Op die aangelegenheden is artikel 24, § 5, van de Grondwet van toepassing, dat stelt dat de inrichting, erkenning en subsidiëring van het onderwijs wordt geregeld door het decreet.

Volgens het Grondwettelijk Hof vertaalt die bepaling de wil van de Grondwetgever om aan de bevoegde wetgever de zorg voor te behouden om de essentiële elementen van het onderwijs te regelen wat betreft de inrichting, de erkenning en de subsidiëring ervan. Artikel 24, § 5, van de Grondwet vereist dat die gedelegeerde bevoegdheden enkel betrekking hebben op de nadere uitwerking van de principes die de decreetgever zelf heeft aangenomen. Via die bevoegdheden kan de Gemeenschapsregering niet de onnauwkeurigheid van die principes verhelpen of onvoldoende gedetailleerde opties verfijnen ⁽¹²⁾.

2.2.1. Ook de financiering van het FWO is als een onderwijsaangelegenheid te beschouwen.

Uit artikel 16 van het ontwerp volgt dat het FWO jaarlijks een dotatie ontvangt. De Vlaamse Regering krijgt terzake geen bevoegdheid om aan de dotatie nadere voorwaarden te verbinden, terwijl de inhoudelijke regels voor de financiering van het FWO bepaald worden in de artikelen 167, 168 en 169 van het decreet van 12 juni 1991 betreffende de universiteiten in de Vlaamse Gemeenschap. De regeling kan aldus in overeenstemming worden geacht met het legaliteitsbeginsel in onderwijszaken.

⁽¹²⁾ Zie bijv.: Grondwettelijk Hof, 30 oktober 2008, nr. 142/2008, B.3.

2.2.2. Wat de industriële onderzoeksfonds betreft, heeft de Raad van State in advies 45.314/1/3 van 16 oktober 2008 het volgende opgemerkt:

"De ontworpen bepaling neemt in grote mate de regeling over die in de geldende versie van artikel 74*bis* van het decreet van 20 december 2002 houdende bepalingen tot begeleiding van de begroting 2003 voorkomt. Eén van de wijzigingen is echter dat de parameters die worden gebruikt om het gewogen aandeel van elke universiteit of associatie te bepalen, volledig aan de Vlaamse Regering wordt overgelaten, terwijl in de huidige regeling een aantal richtinggevende elementen voor het bepalen van die parameters in het decreet zelf zijn vastgesteld.

Nu de betrokken bepalingen betrekking hebben op het wetenschappelijk onderzoek aan de universiteiten (en hogescholen), is de betrokken aangelegenheid te beschouwen als een regeling inzake de inrichting en subsidiëring van het onderwijs. Uit artikel 24, § 5 van de Grondwet volgt dat de essentiële elementen van de regeling bij decreet dienen te worden geregeld. Weliswaar kan de decreetgever opdrachten geven aan uitvoerende overheden, maar de door de decreetgever verleende opdrachten kunnen slechts op de tenuitvoerlegging van de door de decreetgever zelf vastgestelde beginselen betrekking hebben. Via die opdrachten kan een gemeenschapsregering of een andere overheid de onnauwkeurigheid van die beginselen niet opvangen of onvoldoende omstandige beleidskeuzes niet verfijnen⁽¹³⁾.

De opdracht aan de Vlaamse Regering om de parameters voor het bepalen van het procentuele aandeel van de betrokken universiteit of associatie te bepalen en om de weging ervan vast te stellen, staat op gespannen voet met artikel 24, § 5, van de Grondwet.

Weliswaar volgt uit het ontworpen artikel 74*bis*, § 1, tweede lid, dat die opdracht beperkt is omdat de subsidies «jaarlijks» en «binnen de perken van de begrotingskredieten» worden toegekend, maar door de wijze waarop de machtiging is geformuleerd, wordt de Vlaamse Regering gemachtigd om structureel de verdelingswijze van de middelen vast te leggen, zonder dat het decreet zelf ook maar één aanduiding geeft over de verdelingswijze van de middelen of over de in dat verband te gebruiken parameters"⁽¹⁴⁾.

In vergelijking met de tekst die toen aan de Raad van State werd voorgelegd, bepaalt het ontwerp nu dat de paramaters "betrekking hebben op de prestaties van de associaties inzake wetenschappelijk onderzoek, contractonderzoek en valorisatie van onderzoeksresultaten" (artikel 59, § 4). Vastgesteld dient te worden dat de decreetgever wel enige aanduiding geeft over de aard van de parameters, maar dat hij aan

⁽¹³⁾ Zie bijvoorbeeld Grondwettelijk Hof, arrest nr. 56/2008, 19 maart 2008, B.12.2.2.

⁽¹⁴⁾ *Parl. St.*, Vl. Parl., 2008-2009, nr. 1894/1, 96.

de Regering een ruime beleidsvrijheid laat. Op dit punt dient daarom een voorbehoud te worden geformuleerd ⁽¹⁵⁾.

Zo de artikelen 60, laatste lid, en 61, die de Vlaamse Regering opdragen om "nadere regelen" te bepalen, moeten worden begrepen als een louter herhalen van de bij artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 aan de Regering toegekende algemene uitvoeringsbevoegdheid, zijn ze volkomen overbodig en dienen ze te worden weggelaten. In het andere geval dient nader gepreciseerd te worden welke aspecten de Vlaamse Regering nader kan regelen omdat sommige van de opgesomde aspecten wel degelijk betrekking kunnen hebben op essentiële elementen van de subsidiëregeling.

2.2.3. De machtiging in artikel 62, tweede lid, van het ontwerp is te ruim. Aangezien noch de taak van de expertisecellen, noch de aard van de subsidiëeringsvoorwaarden worden bepaald, hebben de stellers van het ontwerp nagelaten de essentiële elementen van de betrokken aangelegenheid te regelen.

3. Wat de niet aan de formele wetgever voorbehouden aangelegenheden betreft, dient te worden opgemerkt dat de in artikel 5, § 4, eerste lid, van het ontwerp aan de Vlaamse Regering verleende delegatie te ruim is. Om in overeenstemming te zijn met de beginselen die de verhouding tussen de wetgevende en de uitvoerende macht beheersen, zouden in het ontwerp de essentiële regels moeten worden opgenomen die het verlenen van steun door het IWT beheersen.

b) Delegatie via een contractueel procédé

1. Op verschillende plaatsen in het ontwerp gaat het toekennen van opdrachten of het deelnemen aan de instelling gepaard met het sluiten van een beheers- of samenwerkingsovereenkomst of een convenant.

⁽¹⁵⁾ In dit verband is het nuttig er op te wijzen dat artikel 74*bis* van het decreet van 20 december 2002 houdende bepalingen tot begeleiding van de begroting 2003, dat de geldende regeling inzake industriële onderzoeksfondsen bevat, vijf parameters nauwkeurig omschrijft en bepaalt welke paramaters het grootste gewicht moeten krijgen.

2. Het sluiten van dergelijke overeenkomsten is in de eerste plaats problematisch indien bij wege van dergelijke overeenkomst verordenende bevoegdheid wordt uitgeoefend ten aanzien van derden.

Dat is bijvoorbeeld het geval in artikel 12, 9/, van het ontwerp. Uit die bepaling volgt dat de beheersovereenkomst die het IWT met de Vlaamse Regering sluit onder meer de vergoedingen voor prestaties aan derden zal bepalen.

Er dient te worden aan herinnerd dat krachtens artikel 173 van de Grondwet de decreetgever zelf de gevallen moet preciseren waarin een retributie is verschuldigd en dat hij tevens de bijdrageplichtigen ervan dient aan te wijzen ⁽¹⁶⁾. In zoverre de in artikel 12, 9/, bedoelde "vergoedingen voor prestaties aan derden" retributies zouden uitmaken - en dus geen contractuele grondslag hebben - dienen de zo-even in herinnering gebrachte beginselen in acht te worden genomen, wat impliceert dat artikel 12, 9/, niet zo mag worden geïnterpreteerd dat het zou toelaten dat in de beheersovereenkomst nieuwe gevallen worden bepaald waarin een retributie is verschuldigd.

3.1. Het sluiten van dergelijke overeenkomsten is daarnaast problematisch indien het decreet niet zelf in voldoende mate de essentiële voorwaarden bepaalt waaronder die steun kan worden verleend.

De Raad van State heeft in het verleden herhaaldelijk benadrukt dat de beginselen die de bevoegdheidverdeling tussen de wetgevende en de uitvoerende macht beheersen vereisen dat de wetgever de basisregels vaststelt die de normalerwijze door hem te regelen aangelegenheden beheersen en dat de aard van de bij overeenkomst te verstrekken steun en de essentiële voorwaarden waaronder die steun kan worden verleend, in het ontwerp zelf moeten worden bepaald. Derhalve lijken de essentiële voorwaarden waaronder in het kader van de convenanten bedoeld in de artikelen 35, 56 en 57 subsidies worden verleend, in het decreet beter te moeten worden uitgewerkt. Dit geldt in het bijzonder voor de strafmaatregelen bedoeld in artikel 35 van het ontwerp.

3.2. Dat de essentiële voorwaarden van de steunverlening in het decreet moeten worden geregeld, geldt des te meer indien de overeenkomst gesloten wordt met

⁽¹⁶⁾ Zie J. VELAERS, *De Grondwet en de Raad van State, afdeling wetgeving*, Antwerpen, Maklu, 1999, 615, met verwijzingen.

instellingen die actief zijn in een aangelegenheid die aan de decreetgever is voorbehouden. Zo volgt uit artikel 24, § 5, van de Grondwet dat de decreetgever de (inhoudelijke) criteria op grond waarvan de Regering subsidies kan verlenen, zelf moet vaststellen. De artikelen 63 en volgende m.b.t. het postinitieel onderwijs ⁽¹⁷⁾ bevatten op dit punt geen enkele aanduiding. Er worden enkel aangelegenheden opgesomd waarover afspraken moeten worden gemaakt, zonder dat bij elk van die aangelegenheden concrete aanduidingen worden gegeven met betrekking tot de inhoud van die afspraken.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 53

Artikel 53 van het ontwerp herneemt artikel 37 van het decreet van 23 januari 1991 betreffende de Vlaamse Instelling voor Technologisch Onderzoek. Gelet op het gegeven dat het om een overgangsbepaling gaat die de overdracht van SCK-personeel naar het VITO regelt en die overdracht wellicht is afgerond, rijst de vraag wat het nut is om deze bepaling opnieuw op te nemen.

Artikel 56

In artikel 56 van het ontwerp wordt verwezen naar "richtlijn 80/723/EEG". Die richtlijn is ingetrokken bij richtlijn 2006/111/EG van de Commissie van de Europese Gemeenschappen van 16 november 2006 betreffende de doorzichtigheid in de financiële betrekkingen tussen lidstaten en openbare bedrijven en de financiële doorzichtigheid binnen bepaalde ondernemingen. De verwijzing zal derhalve moeten worden gecorrigeerd. De bepaling dat 'Flanders Technology International' zich zo moet organiseren dat op elk moment voldaan wordt aan de vereisten van de richtlijn, volstaat op zich overigens niet om de betrokken richtlijn om te zetten.

⁽¹⁷⁾ Over de toepasselijkheid van artikel 24, § 5, van de Grondwet, zie advies 28.729/1 van 2 maart 1999 over een voorontwerp van decreet "betreffende sommige instellingen van openbaar nut voor postinitieel onderwijs, wetenschappelijk onderzoek en wetenschappelijke dienstverlening" (*Parl. St.*, Vl. Parl., 1998-99, nr. 1362/1, 45).

Artikel 59

Behalve het element dat industriële onderzoeksfondsen enkel bij een associatie kunnen worden opgericht, is de ontworpen regeling nagenoeg identiek aan de tekst van artikel 74*bis* van het decreet van 20 december 2002 houdende bepalingen tot begeleiding van de begroting 2003, zoals die vervangen wordt bij artikel 71 van het decreet houdende bepalingen tot begeleiding van de begroting 2009 ⁽¹⁸⁾.

Het spreekt voor zich dat artikel 59 van het ontwerp in het licht hiervan zal moeten worden herbekeken.

Artikel 66

Aan het einde van het eerste lid van artikel 66 van het ontwerp is sprake van een "coördinatiemachtiging". Aangezien de machtiging geen machtiging tot coördinatie in de strikte zin is, kan men beter "machtiging" schrijven in plaats van "coördinatiemachtiging".

⁽¹⁸⁾ *Parl. St.*, Vl. Parl., 2008-2009, nr. 1894/16 (tekst aangenomen door de commissies), 17-18.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	M. VAN DAMME,	kamervoorzitter,
	J. BAERT,	
	W. VAN VAERENBERGH,	staatsraden,
	M. TISON,	assessor van de afdeling wetgeving,
Mevrouw	A. BECKERS,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de H. P. DEPUYDT, eerste auditeur-afdelingshoofd en de H. B. STEEN, auditeur.

DE GRIFFIER,

DE VOORZITTER,

A. BECKERS

M. VAN DAMME