KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 46.363/3
VAN 7 MEI 2009

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling Wetgeving, derde kamer, op 2 april 2009 door de Vlaamse minister van Institutionele Hervormingen, Bestuurszaken, Buitenlands Beleid, Media, Toerisme, Havens, Landbouw, Zeevisserij en Plattelandsbeleid verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering "tot wijziging van het Vlaams personeelsstatuut van 13 januari 2006, wat betreft inhoudelijke en technische aanpassingen", 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 toegespitst op 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 ONTWERP

2. Het om advies voorgelegde ontwerpbesluit strekt tot het aanbrengen van talrijke wijzigingen van uiteenlopende aard aan het besluit van de Vlaamse Regering van 13 januari 2006 houdende vaststelling van de rechtspositie van het personeel van de diensten van de Vlaamse Regering (Vlaams personeelsstatuut - hierna: VPS).

3. Voor wat de toepassing betreft op de departementen en de intern verzelfstandigde agentschappen zonder rechtspersoonlijkheid, vindt het ontworpen besluit in de eerste plaats rechtsgrond in artikel 87, §§ 1 en 3, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen. Een specifieke rechtsgrond hiervoor vindt het ontworpen besluit voorts in artikel 5 van het kaderdecreet bestuurlijk beleid van 18 juli 2003 (hierna: het kaderdecreet).

Voor wat de toepassing betreft op de intern verzelfstandigde agentschappen met rechtspersoonlijkheid en de publiekrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigde agentschappen, vindt het ontworpen besluit in beginsel rechtsgrond in artikel 5 van het kaderdecreet.

Voor wat de toepassing betreft op de strategische adviesraden, vindt het ontworpen besluit rechtsgrond in artikel 12, derde lid, van het decreet van 18 juli 2003 tot regeling van strategische adviesraden.

Wat deze agentschappen en adviesraden betreft, moet bovendien de rechtsgrond voor de betreffende bepalingen van het ontworpen besluit worden gezocht in de decreten tot oprichting van die agentschappen, respectievelijk van die adviesraden.

Voor wat de toepassing betreft op het personeel van de administratieve diensten van de Raad van het Gemeenschapsonderwijs, vindt het ontworpen besluit rechtsgrond in artikel 67, § 2, van het bijzonder decreet van 14 juli 1998 betreffende het gemeenschapsonderwijs.

ALGEMENE OPMERKINGEN

4. Met de artikelen 22, 33 en 45, 3/, van het ontwerp wordt beoogd een punctuele wijziging aan te brengen in bepalingen die een rol aan Jobpunt Vlaanderen toekennen bij de werving van ambtenaren.

In dit verband dient eraan te worden herinnerd dat het statutaire personeel van de diensten van de gemeenschaps- en gewestregeringen dient te worden aangeworven door bemiddeling van SELOR. De rol van Jobpunt Vlaanderen kan derhalve niet slaan op de "bemiddeling" zelf; volgens het Grondwettelijk Hof vereist artikel 87, § 2, eerste lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen 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 is een bepaling die SELOR elke inrichtingsbevoegdheid ontneemt in strijd met de laatstgenoemde bepaling, ook al wordt in een samenwerking met SELOR voorzien [(1)].

5. Nog met betrekking tot de rol van Jobpunt Vlaanderen bij de selectie van personeel en bij de evaluatie ervan, dient te worden herinnerd aan opmerkingen 4.1 tot 4.3.2 uit advies 44.432/3 van 13 mei 2008 [(2)], die luiden:

---

(1) Grondwettelijk Hof, nr. 96/2005, 1 juni 2005, B.10 en B.12.3.

(2) Advies bij een voorontwerp van het decreet dat heeft geleid tot het decreet van 12 december 2008 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 en het 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, *Parl. St.*, Vl. Parl., 2007-2008, nr. 1827/1, blz. 22-25.

.../...

"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:

«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)].

---

(3) Memorie van toelichting, p. 2.

(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.

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.

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].

---

(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.

(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.

.../...

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 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."

6. Op verschillende plaatsen van het ontwerp dient beter te worden aangegeven waar de ontworpen wijzigingen dienen te worden aangebracht (zo in de artikelen 15, 20, 36, 64, 83, 87 en 133 ervan). Het ontwerp verdient op dit vlak een bijkomend nazicht.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

.../...

Aanhef

7. In de aanhef dient tevens melding te worden gemaakt van de rechtsgrond biedende bepalingen in de oprichtingsdecreten van de agentschappen en de strategische adviesraden waarop het VPS van toepassing is.

Artikel 12

8. Met artikel 12, 1/, van het ontwerp wordt de wijziging beoogd van artikel III 8 van het VPS, waarin wordt bepaald in welke gevallen de selector kandidaten kan uitsluiten van deelname aan de basisselectie. Luidens de gewijzigde tekst kunnen kandidaten onder meer worden uitgesloten wanneer ze niet voldoen aan "de statutaire voorwaarden". Dat begrip wordt niet gedefinieerd en is evenmin een gangbaar begrip. De gemachtigde verschafte erover de volgende toelichting:

> "De «statutaire voorwaarden» bij een aanwervingsprocedure zijn de objectieve voorwaarden waaraan een kandidaat overeenkomstig het statuut (het VPS van 13 januari 2006) moet voldoen om te mogen deelnemen aan een aanwervingsprocedure, vb. de burgerlijke en politieke rechten genieten (artikel III 1), of het diploma of getuigschrift bezitten dat overeenstemt met het administratief niveau van de functie (artikel III 2)".

Gelet op die toelichting kan beter gewag worden gemaakt van "aanwervings- en toelatingsvoorwaarden", tenzij men het begrip "statutaire voorwaarden" zou definiëren.

Eenzelfde opmerking geldt ten aanzien van het ontworpen artikel VI 75, § 2, eerste lid, van het VPS (artikel 82 van het ontwerp).

Artikel 63

9. Artikel 63, 1/, van het ontwerp strekt tot het invoeren van een regeling waardoor het personeelslid dat een beroep doet op de interfederale mobiliteit en een competentietoelage genoot, vijftig percent van die toelage in rekening kan brengen voor de berekening van het minimumsalaris waarop de betrokkene zal worden ingeschaald. Luidens het ontworpen artikel VI 30*decies*, § 4, van het VPS (artikel 63, 2/, van het

ontwerp) is die bepaling niet van toepassing op ambtenaren die afkomstig zijn van in het ontworpen artikel VI 30*ter*, § 2, 3/, bedoelde instellingen.

De ontworpen bepalingen voeren derhalve een verschil in behandeling in naargelang de vroegere werkgever van de ambtenaar. Volgens de artikelsgewijze bespreking wordt aldus beoogd "een ongezonde concurrentie te vermijden binnen de Vlaamse administratie", maar het kan ten zeerste worden betwijfeld of dit een afdoende verantwoording is in het licht van het grondwettelijke beginsel van de gelijkheid en de niet-discriminatie. Tenzij ervoor alsnog een meer afdoende verantwoording kan worden gegeven, dient het ontworpen artikel VI 30*decies*, § 4, te vervallen.

Artikel 115

10. *In fine* van het ontworpen artikel VII 70*quinquies*, § 3, van het VPS wordt bepaald dat de erin bedoelde toelagen kunnen worden herzien bij wijziging van de arbeidsmarktsituatie. Die bepaling is geheel overbodig en dient derhalve te worden weggelaten; de Vlaamse Regering kan immers te allen tijde bepalingen uit het VPS wijzigen met het oog op het realiseren van gelijk welke beleidsdoelstelling.

Artikel 121

11. Artikel VII 91 van het VPS is niet onderverdeeld in leden, zodat in artikel 121, 1/, van het ontwerp gewag dient te worden gemaakt van "de inleidende zin", en niet van "het eerste lid".

Artikelen 124 en 127

12. In de ontworpen artikelen VII 100*bis* en VII 109*sexies* van het VPS dient te worden aangegeven op grond van welke criteria de lijnmanager beslist over de erin bedoelde tegemoetkomingen.

Artikel 125

13. De aan de Vlaamse minister, bevoegd voor de bestuurszaken, bij het te wijzigen artikel VII 102, § 7, van het VPS toegekende bevoegdheid dient te worden uitgeoefend door middel van een ministerieel besluit in plaats van door middel van een rondzendbrief.

Artikel 131

14. Bij het ontworpen artikel VII 154 van het VPS kan een gelijkaardige opmerking worden gemaakt als bij het ontworpen artikel VII 70*quinquies*, § 3, van het VPS (artikel 115 van het ontwerp - zie opmerking 10).

Artikel 163

15. Krachtens zijn artikel 163 treedt het besluit dat thans in ontwerpvorm voorligt, behoudens een aantal uitzonderingen, in werking op de datum van goedkeuring ervan voor de entiteiten, raden en instellingen die op die datum "reeds in werking zijn getreden".

Die regeling strookt niet met de vereisten inzake rechtszekerheid en transparantie van de regelgeving.

Zolang het ontworpen besluit niet is bekendgemaakt, weten de rechtsonderhorigen immers niet wanneer het besluit door de Vlaamse Regering goedgekeurd werd, en kunnen zij niet weten dat het besluit in werking is getreden. Opdat het ontworpen besluit zou voldoen aan de eisen inzake rechtszekerheid, is het nodig voor de bedoelde entiteiten, raden en instellingen de gebruikelijke termijn van inwerkingtreding van besluiten te laten gelden, of, zo daarvoor een verantwoording bestaat, te bepalen dat het besluit voor hen in werking treedt op de dag van de bekendmaking ervan in het Belgisch Staatsblad.

16. Uit artikel 163 van het ontwerp blijkt dat aan een aantal bepalingen retroactiviteit zal worden verleend [(10)].

In dit verband moet worden opgemerkt dat het verlenen van terugwerkende kracht aan besluiten slechts onder bepaalde voorwaarden geoorloofd is, met name ingeval er voor de retroactiviteit een wettelijke grondslag bestaat, de retroactiviteit betrekking heeft op een regeling die, met inachtneming van het gelijkheidsbeginsel, voordelen toekent, of in zoverre de retroactiviteit noodzakelijk is voor de goede werking van de diensten en daardoor, in beginsel, geen verkregen situaties worden aangetast.

Enkel indien de retroactiviteit van de ontworpen regeling in één van de opgesomde gevallen valt in te passen, kan deze worden gebillijkt. Bij ontstentenis van een voldoende inzicht in de terzake relevante feitelijke gegevens, kan de Raad van State zich daarover niet uitspreken. De stellers van het ontwerp dienen na te gaan of effectief aan de zo-even vermelde voorwaarden is voldaan.

---

(10) Op terminologisch vlak dient te worden opgemerkt dat in artikel 163, eerste lid, van het ontwerp dient te worden geschreven "dat uitwerking heeft met ingang van" in plaats van "dat in werking treedt op".

De kamer was samengesteld uit

de Heren	J. SMETS,	staatsraad, voorzitter,
	B. SEUTIN, P. BARRA,	staatsraden,
Mevrouw	M. VERSCHRAEGHEN,	toegevoegd griffier.

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

DE GRIFFIER, DE VOORZITTER,

M. VERSCHRAEGHEN J. SMETS