RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 68.452/3
van 31 december 2020

over

een voorstel van decreet van de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest ‘tot wijziging van deel 3, titel 4, hoofdstuk 1 en 2,van het decreet van 22 december 2017 over het lokaal bestuur’
(*Parl.St.* Vl.Parl. 2020-21, nr. 558/1)

‡LW-AEBVKFJAG-GIEFCVT‡

Op 9 december 2020 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Voorzitter van het Vlaams Parlement verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een voorstel van decreet van de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest ‘tot wijziging van deel 3, titel 4, hoofdstuk 1 en 2,van het decreet van 22 december 2017 over het lokaal bestuur’(*Parl.St.* Vl.Parl. 2020-21, nr. 558/1).

Het voorstel is door de derde kamer onderzocht op 22 december 2020. De kamer was samengesteld uit Chantal BAMPS, staatsraad, voorzitter, Pierre BARRA en Koen MUYLLE, staatsraden, Michel TISON en Bruno PEETERS, assessoren, en Astrid TRUYENS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Arne CARTON, adjunct-auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 31 december 2020.

*

‡LW-AEBVKFJAG-GIEFCVT‡

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[1], alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING VAN HET VOORSTEL

2. Uit artikel 475 van het decreet van 22 december 2017 ‘over het lokaal bestuur’ vloeit voort dat een openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn (hierna: OCMW) een welzijnsvereniging kan oprichten ofwel met als enig lid het OCMW zelf, ofwel met een of meer andere OCMW’s, met andere openbare besturen of met andere rechtspersonen dan rechtspersonen die winstoogmerk hebben, en dit om een van de opdrachten uit te voeren die aan de centra voor maatschappelijk welzijn zijn toevertrouwd of voor leidinggevende, staf-, expert- en managementfuncties.

Het voor advies voorgelegde voorstel van decreet van de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest strekt ertoe om het voor welzijnsverenigingen met enkel OCWM’s of gemeenten als deelgenoot, mogelijk te maken zelf een vzw (voorgesteld artikel 495/1 van het decreet van 22 december 2017; artikel 5 van het voorstel) of een vennootschap (voorgesteld artikel 495/2 van het decreet van 22 december 2017; artikel 6 van het voorstel) op te richten of er deelgenoot van te worden. Voor zover de voorgestelde regeling er niet van afwijkt is het Wetboek van vennootschappen en verenigingen van toepassing op die vzw’s en vennootschappen (voorgesteld artikel 495/6 van het decreet van 22 december 2017; artikel 10 van het voorstel).

Het besluit van een welzijnsvereniging tot oprichting van of participatie in een vzw of een vennootschap, en de statuten van die vereniging of vennootschap, zijn onderworpen aan de goedkeuring van de raad voor maatschappelijk welzijn van het OCMW, deelgenoot van de welzijnsvereniging, en aan de goedkeuring van de Vlaamse Regering (voorgesteld artikel 495/3 van het decreet van 22 december 2017; artikel 7 van het voorstel).

De door een welzijnsvereniging opgerichte verenigingen en vennootschappen zijn onderworpen aan dezelfde verplichtingen inzake formele motivering en openbaarheid van bestuur als de welzijnsverenigingen zelf (voorgesteld artikel 495/4 van het decreet van 22 december 2017; artikel 8 van het voorstel). De statuten van die verenigingen en vennootschappen bepalen de wijze waarop de deelgenoten van de vzw of de vennootschap en de leden van de raad voor maatschappelijk welzijn op de hoogte worden gebracht van de agenda en de beslissingen van de organen van de vzw of de vennootschap, en van het jaarverslag, de begroting en de rekeningen (voorgesteld artikel 495/5 van het decreet van 22 december 2017; artikel 9 van het voorstel). Voor het overige zijn de in de artikelen 510 en 511, § 2, van het decreet van 22 december 2017 bepaalde regels inzake de statuten van de vereniging voor sociale

[1] Aangezien het om een voorstel van decreet gaat, wordt onder “rechtsgrond” de overeenstemming met de hogere rechtsnormen verstaan.

‡LW-AEBVKFJAG-GIEFCVT‡

dienstverlening of de vennootschap voor sociale dienstverlening van toepassing (voorgesteld artikel 495/7 van het decreet van 22 december 2017; artikel 11 van het voorstel).

Voorts worden de artikelen 474 en 477 van het decreet van 22 december 2017 aangepast aan de voorgestelde regeling (artikelen 2, 1°, en 3 van het voorstel).

Ten slotte wordt de regeling inzake de overdracht van het personeel in artikel 488 van het decreet van 22 december 2017 gewijzigd (artikel 4 van het voorstel) en wordt in een technische verbetering voorzien (artikel 2, 2°, van het voorstel).

VORMVEREISTEN

3. In het voorgestelde artikel 495/5, § 2, van het decreet van 22 december 2017 (artikel 9 van het voorstel) wordt de verwerking van personeelsgegevens geregeld van de bestuurders en de leden van de algemene vergadering van de door welzijnsverenigingen opgerichte vzw's of vennootschappen.

Artikel 36, lid 4, van verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 'betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming)', gelezen in samenhang met artikel 57, lid 1, c), en overweging 96 van die verordening, voorziet in een verplichting om de toezichthoudende autoriteit, in dit geval de Gegevensbeschermingsautoriteit bedoeld in de wet van 3 december 2017 'tot oprichting van de Gegevensbeschermingsautoriteit', te raadplegen bij het opstellen van een voorstel voor een door een nationaal parlement vast te stellen wetgevingsmaatregel, of een daarop gebaseerde regelgevingsmaatregel in verband met verwerking. Die verplichting, die een algemene verplichting is, geldt ook wanneer het wetgevende initiatief van een parlementaire vergadering uitgaat.

Het advies van de Gegevensbeschermingsautoriteit moet bijgevolg nog worden ingewonnen vooraleer het voorstel kan worden aangenomen door het Vlaams Parlement.

BEVOEGDHEID

4.1. De voorgestelde regeling voorziet in een aantal afwijkingen van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen. Zo wordt bepaald dat "ongeacht de inbreng van de andere leden" de welzijnsvereniging steeds over de meerderheid van de stemmen beschikt in de organen van de vzw die ze opricht (voorgesteld artikel 495/1, eerste lid) en wordt in een door een welzijnsvereniging opgerichte vennootschap de inbreng van privaatrechtelijke rechtspersonen alleen toegestaan als die private partners minder dan de helft van de stemrechten bezitten en bovendien geen controle, blokkerende macht of beslissende invloed hebben (voorgesteld artikel 495/2, derde lid van het decreet van 22 december 2017). Het Wetboek van vennootschappen en verenigingen is weliswaar van toepassing op de door de welzijnsverenigingen opgerichte vzw's en vennootschappen, maar enkel "[v]oor zover artikel 495/1 tot en met 495/5 daar niet van afwijken" (voorgesteld artikel 495/7 van het decreet van 22 december 2017).

‡LW-AEBVKEJAG-GIEFCVT‡

Het vennootschapsrecht en het verenigingsrecht behoort evenwel in beginsel tot de bevoegdheid van de federale overheid.

4.2. In arrest 116/2008 van 31 juli 2008 heeft het Grondwettelijk Hof geoordeeld dat een regeling waarbij OCMW's werden gemachtigd om vzw's op te richten, maar die hen verplichtte de bepalingen van Hoofdstuk XII van de organieke wet van 8 juli 1976 'betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn' in acht te nemen, de bevoegdheidverdelende regels niet schendt, ook al waren die bepalingen onverenigbaar met de regels in de wet van 27 juni 1921 'betreffende de verenigingen zonder winstoogmerk, de stichtingen en de Europese politieke partijen en stichtingen'.[2] Het Hof overwoog in dat arrest onder meer:

> "B.5.1. Door de verenigingen die worden beoogd in artikel 118 van de wet van 8 juli 1976, te onderwerpen aan het geheel van de bepalingen van hoofdstuk XII van die wet, zelfs indien zij de rechtsvorm van een vzw aannemen, heeft de Waalse decreetgever bij het uitoefenen van zijn bevoegdheden de toepassing gehandhaafd, op die verenigingen, van de controleregels die hij essentieel achtte om een goede werking van de hun toevertrouwde opdrachten van openbare dienstverlening te waarborgen. Zo voorzag hij in de goedkeuring van de statuten van de vereniging door de betrokken gemeente- en provincieraden, in de verplichte toekenning van de meerderheid van de stemmen aan de geassocieerde publiekrechtelijke rechtspersonen, in een toezichtsregeling voor de beraadslagingen van de vereniging, en in de mogelijkheid, voor de Regering, om de ontbinding van de vereniging uit te spreken.
>
> B.5.2. Zodoende heeft de decreetgever geen afbreuk gedaan aan de bevoegdheid van de federale wetgever inzake verenigingsrecht.
>
> (...)
>
> De Grondwetgever en de bijzondere wetgever hebben immers, voor zover zij er niet anders over hebben beschikt, aan de gemeenschappen en de gewesten de volledige bevoegdheid toegekend tot het uitvaardigen van de regels die eigen zijn aan de hun toegewezen aangelegenheden. De bevoegdheid die artikel 5, § 1, II, 2°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 aan de gemeenschappen toekent inzake maatschappelijk welzijn, impliceert dat de gemeenschappen alle geëigende maatregelen kunnen nemen om hun bevoegdheid uit te oefenen. Omgekeerd sluit zij uit dat de federale overheid bevoegd zou zijn om zelf in afwijkende regels te voorzien die slechts van toepassing zouden zijn op de verenigingen die, zoals die welke worden beoogd in artikel 118 van de wet van 8 juli 1976, hun activiteiten uitoefenen op het gebied van maatschappelijk welzijn, dat in principe onder de gemeenschapsbevoegdheid valt."

Het voorgaande gaat ook op voor de voorgestelde regeling, in zoverre die afwijkt van het verenigingsrecht. Er kan immers worden aangenomen dat het gegeven dat de welzijnsvereniging steeds over de meerderheid van de stemmen beschikt in de organen van de vzw die ze opricht (voorgesteld artikel 495/1, eerste lid), de vereiste goedkeuring door de raad voor maatschappelijk welzijn van het OCMW (voorgesteld artikel 495/3, § 1) en de verplichting om in de statuten de manier te bepalen waarop de deelgenoten van de vzw en de leden voor maatschappelijk welzijn van het OCMW op de hoogte worden gebracht van de agenda en de beslissingen van de organen van de vereniging of de vennootschap, en van het jaarverslag, de begroting en de rekeningen van de vereniging (voorgesteld artikel 495/5, § 1), de goede werking van de aan de vereniging toevertrouwde opdrachten van openbare dienstverlening waarborgen.

[2] GwH 31 juli 2008, nr. 116/2008.

‡LW-AEBVKFJAG-GIEFCVT‡

Voor die afwijkingen kan derhalve een beroep worden gedaan op de bevoegdheid van de Vlaamse Gemeenschap voor het beleid inzake maatschappelijk welzijn, met inbegrip van de organieke regels betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn (artikel 5, § 1, II, 2°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 'tot hervorming der instellingen').

4.3. De vraag rijst evenwel of dit ook geldt in zoverre de voorgestelde regeling afwijkt van het vennootschapsrecht.

In advies 62.522/3 van 20 december 2017 heeft de Raad van State, afdeling Wetgeving, dienaangaande het volgende opgemerkt:

> "Dienaangaande dient er evenwel op te worden gewezen dat arrest 116/2008 betrekking heeft op afwijkingen van het verenigingsrecht dat – in tegenstelling tot het vennootschapsrecht – niet uitdrukkelijk, omwille van de weerslag op de economische unie, is voorbehouden aan de federale overheid en bijgevolg behoort tot diens residuaire bevoegdheid. Bovendien ging het in arrest 116/2008 om een bevoegdheidstoewijzing op grond waarvan de regeling van de organieke aspecten van de betrokken instellingen uitdrukkelijk aan de gemeenschapswetgever is opgedragen. Gelet op wat voorafgaat zou arrest 116/2008 weliswaar een verfijning, maar geen ommekeer vormen ten aanzien van arrest 105/2000.[3]
>
> Hoewel er een zekere onduidelijkheid kan bestaan omtrent de exacte draagwijdte van de vermelde rechtspraak van het Grondwettelijk Hof, is de Raad van State gelet op wat voorafgaat van oordeel dat de afwijkingen van het vennootschapsrecht waarin in het ontwerp wordt voorzien, slechts tot stand kunnen komen op grond van artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980.[4],[5]

Wat er ook van weze, er kan in ieder geval worden aanvaard dat voor de voorgestelde afwijkingen van het vennootschapsrecht voldaan is aan de voorwaarden om een beroep te doen op de impliciete bevoegdheden. In zoverre met die afwijkingen, net zoals voor de afwijkingen van het verenigingsrecht, beoogd wordt de goede werking van de aan de vennootschap toevertrouwde opdrachten van openbare dienstverlening te waarborgen, kunnen ze noodzakelijk worden geacht voor de uitoefening van de bevoegdheden van de Vlaamse Gemeenschap. Vermits die afwijkingen beperkt zijn tot een welbepaalde categorie van vennootschappen, en er bovendien slechts afgeweken wordt van enkele specifieke

---

[3] *Voetnoot 7 van het aangehaalde advies*: Evenmin kan een beslissend argument worden geput uit arrest 65/2003 van het Grondwettelijk Hof van 14 mei 2003, waar, overigens eveneens in het raam van een bevoegdheidstoewijzing die essentieel betrekking heeft op het organieke, sterk wordt beklemtoond dat de ingevoerde regeling betrekking heeft op een *sui generis* samenwerkingsverband van gemeenten waarvan de rechtsvorm niet wordt bepaald door het vennootschapsrecht en waar, door middel van het procedé van regelgeving door verwijzing, slechts een suppletieve toepassing wordt gemaakt van bepaalde regels uit het vennootschapsrecht (zie B.6.4, B.6.5, B.9.4 en B.9.5).

[4] *Voetnoot 8 van het aangehaalde advies*: Zoals bekend kan op grond van de impliciete bevoegdheden de bevoegdheid van een andere overheid worden betreden voor zover zulks noodzakelijk kan worden geacht voor de uitoefening van de eigen bevoegdheid, de aangelegenheid zich tot een gedifferentieerde regeling leent en de weerslag van de betrokken bepalingen op die aangelegenheid slechts marginaal is (vaste rechtspraak van het Grondwettelijk Hof; zie bijvoorbeeld: GwH 12 maart 2015, nr. 29/2015, B.11; GwH 16 juli 2015, nr. 105/2015, B.9.2; GwH 29 oktober 2015, nr. 152/2015, B.14.7; GwH 21 april 2016, nr. 53/2016, B.92.4, GwH 25 mei 2016, nr. 73/2016, B.25.2; GwH 25 mei 2016, nr. 78/2016, B.9.2; GwH 11 mei 2017, nr. 55/2017, B.3.3).

[5] Adv.RvS 62.522/3 van 20 december 2017 over een voorontwerp dat heeft geleid tot het decreet van 30 maart 2018 'betreffende het beheer en de exploitatie van het havengebied van Gent en tot specifieke afwijkingen van het Havendecreet voor het havengebied van Gent', opmerking 3, *Parl.St.* Vl.Parl. 2017-18, nr. 1481/1, 33.

‡LW-AEBVKEJAG-GIEFCVT‡

vennootschapsrechtelijke bepalingen, terwijl het vennootschapsrecht voor het overige van toepassing blijft, kan ook worden aangenomen dat ze slechts een marginale weerslag hebben op die aangelegenheid, die zich bovendien tot een gedifferentieerde regeling leent.

ALGEMENE OPMERKINGEN

A. De beperking van de voorgestelde regeling tot welzijnsverenigingen met uitsluitend OCMW's of gemeenten als deelgenoot

5.1. Uit artikel 475 van het decreet van 22 december 2017 vloeit voort dat een OCMW een welzijnsvereniging kan oprichten "met een of meer andere openbare centra voor maatschappelijk welzijn, met andere openbare besturen of met andere rechtspersonen dan rechtspersonen die winstoogmerk hebben"

Zoals blijkt uit de voorgestelde artikelen 495/1, eerste lid, en 495/2, tweede lid, van hetzelfde decreet is de voorgestelde regeling echter beperkt tot "welzijnsverenigingen met uitsluitend OCMW's of gemeenten als deelgenoot". Bijgevolg doet die regeling een verschil in behandeling ontstaan tussen, enerzijds, welzijnsverenigingen met uitsluitend OCMW's of gemeenten als deelgenoot, die een vzw of een vennootschap zullen kunnen oprichten of er zullen kunnen deel van uitmaken en, anderzijds, welzijnsverenigingen die één of meerdere andere deelgenoten hebben, die dat niet zullen kunnen.

Dit verschil in behandeling moet redelijk kunnen worden verantwoord in het licht van het grondwettelijk beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie.

5.2. In de toelichting bij het om advies voorgelegde voorstel wordt de beperking van het toepassingsgebied van de voorgestelde regeling tot welzijnsverenigingen met uitsluitend OCMW's of gemeenten als deelgenoot, als volgt verantwoord:

> "Op die manier is verzekerd dat in de bestuursorganen van de vereniging of de vennootschap waarin de welzijnsvereniging participeert, vertegenwoordigers van OCMW's of gemeenten zitting hebben. De welzijnsvereniging kan zich in die bestuursorganen alleen laten vertegenwoordigen door leden van de raad voor maatschappelijk welzijn."[6]

5.3. Wat de door een welzijnsvereniging opgerichte vzw's betreft, moet evenwel worden opgemerkt dat in het voorgestelde artikel 495/1, tweede lid, van het decreet van 22 december 2017 wordt bepaald dat de welzijnsvereniging in de organen van de vzw wordt vertegenwoordigd door leden van de raad voor maatschappelijk welzijn. Bijgevolg is ook zonder de in opmerking 5.1 vermelde beperking de vertegenwoordiging van het OCMW in de bestuursorganen van een door een welzijnsvereniging opgerichte vzw op voldoende wijze gewaarborgd.

Luidens het voorgestelde artikel 495/2, tweede lid, van het decreet van 22 december 2017 is het voormelde artikel 495/1, tweede lid, van overeenkomstige toepassing op

[6] *Parl.St.* Vl.Parl. 2020-21, nr. 558/1, 3.

‡LW-AEBVKEJAG-GIEFCVT‡

een door een welzijnsvereniging opgerichte vennootschap. Hieruit vloeit voort dat de vertegenwoordigers van de welzijnsvereniging in de bestuursorganen van een door die vereniging opgerichte vennootschap eveneens leden van de raad voor maatschappelijk welzijn moeten zijn.

Bijgevolg kan de doelstelling om de vertegenwoordiging van het OCMW of de gemeente in de bestuursorganen van een door een welzijnsvereniging opgerichte vzw of vennootschap te waarborgen, op zich niet volstaan om het voormelde verschil in behandeling te verantwoorden.

Als niet in een afdoende verantwoording kan worden voorzien, zal moeten worden afgezien van de beperking van het toepassingsgebied van de voorgestelde regeling tot welzijnsverenigingen waarvan OCMW's of gemeenten deelgenoten zijn.

B. De taken van een door een welzijnsvereniging opgerichte vzw of vennootschap

6.1. Een welzijnsvereniging kan worden opgericht "om een van de opdrachten uit te voeren die aan de centra voor maatschappelijk welzijn zijn toevertrouwd en voor leidinggevende, staf-, expert- en managementfuncties".[7]

De deelname in of de oprichting van een vzw of vennootschap door een welzijnsvereniging gebeurt "in het kader van of ter ondersteuning van haar statutaire opdrachten" (voorgestelde artikelen 495/1, eerste lid, en 495/2, eerste lid, van het decreet van 22 december 2017). De voorgestelde regeling omvat geen beperking van de taken die een door een welzijnsvereniging opgerichte vzw of vennootschap kan uitvoeren "in het kader van" of "ter ondersteuning van" de statutaire opdrachten van welzijnsverenigingen. Uit het laatste lid van het voorgestelde artikel 495/1 lijkt voort te vloeien dat ook activiteiten inzake "lokale dienstencentra", "diensten voor gezinszorg", "diensten voor oppashulp", "diensten voor thuisverpleging", "diensten maatschappelijk werk van de ziekenfondsen" en "diensten voor gastopvang" in de zin van artikel 39, § 1, van het decreet van 15 februari 2019 'betreffende de woonzorg' als een dergelijke "ondersteuning" kunnen worden beschouwd. Die bepaling lijkt louter exemplatief te zijn.

6.2. In advies 44.130/1 van 13 maart 2008 heeft de Raad van State, afdeling Wetgeving, het volgende opgemerkt:

> "In artikel 245, § 1, eerste lid, van het ontwerp dienen de doeleinden waarvoor een OCMW lid kan worden van een vereniging zonder winstoogmerk (of van een vennootschap met sociaal oogmerk[8]) nader te worden bepaald. Die doeleinden kunnen uiteraard geen betrekking hebben op essentiële overheidstaken, hetgeen overigens op het eerste gezicht niet het geval is. In dat verband wordt in het opschrift van hoofdstuk III aangegeven - zij het op algemene wijze - dat het deelnemen aan een dergelijke vereniging betrekking moet hebben op 'het vervullen van sociale doeleinden', waarvan 'de gehele of gedeeltelijke exploitatie van een ziekenhuis of van ziekenhuisgebonden activiteiten' uitdrukkelijk wordt uitgesloten. Aangezien een opschrift geen normatieve waarde heeft,

[7] Artikel 475, eerste lid, van het decreet van 22 december 2017.

[8] *Voetnoot 13 van het aangehaalde advies*: Zie artikel 249 van het ontwerp.

‡LW-AEBVKEJAG-GIEFCVT‡

en bijgevolg als zodanig geen dwingende regel kan inhouden, dient dit, op een meer uitgewerkte wijze, in artikel 245, § 1, eerste lid, van het ontwerp te worden opgenomen."[9]

Om toelichting gevraagd in het licht van het voorgaande heeft de gemachtigde het volgende verklaard:

"De rechtsgrond die geboden wordt aan de welzijnsvereniging om 'verder' te verzelfstandigen heeft betrekking op de statutaire opdrachten van de welzijnsvereniging. De welzijnsvereniging kan niet alleen taken of opdrachten overdragen naar een vzw of een vennootschap maar ook een vzw oprichten, ter ondersteuning van haar statutaire opdrachten.

Zo maakt het voorliggend wijzigingsdecreet het mogelijk voor een welzijnsvereniging om bijvoorbeeld de infrastructuur die aan deze vereniging is overgedragen onder te brengen in een vennootschap voor het beheer daarvan.

(…) Het gaat hier om ondersteunende activiteiten. Dit kan gaan om patrimoniumbeheer, personeelsbeheer, administratieve ondersteuning, enzovoort.

(…) De OCMW-wet, het OCMW-decreet en het decreet over het lokaal bestuur voorzagen en voorzien reeds in mogelijkheden tot verzelfstandiging van taken/opdrachten van het OCMW in onder meer privaatrechtelijke rechtspersonen.

Het risico op uitholling van de activiteiten van het OCMW bestaat in dezelfde mate als dat nu reeds het geval is bij de verzelfstandiging van taken/opdrachten van het OCMW in de welzijnsvereniging.

Bevoegdheden die door de wetgever specifiek aan het OCMW zijn toegewezen, waaronder de beslissing over de individuele steunverlening kunnen niet verzelfstandigd worden en kunnen dus niet overgedragen worden aan een welzijnsvereniging.

Om het risico op een eventuele uitholling te beperken wordt in de artikelen 495/1 en 495/2 de vermelde oprichtingen onderworpen aan het goedkeuringstoezicht van de Vlaamse Regering. Bovendien worden enkele democratische grendels voorzien zoals vermeld in art 5 waardoor het publieke karakter gegarandeerd blijft."

6.3. Uit het door de gemachtigde gegeven antwoord vloeit voort dat het niet de bedoeling is om "essentiële overheidstaken" aan een door een welzijnsvereniging opgerichte vzw of vennootschap toe te vertrouwen.

In het licht van het rechtszekerheidsbeginsel moet dit beter tot uiting komen in de voorgestelde regeling door de taken die kunnen worden toevertrouwd aan een door een welzijnsvereniging opgerichte vereniging of vennootschap erin te expliciteren of door te bepalen welke taken die verenigingen of vennootschappen niet kunnen uitoefenen. De door de gemachtigde vermelde beperkingen, namelijk dat "[b]evoegdheden die door de wetgever specifiek aan het OCMW zijn toegewezen" niet kunnen worden overgedragen, blijken alvast niet uit de tekst van het voorstel.

[9] Adv.RvS 44.130/1 van 13 maart 2008 over een voorontwerp dat heeft geleid tot het decreet van 19 december 2008 'betreffende de organisatie van de openbare centra voor maatschappelijk welzijn', *Parl.St.* Vl.Parl. 2007-08, nr. 1701/1, 290-291.

‡LW-AEBVKEJAG-GIEFCVT‡

C. De keuze van een private partner in het licht van het overheidsopdrachtenrecht

7.1. Uit de voorgestelde regeling vloeit voort dat een welzijnsvereniging een vzw kan oprichten met een of meer andere vzw's of sociale ondernemingen als vermeld in het Wetboek van vennootschappen en verenigingen of ertoe kan toetreden. Een welzijnsvereniging kan eveneens een vennootschap oprichten "ofwel als enig lid, ofwel samen met andere verenigingen zonder winstoogmerk of vennootschappen". Onder dezelfde voorwaarden kan een welzijnsvereniging aandeelhouder worden van een vennootschap.

In de voorgestelde regeling wordt evenwel niet bepaald op welke wijze de vzw's, sociale ondernemingen of vennootschappen worden geselecteerd die met de welzijnsvereniging tot een vzw of vennootschap toetreden, of de vereniging of de vennootschap waartoe de welzijnsvereniging toetreedt of waarvan hij aandeelhouder wordt.

Hieromtrent om uitleg gevraagd, heeft de gemachtigde het volgende verklaard:

"Het decreet heeft als doelstelling om rechtsgrond te bieden aan de Welzijnsvereniging (een publiekrechtelijke rechtspersoon) om privaatrechtelijke rechtspersonen (vereniging of vennootschap) [op te richten] en daaraan overheidstaken over te dragen. Op die manier ontstaan er de facto overheidsbedrijven in de zin van artikel 2, 2° van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten.

Of voor de selectie van de andere leden (vereniging) of vennoten (vennootschap) de wet overheidsopdrachten toegepast moet worden is afhankelijk van het feit of de toetreding van die rechtspersoon beschouwd kan worden als een overheidsopdracht, meer bepaald een overeenkomst onder bezwarende titel die wordt gesloten tussen een of meer ondernemers en een of meer aanbesteders en die betrekking heeft op het uitvoeren van werken, het leveren van producten of het verlenen van diensten, met inbegrip van de opdrachten die worden geplaatst in toepassing van titel 3 door overheidsbedrijven als bedoeld in 2° en personen die genieten van bijzondere of exclusieve rechten bedoeld in 3°.

Een overheid moet in elk geval een eerlijke en transparante procedure volgen bij de keuze van de deelnemende private partner. Die keuze moet in ieder geval beantwoorden aan de beginselen van behoorlijk bestuur.

De toepasselijke regelgeving bij de keuze van de private partner verschilt al naar gelang de aan vereniging of vennootschap toevertrouwde taken al dan niet binnen het toepassingsgebied van de overheidsopdrachtenregelgeving vallen.

Indien de taak waarmee de door de welzijnsvereniging opgerichte vereniging of vennootschap wordt belast een overheidsopdracht is in de zin van de wet overheidsopdrachten, dan is de procedure voor de keuze van de deelnemende private partner onderworpen aan de overheidsopdrachtenregelgeving. Een aanbestedende overheid moet de bepalingen van de overheidsopdrachtenregelgeving naleven en moet met name een gunningsprocedure volgen bij de keuze van een deelnemende private partner aan de vereniging of de vennootschap of bij de gunning van een overheidsopdracht of concessieovereenkomst aan die vereniging of vennootschap.

Indien de taak waarmee de vereniging of de vennootschap wordt belast een concessieovereenkomst voor diensten is, is de overheidsopdrachtenregelgeving niet van toepassing. Het niet toepasselijk zijn van de overheidsopdrachtenregelgeving bevrijdt de aanbestedende overheid evenwel niet van de grondwettelijke gelijke behandelingsplicht en de overige beginselen van behoorlijk bestuur die toepasselijk zijn op elk overheidshandelen.

‡LW-AEBVKEJAG-GIEFCVT‡

Ook bij een concessieovereenkomst voor diensten moet dus een eerlijke, transparante en op mededinging gebaseerde procedure gevoerd worden om de private partner te kiezen.

Voor de volledigheid wil ik nog opmerken dat een dergelijke eerlijke, transparante en op mededinging gebaseerde procedure ook gevoerd zal moeten worden indien de inbreng van de private partner uitsluitend financieel van aard is .

Gelet op het voorgaande, is het niet aangewezen om in het decreet uitdrukkelijk te bepalen dat de overheidsopdrachtenregelgeving moet worden nageleefd.

Sowieso moeten overheidsbedrijven alle wettelijke bepalingen die op hen van toepassing respecteren."

7.2. Er kan met de gemachtigde worden ingestemd dat het niet nodig is om in de voorgestelde regeling te bepalen dat bij de selectie van een private partner een welzijnsvereniging de wet van 17 juni 2016 'inzake overheidsopdrachten' moet naleven. Of die wet van toepassing is op die selectie, vloeit immers uit de wet zelf voort. Meer nog, gelet op de bevoegdheid van de federale overheid om de algemene regels inzake de overheidsopdrachten vast te stellen,[10] komt het niet aan de decreetgever toe om het toepassingsgebied van die wet te bevestigen.

7.3.1. Het antwoord van de gemachtigde doet evenwel een ander probleem rijzen.

7.3.2. Uit artikel 57, tweede lid, van de wet van 17 juni 2016 'inzake overheidsopdrachten' vloeit voort dat de volledige looptijd van een overheidsopdracht, met inbegrip van eventuele verlengingen, over het algemeen beperkt blijven tot vier jaar na het sluiten van de opdracht. De duur van een raamovereenkomst, alsook van de opdrachten die erop gebaseerd zijn, is beperkt tot vier jaar, behoudens in uitzonderlijke en behoorlijk gemotiveerde gevallen, met name op grond van het voorwerp van de raamovereenkomst (artikel 43, § 2, tweede lid, van de wet van 17 juni 2016). Die beperking vormt een omzetting van artikel 33, lid 1, van de Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 'betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG'.

Wanneer een welzijnsvereniging evenwel met een private rechtspersoon een vennootschap opricht, of deelneemt aan een dergelijke vennootschap, is de levensduur van die vennootschap niet beperkt in de tijd. Bijgevolg zal wanneer aan een private rechtspersoon door middel van de oprichting van die vennootschap een overheidsopdracht wordt toevertrouwd, de selectie van de private rechtspersoon weliswaar moeten gebeuren met toepassing van de wet van 17 juni 2016, maar zal de vennootschap waarvan die private rechtspersoon deelgenoot is, die opdracht kunnen blijven voeren voor een looptijd die veel langer zou kunnen zijn dan de vier jaar waarvan gewag wordt gemaakt in de voormelde bepalingen van de wet van 17 juni 2016. Wanneer de welzijnsvereniging diezelfde opdracht rechtstreeks aan een private rechtspersoon zou toevertrouwen, zou de looptijd ervan wel beperkt zijn tot, in beginsel vier jaar. De voorgestelde regeling zou er derhalve toe kunnen leiden dat die beperkte looptijd uitgehold wordt.

7.3.3. Om uitleg gevraagd in het licht van het voorgaande, heeft de gemachtigde het volgende geantwoord:

[10] Artikel 6, § 1, VI, vierde lid, 1°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980.

‡LW-AEBVKFJAG-GIEFCVT‡

> "Het is (…) niet de bedoeling van het voorliggende ontwerptekst van wijzigingsdecreet om overheidsopdrachten (van welk duur dan ook) te gunnen aan een onderneming die als private deelgenoot aan de door de welzijnsvereniging opgerichte vereniging of vennootschap zal deelnemen.
>
> Het voorliggend decreet maakt het mogelijk voor een welzijnsvereniging om taken, diensten, erkenningen, infrastructuur en personeel over te dragen of ter beschikking te stellen van de door haar opgerichte vereniging of vennootschap. Eenmaal bijvoorbeeld de infrastructuur overgedragen is naar de vereniging of de vennootschap is er geen sprake van een overheidsopdracht voor het beheer van infrastructuur maar van een overdracht van infrastructuur naar een andere rechtspersoon op basis van een decretaal geoorloofde verzelfstandiging. Het beheer van de overgedragen infrastructuur kadert dan niet in een overheidsopdracht maar in de uitvoering van de statutaire doelstellingen van die vereniging of vennootschap."

7.3.4. Uit het in opmerking 7.1 aangehaalde antwoord van de gemachtigde blijkt evenwel dat een private rechtspersoon door middel van de deelname aan de door een welzijnsvereniging opgerichte vereniging of vennootschap kan worden belast met een overheidsopdracht in de zin van de wet van 17 juni 2016. Wanneer de aan de door een welzijnsvereniging opgerichte vereniging of vennootschap toevertrouwde opdrachten binnen het toepassingsgebied vallen van de voormelde wet, en de private rechtspersoon in kwestie actief deelneemt aan het beheer of de activiteiten van de vennootschap, voert die private rechtspersoon onrechtstreeks een overheidsopdracht uit. Het lijkt dan ook niet bestaanbaar met de voormelde beperkte looptijd van een overheidsopdracht tot, in beginsel vier jaar, dat door de oprichting van een vennootschap waaraan een private vennootschap actief deelneemt, een overheidsopdracht voor onbepaalde tijd wordt toevertrouwd.

Er lijkt dan ook in een regeling te moeten worden voorzien om in dat geval de deelname van een private rechtspersoon in een door een welzijnsvereniging opgerichte vereniging of vennootschap te beperken in de tijd.

7.3.5. Bovendien moet ook met de mogelijkheid worden rekening gehouden dat bij de oprichting door een welzijnsvereniging van een vereniging of vennootschap de wet van 17 juni 2016 niet van toepassing is op de selectie van de private partner die er deelgenoot van wordt, omdat er op dat ogenblik geen aan deze regelgeving onderworpen taak wordt toegewezen, maar dat die vereniging of vennootschap achteraf zou beslissen om haar statutair doel aan te passen met toevoeging van een taak die wel onderworpen is aan de overheidsopdrachtenregelgeving.

D. Het opzet van de voorgestelde regeling in het licht van het grondwettelijk beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie

8.1. Volgens de toelichting bij het voor advies voorgelegde voorstel wordt met de voorgestelde regeling beoogd het voor de welzijnsvereniging mogelijk te maken "om performanter te worden en haar concurrentiepositie in de markt te verbeteren" en om "te handelen vanuit een privaatrechtelijke rechtsvorm voor de exploitatie van haar dienstverlening, waarbij ze

‡LW-AEBVKFJAG-GIEFCVT‡

fiscale voordelen of sociale tegemoetkomingen kan ontvangen die niet gelden voor de publieke sector en waardoor ze met de private sector in concurrentie kan treden”.[11]

Hieromtrent om toelichting gevraagd, vermeldde de gemachtigde de volgende voordelen van het gebruik van de rechtsvorm van een vzw of een vennootschap:

> “Hier kan verwezen worden naar de taks shift. Verder is er de mogelijkheid tot afwijking van de rechtspositieregeling van het OCMW van de zetel van de welzijnsvereniging in een concurrentiële omgeving. Lagere patronale lasten kunnen in het voordeel zijn van de verloning van een beduidend gedeelte van het personeel en/of tegemoet komen aan extra investeringen in de zorgkwaliteit of sociale tegemoetkomingen in het kader van de statutaire opdrachten. Gezien de publieke partners een gegarandeerde meerderheid blijven behouden, lijkt zuiver winstbejag toch zeer onwaarschijnlijk.
>
> Verder wordt de mogelijkheid gecreëerd om de vennootschapsbelastingsplichtige en de rechtspersoonlijke belastingsplichtige diensten van elkaar te scheiden. Besturen kunnen wat dat betreft zelf hun rekening maken en de meest gunstige constructie verkiezen. Het zal tevens mogelijk zijn om in een privaatrechtelijke structuur bepaalde subsidies te optimaliseren. In de zorgsector gaat dat bijvoorbeeld om de animatiesubsidie en diverse opleidingsvergoedingen.
>
> De vzw of de vennootschap kan afzien van een dotatie van het OCMW om marktconforme huur- en koop- en ligdagprijzen hanteren. Daarnaast bestaat de mogelijkheid tot het optimaal beheer van het roerend en onroerend vermogen in een patrimoniumvereniging. De vennootschap laat tot slot ook toe dat private gelden kunnen worden aangetrokken mits een duidelijk onderscheid met publieke gelden wordt bewaard.”

8.2. De doelstelling om door middel van de voorgestelde regeling welzijnsverenigingen mogelijkheden te bieden om, in samenwerking met bepaalde private rechtspersonen, de “meest gunstige constructie [te] verkiezen” en “in een privaatrechtelijke structuur bepaalde subsidies te optimaliseren”, lijkt moeilijk verzoenbaar met het grondwettelijk beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie en de bijzondere toepassing ervan inzake fiscaliteit (artikelen 10, 11 en 172 van de Grondwet).

De voorgestelde regeling doet immers een verschil in behandeling ontstaan tussen, enerzijds, de door een welzijnsvereniging opgerichte verenigingen en vennootschappen en, anderzijds, de andere verenigingen en vennootschappen waarmee de eerste categorie volgens de toelichting “in concurrentie kan treden”. De door de welzijnsvereniging opgerichte vereniging of vennootschap zal immers kunnen genieten van een aantal voordelen waarin de voorgestelde regeling voorziet, zoals de overdracht of de terbeschikkingstelling van infrastructuur of personeel of de gelijkstelling met een welzijnsvereniging voor het verkrijgen van erkenningen, vergunningen en subsidiëring, waar de andere verenigingen en vennootschappen niet van kunnen genieten.

Voorts ontstaat een verschil in behandeling tussen, enerzijds, de private rechtspersonen die deelgenoot worden van een door een welzijnsvereniging opgerichte vennootschap ten einde bepaalde diensten aan te bieden, en, anderzijds, de private rechtspersonen die gelijkaardige diensten aanbieden. De eerste categorie van rechtspersonen lijkt immers via de

[11] *Parl.St.* Vl.Parl. 2020-21, nr. 558/1, 2.

‡LW-AEBVKEJAG-GIEFCVT‡

deelname aan de door een welzijnsvereniging opgerichte vennootschap de mogelijkheid te krijgen om – bijvoorbeeld via de uitkering van dividenden – mede te genieten van de voormelde voordelen, zonder de (fiscale en andere) voordelen die gelden voor de private sector te verliezen.

Nu het volgens de toelichting bij het voorstel uitdrukkelijk de bedoeling lijkt dat de door een welzijnsvereniging opgerichte vereniging of vennootschap "met de private sector in concurrentie kan treden",[12] lijken de voormelde verschillen in behandeling bovendien te kunnen leiden tot marktverstoring en oneerlijke concurrentie.[13]

De voorgestelde regeling moet dan ook worden heroverwogen in het licht van het voorgaande.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 4

9. In het voorgestelde artikel 488, §§ 2 en 3, van het decreet van 22 december 2017 wordt de overdracht van "personeelsleden" aan een welzijnsvereniging geregeld. In die bepaling wordt evenwel geen duidelijk onderscheid gemaakt tussen, enerzijds, statutaire personeelsleden en, anderzijds, contractuele personeelsleden.

Hieromtrent om toelichting gevraagd, verklaarde de gemachtigde:

> "De bepaling in artikel 4 is ook van toepassing op de statutairen. Met 'de personeelsleden' worden zowel de contractuele personeelsleden als de personeelsleden in statutair dienstverband bedoeld. Indien bijvoorbeeld enkel personeelsleden in statutair dienstverband bedoeld worden, dan wordt dit beschreven in de regelgeving. In artikel 488, §4, eerste lid staat bijvoorbeeld dat enkel personeelsleden in statutair dienstverband ter beschikking gesteld kunnen worden."

Er moet evenwel worden vastgesteld dat in het voorgestelde artikel 495/1 (artikel 5 van het voorstel) wel een onderscheid wordt gemaakt tussen beide categorieën van personeelsleden, waarbij het woord "overdracht" enkel betrekking heeft op het contractuele personeel, en voor het statutair personeel gewag wordt gemaakt van de terbeschikkingstelling.

Er zal dus moeten worden op toegezien dat in het voorstel, en in het decreet van 22 december 2017, een uniforme terminologie wordt gebruikt.

[12] De gemachtigde stelde in dit verband: "(…) Het gaat hier om ondersteunende activiteiten. Dit kan gaan om patrimoniumbeheer, personeelsbeheer, administratieve ondersteuning, enzovoort. Het is niet ondenkbeeldig dat een marktspeler deze ondersteunende diensten aanbiedt vanuit de opgebouwde ervaring in de desbetreffende sector en dat een gelijkaardige dienstverlening wordt aangeboden aan andere publieke of private spelers.".

[13] Nog los van de vraag of de voormelde voordelen in sommige gevallen niet zouden kunnen worden beschouwd als een vorm van staatsteun.

‡LW-AEBVKFJAG-GIEFCVT‡

Artikel 5

10.1. Uit het voorgestelde artikel 495/1, eerste lid, van het decreet van 22 december 2017 vloeit voort dat voor een welzijnsvereniging de oprichting van of toetreding tot een vzw enkel mogelijk is samen met “een of meer andere verenigingen zonder winstoogmerk of sociale ondernemingen als vermeld in het Wetboek van vennootschappen en verenigingen”. In het voorgestelde artikel 495/2 wordt daarentegen niet in een gelijkaardige beperking voorzien wanneer een welzijnsvereniging een vennootschap opricht of eraan deelneemt: om het even welke andere vennootschap kan deelnemen aan een dergelijke vennootschap.

10.2. Gevraagd naar een verantwoording voor het verschil in behandeling dat hieruit voorvloeit, verklaarde de gemachtigde het volgende:

> “De oprichtingen vermeld in artikel 495/1 en in artikel 495/2 zijn beide onderworpen aan het goedkeuringstoezicht van de Vlaamse Regering. Dat goedkeuringstoezicht is vergelijkbaar met het goedkeuringstoezicht van de Vlaamse Regering op de oprichting van de verenigingen en de vennootschappen voor maatschappelijk welzijn.
>
> Dat goedkeuringstoezicht vereist een afdoende motivering van de keuze voor de oprichting van een vzw of een vennootschap. De oprichting van een vennootschap waarin ook andere vennootschappen kunnen participeren vereist dus een andere motivering dan de oprichting van een vzw waaraan enkel andere rechtspersonen zonder winstoogmerk kunnen deelnemen.
>
> Artikel 495/1 voorziet in de mogelijkheid om gemotiveerd te kiezen voor samenwerking in een vzw, enkel met partners zonder winstoogmerk. Artikel 495/2 voorziet in de mogelijkheid van een samenwerking met partners binnen een vennootschap. Die samenwerking kan bijvoorbeeld aangewezen zijn vanuit het oogpunt van een optimaal beheer.
>
> Verder kan aangehaald worden dat voor de toepassing van artikel 459/1 geldt dat verenigingen of sociale ondernemingen die hoofdzakelijk ondersteunende diensten verrichten ten behoeve van andere vennootschappen of verenigingen zoals bedoeld in deze titel of ten behoeve van andere rechtspersonen met een belangeloos doel die erkende activiteiten als bedoeld in artikel 39, §1 van het decreet betreffende de woonzorg van 15 februari 2019 uitoefenen, handelen in het kader van de ondersteuning van de statutaire opdrachten van de welzijnsvereniging.”

10.3. In het voorgestelde artikel 495/3, § 2, 3°, van het decreet van 22 december 2017 (artikel 7 van het voorstel) wordt bepaald dat het dossier dat de welzijnsvereniging ter goedkeuring aan de Vlaamse Regering voorlegt een grondige motiveringsnota bevat waarin, in geval van participatie, de noodzaak om met een private rechtspersoon samen te werken en de meerwaarde van de gekozen privaatrechtelijke rechtsvorm worden aangetoond.

Hieruit vloeit voort dat een welzijnsvereniging niet vrij kan kiezen of zij een vzw dan wel een vennootschap opricht en of zij, in het tweede geval, een privaatrechtelijke vennootschap als deelgenoot kiest. De welzijnsvereniging zal derhalve moeten kunnen aantonen waarom de oprichting van een vzw samen met andere vzw’s of andere sociale ondernemingen niet voldoet, en waarom bijgevolg wordt gekozen voor de oprichting van een vennootschap samen met andere vennootschappen.

‡LW-AEBVKEJAG-GIEFCVT‡

In het licht hiervan kan het voormelde verschil in behandeling worden aanvaard.

11. Naar luid van het voorgestelde artikel 495/1, twaalfde lid, van het decreet van 22 december 2017 geldt voor de toepassing van dit artikel dat verenigingen of sociale ondernemingen die *hoofdzakelijk* ondersteunende diensten verrichten ten behoeve van andere vennootschappen of verenigingen handelen in het kader van de ondersteuning van de statutaire opdrachten van de welzijnsvereniging.

De draagwijdte van het begrip "hoofdzakelijk" in die bepaling is onduidelijk. Hieromtrent om toelichting gevraagd verklaarde de gemachtigde:

> "Deze bepaling slaat niet op de omzet van de vereniging die ondersteunende diensten verricht maar uitsluitend op de diensten die ze in uitvoering van haar statutaire opdrachten voor het merendeel levert aan verenigingen en vennootschappen voor maatschappelijk welzijn."

Het strekt tot aanbeveling de tekst van het voorstel in die zin te verduidelijken.

Artikel 8

12. In het voorgestelde artikel 495/4 van het decreet van 22 december 2017 wordt bepaald dat de vzw's en de vennootschappen, die een welzijnsvereniging opricht of waaraan die vereniging deelneemt, met toepassing van de voorgestelde regeling onderworpen zijn aan de verplichtingen voor formele motivering en openbaarheid van bestuur

De gemachtigde erkende evenwel dat het mogelijk is dat ook andere regels van toepassing zijn, zoals bijvoorbeeld de wetgeving inzake overheidsopdrachten. Zoals eerder vermeld (opmerking 7.2) wordt de toepassing van die wet in de wet zelf geregeld, en moet die niet in de tekst van het voorstel worden bevestigd.

Hetzelfde geldt echter voor de regeling inzake de formele motivering en de openbaarheid van bestuur. In zoverre het voorgestelde artikel 495/4 de toepassing van die regelingen wil bevestigen, is het dan ook overbodig. Vermits bovendien ten onrechte de indruk zou kunnen worden gewekt dat enkel die regelingen van toepassing zijn, kan die bepaling tot verwarring aanleiding geven. Ze kan dan ook beter worden weggelaten.

DE GRIFFIER DE VOORZITTER

Astrid TRUYENS Chantal BAMPS

‡LW-AEBVKFJAG-GIEFCVT‡