

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 51.100/3
VAN 3 APRIL 2012

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

DE RAAD VAN STATE, afdeling Wetgeving, derde kamer, op 15 maart 2012 door de Vlaamse minister van Bestuurszaken, Binnenlands Bestuur, Inburgering, Toerisme en Vlaamse Rand verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een voorontwerp van decreet ‘betreffende de machtiging tot oprichting van een Vlaamse vereniging voor ICT-personeel’, 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,¹ alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING VAN HET VOORONTWERP

2. Het om advies voorgelegde voorontwerp van decreet strekt ertoe de Vlaamse Regering en de publiekrechtelijke rechtspersonen die van de Vlaamse Gemeenschap of het Vlaamse Gewest afhangen te machtigen om zich te verenigen “met het oog op ICT-ondersteuning en ICT-deling, gericht op een verhoogde afstemming van ICT op de behoeften van de leden”. Daartoe kan een vereniging zonder winstoogmerk worden opgericht (de “Vlaamse vereniging voor ICT-personeel” – hierna: “de vereniging”), waarin ook de lokale besturen kunnen participeren. De vereniging is een privaatrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigd agentschap in de zin van het kaderdecreet bestuurlijk beleid van 18 juli 2003. De vereniging kan gespecialiseerd personeel ter beschikking stellen van haar leden en de leden van de vereniging zijn gehouden tot betaling van de kosten van de vereniging wanneer ze er een beroep op doen (artikel 3).

Het ontwerp bevat voorts bepalingen omtrent de werking van de vereniging, waaromtrent tussen de Vlaamse Regering en de vereniging een samenwerkingsovereenkomst wordt gesloten (artikel 4, § 1). De vereniging voert haar opdrachten uit volgens de regels bepaald in een beheersreglement, dat wordt vastgesteld door haar raad van bestuur en dat dient te worden goedgekeurd door de Vlaamse Regering (artikel 4, § 2). De statuten van de vereniging en de wijzigingen eraan dienen aan het Vlaams Parlement te worden medegedeeld (artikel 4, § 3). De Vlaamse Regering en de publiekrechtelijke rechtspersonen die van de Vlaamse Gemeenschap of het Vlaamse Gewest afhangen worden gemachtigd om statutair personeel, met uitzondering van ICT-personeel, ter beschikking te stellen van de vereniging, volgens de regels die zijn opgenomen in het genoemde samenwerkingsakkoord (artikel 5). Tot slot wordt bepaald dat de vereniging jaarlijks een verslag bezorgt aan de Vlaamse Regering en aan het Vlaams Parlement (artikel 6).

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

BEVOEGDHEID

3. In het ontwerp wordt gekozen voor het procedé waarbij de Vlaamse Regering en de publiekrechtelijke rechtspersonen die van de Vlaamse Gemeenschap of het Vlaamse Gewest afhangen, worden gemachtigd een vereniging zonder winstoogmerk op te richten die wordt beschouwd als een privaatrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigd agentschap. Ook al moet de oprichting formeel nog gebeuren overeenkomstig de regels die gelden voor een vereniging zonder winstoogmerk, is het in wezen de overheid die over de oprichting van de vereniging beslist. Onrechtstreeks richt de decreetgever aldus een gedecentraliseerde instelling op in de zin van artikel 9 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 'tot hervorming der instellingen'. Bij dat artikel 9 worden de gemeenschappen en de gewesten gemachtigd om, in de aangelegenheden die tot hun bevoegdheid behoren, gedecentraliseerde diensten, instellingen en ondernemingen op te richten of kapitaalparticipaties te nemen.

Zoals de Raad van State, afdeling Wetgeving, meermaals heeft benadrukt, biedt artikel 9 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ruime mogelijkheden. Bij de uitoefening van de hem toegekende bevoegdheid is de decreetgever aan geen vooraf bepaalde organisatievorm gebonden. Hij kan geval tot geval de doelstellingen van de op te richten instelling bepalen, en de samenstelling van de bestuursorganen, de bevoegdheden, de werking en dergelijke regelen. De enige beperkingen die uit het genoemde artikel 9 voortvloeien, zijn dat het in dat artikel vervatte legaliteitsbeginsel in acht dient te worden genomen (zie in dit verband opmerking 4) en dat artikel 87, § 4, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 moet worden gerespecteerd, zodat inzake het personeelsstatuut het koninklijk besluit van 22 december 2000 'tot bepaling van de algemene principes van het administratief en geldelijk statuut van de rijksambtenaren die van toepassing zijn op het personeel van de diensten van de Gemeenschaps- en Gewestregeringen en van de Colleges van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie en van de Franse Gemeenschapscommissie, alsook op de publiekrechtelijke rechtspersonen die ervan afhangen' (hierna: APKB) in acht dient te worden genomen (zie in dit verband opmerking 5).

Op zich is het privaatrechtelijke procedé, zoals dit in het ontwerp gevolgd wordt, niet onverenigbaar met artikel 9 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980.

Niettemin moet de Raad van State vaststellen dat het gevolgde procedé niet vrij is van kritiek, inzonderheid wat betreft de keuze van de rechtsvorm van de vereniging zonder winstoogmerk. Al maakt het verlenen van zulk een privaatrechtelijke rechtsvorm geen bevoegdheidsoverschrijding uit, toch kan die werkwijze tot praktische toepassingsmoeilijkheden aanleiding geven. Zo bemoeilijkt het aanwenden van die techniek de inpassing in het geheel der regels die het overheidsoptreden beheersen, zoals het organiseren van een sluitend toezicht van de overheid op de betrokken vereniging. Voorts verdient het geen aanbeveling een vereniging op

te richten die, ondanks haar kwalificatie als vereniging zonder winstoogmerk, in feite vrij ver verwijderd is van wat men van een vereniging zonder winstoogmerk in de zin van de wet van 27 juni 1921 'betreffende de verenigingen zonder winstoogmerk, de internationale verenigingen zonder winstoogmerk en de stichtingen' kan verwachten.

De vraag rijst dan ook of het niet beter is de betrokken instantie op te richten in de vorm van een rechtspersoon "*sui generis*", temeer daar, zoals reeds in herinnering is gebracht, artikel 9 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 zeer ruime mogelijkheden biedt.

4. Zoals reeds is opgemerkt, dient rekening te worden gehouden met het in artikel 9 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 neergelegde legaliteitsbeginsel, wat inhoudt dat de essentiële regels betreffende de oprichting, de samenstelling, de bevoegdheid en de werking ervan en het toezicht erop bij decreet dienen te worden vastgesteld.

Er kan worden aangenomen dat het ontwerp de essentiële regels betreffende de oprichting, de samenstelling en de bevoegdheid van de vereniging bevat,² zodat op dit vlak is voldaan aan het genoemde legaliteitsbeginsel.

Een voorbehoud dient evenwel te worden gemaakt wat betreft de werking van en het toezicht op de vereniging. Die aangelegenheden worden slechts summier en fragmentarisch in het ontwerp zelf geregeld, en voor het overige doorgeschoven naar de samenwerkingsovereenkomst die tussen de Vlaamse Regering en de vereniging dient te worden gesloten (artikel 4, § 1), of naar het beheersreglement dat wordt vastgesteld door de raad van bestuur van de vereniging en door de Vlaamse Regering dient te worden goedgekeurd (artikel 4, § 2). Aldus wordt niet voldaan aan het in artikel 9 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 vervatte legaliteitsbeginsel; ook meer algemeen overigens dienen samenwerkingsovereenkomsten of beheersreglementen beperkt te blijven tot de nadere concretisering van volgens de normale regels tot stand gekomen regelgeving of tot louter praktische regels. Het ontwerp is derhalve wat betreft de genoemde aangelegenheden aan aanvulling toe.³

5. Uit de memorie van toelichting blijkt dat het personeel van de vereniging, buiten het door de Vlaamse Regering en de publiekrechtelijke rechtspersonen die van de Vlaamse Gemeenschap of het Vlaamse Gewest afhangen ter beschikking gestelde statutaire personeel, contractueel zal worden aangeworven. Daargelaten dat in het ontwerp uitdrukkelijk in die mogelijkheid moet worden voorzien, dient erop te worden gewezen dat voor elke categorie van

² Wat betreft de bevoegdheid zouden evenwel een aantal elementen die thans enkel in de memorie van toelichting zijn opgenomen, in het ontwerp zelf kunnen worden geïntegreerd.

³ Ook het kaderdecreet bestuurlijk beleid van 18 juli 2003 bevat ter zake nauwelijks bepalingen.

contractuele personeelsleden zal moeten kunnen worden aangetoond dat zij onder één van de gevallen ressorteren waarin krachtens artikel 2 van het APKB in contractuele tewerkstelling kan worden voorzien. Het verdient aanbeveling om hierover in de memorie van toelichting enige uitleg te verschaffen.

6. Luidens artikel 3, § 3, van het ontwerp kan de vereniging gespecialiseerd personeel ter beschikking stellen van haar leden, waarbij de wet van 24 juli 1987 ‘betreffende de tijdelijke arbeid, de uitzendarbeid en het ter beschikking stellen van werknemers ten behoeve van gebruikers’ niet van toepassing is.

De vraag rijst of de decreetgever bevoegd is om dergelijke bepalingen aan te nemen.

Wat de contractuele personeelsleden van de vereniging betreft, geldt een principieel verbod van terbeschikkingstelling ten behoeve van gebruikers, op grond van artikel 31 van de wet van 24 juli 1987. De openbare sector is niet van de toepassingssfeer van die wet uitgesloten.⁴

De regeling betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers ten behoeve van gebruikers strekt tot de bescherming van contractuele werknemers.⁵ Zulk een regeling maakt deel uit van de aangelegenheid van het arbeidsrecht, die krachtens artikel 6, § 1, VI, vijfde lid, 12°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot de federale bevoegdheid is blijven behoren.

In beginsel kan de decreetgever niet afwijken van de bedoelde regels van het arbeidsrecht. Hij zou op dat terrein slechts kunnen treden als hij zich kan beroepen op de “impliciete bevoegdheid” bedoeld in artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980.

Daartoe is vereist dat de aanwending van de impliciete bevoegdheid “noodzakelijk” is voor de uitoefening van de eigen bevoegdheden van de gemeenschap of het gewest, dat de betrokken aangelegenheid zich tot een gedifferentieerde regeling leent, en dat de weerslag van een afwijkende gemeenschaps- of gewestregeling op de bevoegdheid van de federale overheid slechts marginaal is.⁶

De memorie van toelichting bevat hieromtrent de volgende verantwoording:

⁴ Grondwettelijk Hof, nr. 65/98, 10 juni 1998, B.3.

⁵ Zelfde arrest B.4.

⁶ Vaste rechtspraak van het Grondwettelijk Hof, zie bijvoorbeeld Grondwettelijk Hof, nr. 87/2006, 24 mei 2006, B.7, Grondwettelijk Hof, nr. 89/2010, 29 juli 2010, B.7 en Grondwettelijk Hof, nr. 91/2010, 29 juli 2010, B.3.3.

“Paragraaf 3 van artikel 3 voorziet de mogelijkheid van terbeschikkingstelling van contractuele personeelsleden van de vzw Vlaamse vereniging voor ICT-personeel aan de leden van de vzw om in hun schoot te worden tewerkgesteld. De vzw Vlaamse vereniging voor ICT-personeel blijft echter de werkgever van het ter beschikking gestelde personeel. Dankzij het kostendelende karakter van de vereniging, voorzien alle leden in het dragen van mogelijks onverwachte kosten voor de vereniging.

Deze werkwijze, waarvan in een bepaalde interpretatie zou kunnen worden gesteld dat zij afwijkt van het wettelijk regime van de uitzendarbeid, geregeld in de wet van 24 juli 1987 betreffende de tijdelijke arbeid, de uitzendarbeid en het ter beschikking stellen van werknemers ten behoeve van gebruikers (...), berust op de impliciete bevoegdheden waarover de decreetgever beschikt als gevolg van artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen.

Aan de jurisprudentiële toepassingsvoorwaarden is voldaan:

- 1° deze werkwijze is absoluut noodzakelijk om het solidariteitsprincipe van kostendeling te kunnen organiseren tussen de leden, en ervoor te zorgen dat er geen extra middelen gezocht moeten worden om tijdelijke overheadkosten van de vereniging of problemen van financiering bij één van de leden, te kunnen financieren. Ook is het belangrijk om de langetermijnstrategie betreffende deling van ICT-expertise tussen de overheden, te kunnen realiseren. De vzw Vlaamse vereniging voor ICT-personeel moet op termijn toelaten om het gespecialiseerde ICT-personeel projectmatig in verschillende opdrachten bij de verschillende leden in te zetten. Zij is dus onontbeerlijk om te komen tot een solidariteit in kostendeling en ook tot een meer rationele personeelsinzet gedeeld door overheden.
- 2° de aangelegenheid leent zich duidelijk tot een gedifferentieerde regeling.
De federale overheid heeft in de wet van 17 juli 2001 betreffende de machtiging voor de federale overheidsdiensten om zich te verenigen met het oog op de uitvoering van werkzaamheden betreffende informatiebeheer en informatieveiligheid, in afwijking van de algemene regeling vervat in de wet van 24 juli 1987 betreffende de tijdelijke arbeid, de uitzendarbeid en het ter beschikking stellen van werknemers ten behoeve van gebruikers een specifieke regeling voorzien dat het gespecialiseerd personeel van een vereniging aan de overheidsdiensten die er deel van uitmaken ter beschikking kan worden gesteld om in hun schoot te worden tewerkgesteld.
Naar analogie hiermee bepaalt dit artikel voor een soortgelijke vereniging eveneens een specifieke regeling voor de terbeschikkingstelling van personeel aan de leden van de vereniging. Een eenvormige regeling is niet vereist.
- 3° de weerslag van de afwijking op de federale bevoegdheid betreffende uitzendarbeid is marginaal: door deze bijzondere regeling voor een kleine groep werknemers met specifieke ICT-kennis gericht op strategische expertise en business-ict-alignment, heeft de afwijking slechts een zeer beperkt toepassingsgebied en wordt de federale bevoegdheid betreffende uitzendarbeid nauwelijks geraakt.”

Deze verantwoording lijkt op het eerste gezicht de toets aan de drie vermelde voorwaarden te kunnen doorstaan. Het eindoordeel hieromtrent komt evenwel, in voorkomend geval, het Grondwettelijk Hof toe.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 7

7. Volgens de gemachtigde kan het aan te nemen decreet in werking treden tien dagen na de bekendmaking ervan in het Belgisch Staatsblad, dit is de normale termijn van inwerkingtreding bepaald in artikel 56 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980. In dat geval is artikel 7 van het ontwerp overbodig en dient het uit het ontwerp te worden weggelaten.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	M. VAN DAMME,	kamervoorzitter,
	J. SMETS,	
	W. VAN VAERENBERGH,	staatsraden,
Mevrouw	A.-M. GOOSSENS,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de Heer R. AERTGEERTS, eerste auditeur-afdelingshoofd.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

A.-M. GOOSSENS

M. VAN DAMME