

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 46.790/1
VAN 25 JUNI 2009

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling Wetgeving, eerste kamer, op 4 juni 2009 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 ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering "tot vaststelling van de regeling van de rechtspositie van het personeel van het Instituut voor de Aanmoediging van innovatie door Wetenschap en Technologie in Vlaanderen", heeft het volgende advies gegeven:

Rekening houdend met het tijdstip waarop dit advies gegeven wordt, vestigt de Raad van State de aandacht op het feit dat, wegens het ontslag van de Vlaamse Regering, de bevoegdheid van deze laatste beperkt is tot het afhandelen van de lopende zaken. Dit advies wordt evenwel gegeven zonder dat wordt nagegaan of dit ontwerp in die beperkte bevoegdheid kan worden ingepast, aangezien de afdeling Wetgeving geen kennis heeft van het geheel van de feitelijke gegevens welke de Regering in aanmerking kan nemen als zij te oordelen heeft of het vaststellen of wijzigen van een verordening noodzakelijk is.

*
* *

STREKKING EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

Het om advies voorgelegde ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering strekt ertoe de rechtspositieregeling vast te stellen van het personeel van het Vlaams Instituut voor de Aanmoediging van Innovatie door Wetenschap en Technologie in Vlaanderen. Het overeenkomstige besluit van de Vlaamse Regering van 10 december 2004 tot vaststelling van de regeling van de rechtspositie van het personeel van het Vlaams Instituut voor de Aanmoediging van Innovatie door Wetenschap en Technologie wordt opgeheven.

De ontworpen regeling vindt rechtsgrond in de artikelen 18 en 23, tweede lid, van het decreet van 23 januari 1991 betreffende de oprichting van een Instituut voor de aanmoediging van Innovatie door Wetenschap en Technologie in Vlaanderen (hierna "IWT-decreet" genoemd).

Artikel 18 van het IWT-decreet draagt de Vlaamse Regering op om het administratief en geldelijk statuut van het statutair personeel te bepalen en om de personeelsformatie van het IWT-Vlaanderen vast te stellen. Artikel 23, tweede lid, van het IWT-decreet bepaalt dat de Vlaamse Regering voor het gespecialiseerd personeel,

.../...

bedoeld in artikel 23, eerste lid, van het decreet ⁽¹⁾, tevens de loopbaan en de verloning vaststelt in overeenstemming met de aard van de functie en de gevraagde kwalificaties.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Aanhef

1. In het eerste lid van de aanhef van het ontwerp wordt tevens melding gemaakt van artikel 17, § 1, van het IWT-decreet. Luidens die bepaling worden de voorzitter van het directiecomité en de directeur-generaal van het IWT-Vlaanderen benoemd door de Vlaamse Regering. Het voornoemde artikel 17, § 1, strekt het ontwerp niet tot rechtsgrond, zodat de vermelding ervan in het eerste lid van de aanhef dient te vervallen.

2. In het derde lid van de aanhef wordt verwezen naar het besluit van de Vlaamse Regering van 13 januari 2006 houdende vaststelling van de rechtspositie van het personeel van de diensten van de Vlaamse overheid. Dat besluit wordt door het ontwerp niet gewijzigd, noch is een verwijzing ernaar noodzakelijk voor een goed begrip van de ontworpen regeling. Het derde lid kan derhalve uit de aanhef worden weggelaten. Oordelen de stellers van het ontwerp het niettemin wenselijk om, rekening houdend met het verband dat bestaat tussen het besluit van 13 januari 2006 en de ontworpen regeling, de verwijzing naar het besluit van 13 januari 2006 in de aanhef te behouden, dan dient dit zonder vermelding van de wijzigende besluiten te gebeuren.

⁽¹⁾ Artikel 23, eerste lid, van het IWT-decreet luidt: "Met het oog op het waarborgen van de noodzakelijke operationaliteit kan de Vlaamse Regering, gedurende een periode van zes maanden vanaf de datum van het in werking treden van het besluit van de Vlaamse Regering tot vaststelling van de personeelsformatie, onder de door haar vast te leggen voorwaarden gespecialiseerd personeel aanwerven op grond van de kwalificaties vastgelegd op grond van een functieomschrijving, en op basis van ervaring, verdiensten en diplomavereisten die onder meer blijken uit een curriculum vitae, zo dat geen indienstneming kan geschieden dan na een openbare omroep tot kandidaten".

Artikel 2

1. Aan het einde van artikel 2, 1/, van het ontwerp moet de zinsnede ", hierna IWT-Vlaanderen te noemen" worden geschrapt.

2. In artikel 2, 9/, moet worden geschreven "of steunen van activiteiten die gespecialiseerde kennis vereisen om ...".

3. In artikel 2, 11/, wordt een omschrijving gegeven van het begrip "gezondheidsindexcijfer". Dat begrip wordt enkel vermeld in artikel 12, vierde lid, van het ontwerp, waarin wordt bepaald dat de toelage "de ontwikkeling (volgt) van het gezondheidsindexcijfer overeenkomstig het Vlaams personeelsstatuut". Het begrip "gezondheidsindexcijfer" wordt evenwel in andere bewoordingen omschreven in artikel I.14 van het Vlaams Personeelsstatuut dan in artikel 2, 11/, van het ontwerp het geval is. Vraag is of in artikel 2, 11/, van het ontwerp wel een omschrijving van het betrokken begrip moet worden opgenomen en of, in het positieve geval, niet voor een omschrijving moet worden geopteerd die beter aansluit op de bewoordingen van de omschrijving van het betrokken begrip in artikel I.14 van het Vlaams Personeelsstatuut.

Artikel 9

Ter wille van de leesbaarheid moet aan het einde van de inleidende zin van artikel 9, 2/, van het ontwerp worden geschreven "... op basis van het vereiste aantal jaren schaalanciënniteit verloopt als volgt:".

Artikel 16

Artikel 16, § 5, eerste lid, van het ontwerp, luidt:

"De directievoorzitter wordt jaarlijks geëvalueerd door de minister, hierin bijgestaan door Jobpunt Vlaanderen. Jobpunt Vlaanderen laat zich bijstaan door een externe instantie. De aanstelling van de externe instantie wordt bekrachtigd

.../...

door de Vlaamse Regering. Bij de evaluatie bevraagt de externe instantie naast de directieleden, de minister en de raad van bestuur".

Met betrekking tot de rol van Jobpunt Vlaanderen bij de evaluatie van de directievoorzitter dient te worden herinnerd aan opmerkingen 4.1 tot 4.3.2 in advies 44.432/3 van 13 mei 2008 ⁽²⁾ die luiden:

"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 5bis 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⁾ 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.

⁽³⁾ voetnoot 3 uit het geciteerde advies: 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.

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

⁽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.

5.2.1. 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 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 also geen privaatrechtelijke deelgenoten meer zal kennen.

⁽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.

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".

Artikel 24

De regeling van inwerkingtreding vermeld in artikel 24, inleidende zin, heeft als nadeel dat, indien de bekendmaking van de regeling op het einde van de maand gebeurt, de bestemmingen ervan zelfs niet over de normale termijn van tien dagen beschikken om zich aan de regeling aan te passen. Vraag is derhalve of de bepaling van inwerkingtreding op dat punt niet best wordt aangepast.

Tevens volgt uit artikel 24 dat aan sommige bepalingen van het ontwerp terugwerkende kracht wordt verleend.

Het verlenen van retroactiviteit aan besluiten is enkel toelaatbaar ingeval voor de retroactiviteit een wettelijke machtiging 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 betrokken bepalingen valt in te passen in één van de voornoemde gevallen kan deze worden gebillijkt.

Bijlage

Aangezien er slechts één bijlage bij het ontwerp is hoeft deze niet te worden genummerd.

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	G. VERBERCKMOES,	griffier.

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

DE GRIFFIER,

DE VOORZITTER,

G. VERBERCKMOES

M. VAN DAMME