



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 59.289/3
van 19 mei 2016

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot wijziging
van artikel 5 van het besluit van de Vlaamse Regering van
24 juli 2009 tot organisatie van de kabinetten van de leden van
de Vlaamse Regering’

Op 19 april 2016 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Buitenlands Beleid en Onroerend Erfgoed verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot wijziging van artikel 5 van het besluit van de Vlaamse Regering van 24 juli 2009 tot organisatie van de kabinetten van de leden van de Vlaamse Regering’.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 10 mei 2016. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Jeroen VAN NIEUWENHOVE en Koen MUYLLE, staatsraden, Jan VELAERS en Johan PUT, assessoren, en Greet VERBERCKMOES, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Raf AERTGEERTS, eerste auditeur-afdelingshoofd.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 19 mei 2016.

*

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 voor advies voorgelegde ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering strekt ertoe het besluit van de Vlaamse Regering van 24 juli 2009 ‘tot organisatie van de kabinetten van de leden van de Vlaamse Regering’ te wijzigen teneinde de kosteloze terbeschikkingstellingen van kabinetsmedewerkers door bedrijven en andere private rechtspersonen uit te sluiten.

Hiertoe wordt in artikel 5 van het besluit van 24 juli 2009 bepaald dat in geen geval medewerkers door bedrijven en private rechtspersonen kosteloos ter beschikking mogen worden gesteld van een kabinet van de Vlaamse Regering (artikel 1 van het ontwerp).

3. Zoals terecht vermeld in het eerste lid van de aanhef, vindt het ontworpen besluit rechtsgrond in artikel 21, eerste lid, van het bijzonder decreet van 7 juli 2006 ‘over de Vlaamse instellingen’, luidens welke bepaling de Vlaamse Regering haar werkwijze regelt, “[o]nverminderd de bepalingen van dit bijzonder decreet en van de bijzondere wet”.

ALGEMENE OPMERKINGEN

4. Uit de nota aan de Vlaamse Regering blijkt dat de uitsluiting van de kosteloze terbeschikkingstelling van kabinetsmedewerkers door bedrijven en andere private rechtspersonen “erop gericht [is], belangenvermenging en andere deontologische problemen te vermijden, en (...) in de lijn [ligt] van de bekommernissen die aanleiding hebben gegeven tot de herziening van het protocol van 4 februari 2009 in 2011”.

Het ontworpen artikel 5, tweede lid, van het besluit van de Vlaamse Regering van 24 juli 2009 sluit evenwel enkel de kosteloze terbeschikkingstelling van kabinetsmedewerkers door bedrijven en andere private rechtspersonen uit. Een niet-kosteloze terbeschikkingstelling is derhalve wel toegelaten, ook al zou die kostprijs niet overeenstemmen met de weddekost die het bedrijf of de private rechtspersoon moet dragen ten gevolge van de tewerkstelling van die persoon.

Gevraagd of in het licht hiervan het nagestreefde doel kan worden bereikt, heeft de gemachtigde het volgende geantwoord:

“Het tegen een laag of symbolisch bedrag ter beschikking stellen van medewerkers is niet mogelijk.

Ingeval medewerkers zouden ter beschikking worden gesteld tegen een lage, quasi symbolische vergoeding, impliceert dit, dat er een terugbetaling van deze vergoeding zou moeten gebeuren ten laste van de kabinetsbegroting. Ook de kabinetten zijn onderworpen aan de controle over de uitgaven: elke uitgave doorloopt een goedkeuringsflow, en voor

elke terugbetaling is een rechtsgrond vereist. Ook zijn de uitgaven onderworpen aan de controle van het Rekenhof.

In casu is er voor zo een uitgave geen enkele rechtsgrond. Elk symbolisch bedrag, hoe klein ook, kan dan ook helemaal niet worden terugbetaald.

Bovendien wordt bij de organisatie van de kabinetten het principe van de begrotingstransparantie gehanteerd. De volledige loonlast van de kabinetsleden wordt aangerekend op de kabinetsbegroting. Dit wordt uiteengezet in de rubriek ‘begrotingstransparantie’ van omzendbrief VR22 betreffende de organisatie van de kabinetten van de leden van de Vlaamse Regering. Het tegen een symbolisch bedrag ter beschikking stellen, zonder dat er sprake is van een detachering of aanstelling cf. art. 4 en 16 van het kabinetsbesluit, druist in tegen dit principe.”

Luidens artikel 4 van het besluit van de Vlaamse Regering van 24 juli 2009 kunnen de personeelsleden van de kabinetten worden gedetacheerd of aangesteld. Een door een bedrijf of private rechtspersoon ter beschikking gestelde kabinetsmedewerker wordt gedetacheerd.¹

Artikel 20, § 2, van het besluit van de Vlaamse Regering van 24 juli 2009 bepaalt ten aanzien van die categorie van personeelsleden:

“De geldelijke toestand van de personeelsleden van een kabinet die niet behoren tot een ministerie, een andere openbare dienst of een gesubsidieerde onderwijsinrichting, wordt als volgt geregeld :

1° Indien de werkgever ermee instemt de betaling van het salaris voort te zetten, ontvangen de personeelsleden een salariscomplement, vastgesteld door de minister binnen de perken van de daartoe toegekende budgettaire middelen. Het bevoegde lid van de Vlaamse Regering stort het salaris van het personeelslid, eventueel verhoogd met de werkgeversbijdragen aan de instelling van herkomst terug.

2° Indien de werkgever de betaling van het salaris stopzet, krijgen de personeelsleden hun salaris in toepassing van artikel 17 van dit besluit.”

Hieruit lijkt te kunnen worden afgeleid dat indien een bedrijf dat of een private rechtspersoon die een kabinetsmedewerker ter beschikking stelt, ermee instemt de betaling van het salaris voort te zetten, het bevoegde lid van de Vlaamse Regering enkel het (volledige) salaris van het betrokken personeelslid aan dat bedrijf of aan die rechtspersoon kan terugbetalen, eventueel verhoogd met de werkgeversbijdrage.

In zoverre het inderdaad niet mogelijk is om een ander bedrag dan het volledige salaris van het personeelslid in kwestie terug te storten, kan worden aangenomen dat, ook al wordt de niet-kosteloze terbeschikkingstelling niet uitdrukkelijk uitgesloten, de ontworpen bepaling aan de door de stellers van het ontwerp nagestreefde doelstelling tegemoetkomt.

5. De uitsluiting van de kosteloze terbeschikkingstelling van kabinetsmedewerkers is enkel van toepassing op “bedrijven en andere private rechtspersonen”. Gevraagd wat met die begrippen wordt bedoeld en of onder “private rechtspersonen” ook rechtspersonen worden

¹ Uit de omzendbrief VR 2015/22 van 12 juni 2015 ‘Organisatie van de kabinetten van de leden van de Vlaamse Regering’ vloeit voort dat ook privé-instellingen personeelsleden naar een kabinet kunnen detacheren.

bedoeld die door de overheid worden opgericht of in een belangrijke mate worden gesubsidieerd, of rechtspersonen die taken van algemeen belang uitoefenen, heeft de gemachtigde het volgende verklaard:

“In de geest van het kabinetsbesluit is kosteloze terbeschikkingstelling over de hele lijn verboden, omwille van het principe van de begrotingstransparantie. Het kabinetsbesluit (inzonderheid art. 4 en 16) en de omzendbrief VR22 beschrijven op welke wijze het personeel op een kabinet kan worden tewerkgesteld. Het personeel kan worden gedetacheerd en de loonlast wordt dan aangerekend op de kabinetsbegroting. Uit de bekommernissen van het Vlaams Parlement bleek dat het kabinetsbesluit niet duidelijk genoeg was inzake de kosteloze terbeschikkingstelling buiten het reguliere kader, en dan vooral als het ging om bedrijven en private rechtspersonen, en het gevaar dat hierachter schuilgaat; er was naar de geest een impliciet, maar naar de letter geen uitdrukkelijk verbod.

Er wordt uitgegaan van de context waarin dit ontwerp is tot stand gekomen en van de bekommernissen die werden geuit door het Vlaams Parlement. In deze context wordt het niet wenselijk geacht om de begrippen strikt af te bakenen vanuit een organiek criterium, een wijze van (mede)financiering, subsidiëring, (mede)participatie, samenstelling, finaliteit of maatschappelijke doelstelling. Elke definiëring houdt het gevaar van een beperking in, waardoor de bepaling haar doel zou kunnen missen.

De bekommernis van het Vlaams Parlement ging in de eerste plaats uit naar die organismen waarbij een verhoogd risico is op belangenvermenging, waarbij het kosteloos ter beschikking stellen van medewerkers als keerzijde kan hebben dat die organismen hun particuliere belangen kunnen laten gelden (winstoogmerk, commercieel belang, beïnvloeding ten gunste van elk ander particulier belang). Degenen die zulke belangen hebben, zijn inzonderheid bedrijven en private rechtspersonen. Dat de begrippen elkaar gedeeltelijk overlappen, is geen erg, bedrijven moeten er best expliciet mee in vermeld worden. Een private rechtspersoon kan worden gedefinieerd als een rechtspersoon die op privaat initiatief tot stand wordt gebracht en niet rechtstreeks wordt gecontroleerd door de overheid (vennootschappen, verenigingen). Maar het landschap is evolutief en er zijn vele mengvormen; het ‘overheids-’ of het ‘privaat’ gehalte van een rechtspersoon, en het ‘aandeel’ van het particulier belang hierin, is niet op eenduidige wijze vast te stellen. In die zin zijn rechtspersonen waarin het particulier belang doorslaggevend is, ook te beschouwen als private rechtspersonen.”

Los van het gegeven dat, zoals de gemachtigde erkent, het begrip “bedrijven” vervat lijkt te zijn in het begrip “private rechtspersonen”, moet worden vastgesteld dat beide begrippen onvoldoende duidelijk zijn. Er kan niet op voldoende rechtszekere wijze worden bepaald op welke rechtspersonen de ontworpen uitsluiting van toepassing is. Mede gelet op de aard van het verbod, en de vragen die rijzen betreffende de bestaanbaarheid ervan met het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie (opmerking 6), moeten de begrippen “bedrijven en andere private rechtspersonen” in het ontworpen besluit nader worden omschreven.

6. In het in opmerking 5 aangehaalde antwoord van de gemachtigde lijkt te worden gesuggereerd dat de uitsluiting waarin het ontworpen artikel 5, tweede lid, van het besluit van de Vlaamse Regering van 24 juli 2009 voorziet, niet van toepassing zou zijn op overheidsbedrijven of door de overheid gecontroleerde rechtspersonen. Aldus zou een verschil in behandeling ontstaan tussen, enerzijds, “de bedrijven en andere private rechtspersonen”, die niet kosteloos personeel kunnen ter beschikking stellen van kabinetten en, anderzijds, overheidsbedrijven en

door de overheid gecontroleerde rechtspersonen, die dat wel kunnen. De stellers van het ontwerp moeten in staat zijn dat verschil in behandeling redelijk te verantwoorden. Daarbij kan worden betwijfeld of het loutere gegeven dat de eerste categorie een particulier belang nastreeft, terwijl de tweede categorie het algemeen belang nastreeft, volstaat om dat verschil in behandeling te verantwoorden wanneer overheidsbedrijven actief zijn in een concurrentiële markt, zoals bijvoorbeeld het geval is in de sector van de media of de telecommunicatie.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Greet VERBERCKMOES

Jo BAERT