

KONINKRIJK BELGIE.
-----ADVIES VAN DE RAAD VAN STATE.

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, achtste kamer, op 13 juni 1991 door de Gemeenschapsminister van Binnenlandse Aangelegenheden en Openbaar Ambt verzocht hem, binnen een termijn van ten hoogste drie dagen, van advies te dienen over een voorontwerp van decreet "houdende regeling, voor het Vlaamse Gewest, van het administratief toezicht op de handelingen betreffende tucht- en sommige ordemaatregelen genomen ten overstaan van het gemeentepersoneel bedoeld in de nieuwe gemeentewet", heeft op 18 juni 1991 het volgend advies gegeven :

Gelet op de korte termijn die hem voor het geven van zijn advies werd toegemeten, heeft de Raad van State zich moeten bepalen tot het maken van de hiernavolgende opmerkingen.

ALGEMENE OPMERKINGEN.

1. Zoals in de algemene toelichting bij het ontwerp wordt gesteld, maken de wijzigingen welke in verband met de tuchtregeling van het gemeentepersoneel in de nieuwe gemeentewet werden aangebracht door de wet van 24 mei 1991 (1), een aanpassing noodzakelijk van de bepalingen die, wat het Vlaamse Gewest betreft, het administratief toezicht regelen op de door de gemeentelijke overheden genomen tuchtmaatregelen.

Die bepalingen zijn thans opgenomen in het decreet van 7 juni 1989 houdende vaststelling, voor het Vlaamse Gewest, van regelen betreffende de organisatie alsook de uitoefening van het administratief toezicht op de gemeenten, inzonderheid in de artikelen 5, 7, 11, 13 en 14 van dat decreet.

De ontworpen regeling reikt echter verder dan de loutere aanpassing van de bestaande decretale bepalingen aan de voornoemde wet van 24 mei 1991 : zoals in de algemene toelichting bij het ontwerp wordt gesteld "wordt (van die noodzakelijk geworden aanpassing) gebruik gemaakt om het administratief toezicht op de handelingen betreffende

(1)Wet tot wijziging van de nieuwe gemeentewet wat de tuchtregeling betreft (Belgisch Staatsblad 6 juni 1991).

Luidens haar artikel 5 treedt deze wet in werking op 1 september 1991.

.../...

tuchtmaatregelen en sommige ordemaatregelen grondig te herzien".

De bedoelde "grondige herziening" heeft meer bepaald betrekking op volgende punten :

- Er wordt afgestapt van het procédé van het goedkeuringstoezicht dat tot nog toe gold met betrekking tot de tuchtmaatregelen (althans wat de leden van het gemeentepersoneel betreft die geen deel uitmaken van de stedelijke of landelijke politie), en in de plaats daarvan wordt voorzien in een veralgemeende mogelijkheid voor de betrokken personeelsleden om een beroep in te stellen bij de provinciegouverneur of bij de Vlaamse Executieve (naargelang van de ernst van de tuchtmaatregel), welke overheden beschikken over een "hervormingsrecht" (artikelen 5 tot 7 en 9, tweede lid, van het ontwerp).

- Een tweede belangrijke nieuwigheid welke door het ontwerp wordt ingevoerd is de in hoofdstuk IV (artikel 8) opgenomen regeling betreffende het "ambtshalve optreden van de Executieve" in geval van weigering van de gemeenteraad om zich uit te spreken over het opleggen van een tuchtstraf aan de secretaris, de adjunct-secretaris en de ontvanger.

Met betrekking tot die regeling wordt in de toelichting bij het ontwerp gesteld wat volgt :

"De Executieve eigent zich de bevoegdheid toe zelf tuchtstraffen op te leggen aan de gemeentesecretaris, de adjunct-secretaris en de ontvanger. Deze bevoegdheid die tot dusver bestond binnen het raam van het decreet van 7 juni 1989, in hoofde van de gouverneur, ten overstaan

.../...

van de secretaris en de adjunct-secretaris in geval van handel drijven, wordt aan de Executieve opgedragen, ook voor de ontvanger, en niet alleen maar wegens miskennen van het verbod om handel te drijven. Het is duidelijk dat de Executieve hier slechts behoedzaam zal optreden in uiterste gevallen".

- Luidens artikel 3 van het ontwerp is de gemeentelijke overheid die een tuchtstraf oplegt aan een personeelslid, op straffe van nietigheid van het getroffen tuchtstrafbesluit, verplicht het desbetreffend besluit samen met het volledig tuchtdossier aan de toezichthoudende overheid toe te zenden. Deze toezending dient te gebeuren op dezelfde datum als de toezending bij een ter post aangetekende brief of de overhandiging tegen ontvangstbewijs van het tuchtstrafbesluit aan de betrokkene.

Dezelfde mededelingsplicht wordt door artikel 9, eerste lid, van het ontwerp opgelegd wat de maatregelen van preventieve schorsing betreft.

Noch uit de tekst van het ontwerp, noch uit de toelichting valt op te maken of de toezichthoudende overheid ten aanzien van de haar aldus meegedeelde beslissingen de in het ontwerp bedoelde toezichtsbevoegdheden kan uitoefenen, ook als er door de betrokken personeelsleden geen beroep wordt ingesteld als bedoeld in de artikelen 5 tot 7 en 9.

- In hoofdstuk VI (artikelen 11 tot 17) ten slotte worden de "procedurewaarborgen" geregeld, inzonderheid de verplichting voor de toezichthoudende overheid om het betrokken personeelslid en het gemeentebestuur de gelegenheid te bieden

.../...

gehoord te worden vooraleer uitspraak wordt gedaan over het ingestelde beroep.

2. In de mate dat het ontwerp voorziet in een veralgemeende toepassing van het procédé van de "herziening na beroep" en, a fortiori, in zoverre het de Vlaamse Executieve machtigt om ambtshalve sommige tuchtstraffen op te leggen bij verzuim van het gemeentebestuur om zulks te doen, doet het de vraag rijzen of aldus niet de grenzen worden overschreden van wat in de regel kan worden begrepen onder "administratief toezicht op autonome gedecentraliseerde besturen" en of de ontworpen regeling, wat die aspecten betreft, derhalve kan worden ingepast in de bevoegdheid om de organisatie en de uitoefening van het gewoon administratief toezicht te regelen, welke bevoegdheid aan de Gewesten werd toegewezen door artikel 7, eerste lid, a), van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen.

Algemeen wordt immers aangenomen dat de bevoegdheid inzake het administratief toezicht op de gemeenten, waarvan de autonomie verankerd ligt in de artikelen 31 en 108 van de Grondwet, in beginsel niet het recht omvat om de beslissingen van het onder toezicht staande gedecentraliseerde bestuur te wijzigen (2).

(2) Zie A. MAST, A. ALLEN en J. DUJARDIN, Overzicht van het Belgisch Administratief Recht, 1989, nr. 83, waar in dit verband het volgende wordt gesteld :
"Hierin is het kenmerkend onderscheid gelegen tussen het administratief toezicht en het hiërarchisch gezag. Wijzigd de hiërarchische overheid de rechtshandeling van een ondergeschikte overheid, dan stelt zij haar eigen

Weliswaar worden afwijkingen van dat principiële verbod aanvaard teneinde de toezichthoudende overheid toe te staan om op te treden in de plaats van een ondergeschikt bestuur dat weigert zijn wettelijke verplichtingen na te komen (het zogenaamde "vervangend optreden") of om, na beroep, haar beslissing in de plaats te stellen van die van het gedecentraliseerde bestuur ("herziening na beroep"), doch die maatregelen van dwangtoezicht behoren - omwille van het autonomiebeginsel - beperkt te blijven tot de gevallen waarin het ondergeschikte bestuur een gebonden bevoegdheid heeft, met andere woorden tot de gevallen waarin het optreden van de toezichthoudende overheid uitsluitend tot doel heeft de nakoming van een wettelijke verplichting van het ondergeschikte bestuur te waarborgen en waarin dat vervangend optreden of beslissen niet de uitoefening impliceert van een aan het autonome gedecentraliseerde bestuur toekomende discretionaire bevoegdheid.

De door de artikelen 7 en 8 van het ontwerp aan de toezichthoudende overheden verleende - onbegrensde - bevoegdheid om de door de gemeentebesturen getroffen tuchtmaatregelen te wijzigen of zelfs om in de plaats van die

beslissing in de plaats van die van het ondergeschikt orgaan. Handelingen van lagere gecentraliseerde bestuursorganen kunnen door die van hogere hiërarchische overheden worden vervangen omdat beide overheden - al heeft de ene meer gezag dan de andere - dezelfde administratieve rechtspersoon vertegenwoordigen. De handelingen van gedecentraliseerde plaatselijke overheden daarentegen kan het centraal of regionaal bestuur principieel niet door eigen beslissingen vervangen omdat zij de uiting zijn van de bevoegdheid van een andere rechtspersoon".

.../...

besturen disciplinaire maatregelen ten aanzien van hun personeel te nemen, is duidelijk in strijd met de hiervoren weergegeven beginselen aangezien het hier gaat om een discretionaire bevoegdheid bij uitstek van de gemeentebesturen (3).

Bij het onderzoek van de vraag of de in de artikelen 7 en 8 ontworpen regeling kan worden ingepast in de bevoegdheid van de Gewesten inzake het administratief toezicht als bedoeld in artikel 7 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980, kan het arrest nr. 73 van 22 december 1988 worden betrokken dat het Arbitragehof heeft gewezen inzake het beroep van de Waalse Gewestexecutieve tot gedeeltelijke vernietiging van de wet van 11 februari 1986 op de gemeentepolitie.

Of dat arrest evenwel uitsluitend geeft over de vraag of het ontworpen toezichtsprocédé verenigbaar is met het

(3) Met betrekking tot de bepalingen van de artikelen 13 en 14 van het voornoemde decreet van 7 juni 1989 die voorzien in de mogelijkheid voor de toezichthoudende overheid om op beroep van leden van de stedelijke of landelijke politie haar beslissing in de plaats te stellen van die van de gemeentebesturen, wordt door MAST, ALEN en DUJARDIN (o.c., nr. 93) opgemerkt dat ze "moeilijk overeen te brengen (zijn) met de autonome beslissingsbevoegdheid van de organen van een gedecentraliseerd bestuur" en dat dergelijke regelingen "een absolute uitzondering (moeten) blijven".

Er dient overigens te worden opgemerkt dat die bepalingen niet aan de afdeling wetgeving werden voorgelegd.

.../...

grondwettelijke beginsel van de autonomie van de gemeenten, kan ernstig worden betwijfeld.

In dat arrest heeft het Arbitragehof inzonderheid overwogen :

- dat "mocht de nationale wetgever systematisch, ten gunste van publiekrechtelijke en privaatrechtelijke personen, een beroep openstellen bij de nationale administratieve overheid die hij zou aanwijzen, tegen verscheidene toezichthoudende beslissingen van gewestelijke overheden, ... daaruit zou voortvloeien dat de volheid van bevoegdheid die bij artikel 7 van de bijzondere wet inzake de uitoefening van het administratief toezicht aan het Gewest wordt toegekend, zou worden herleid tot een eenvoudige controle in eerste aanleg" (considerans 6.B.7, tweede lid);
- dat "de voorschriften van artikel 7, uitgelegd in het licht van het autonomiebeginsel, gebieden zulk beroep aan te merken als beroep in het kader van administratief toezicht in de zin van de bijzondere wet" (ibidem, derde lid);
- dat "het feit dat het beroep ten deze openstaat, niet tegen een maatregel van administratief toezicht uitgeoefend op de gemeenteoverheden - zoals dat aanvankelijk was beoogd door de Regering in het voorontwerp van wet dat aan het advies van de Raad van State werd onderworpen - maar tegen beslissingen van gemeenteoverheden zelf, ... niet toestaat een andere oplossing aan te nemen en ... aan dat administratief en niet-jurisdictioneel beroep niet het karakter (ontneemt) van beroep in het kader van toezicht" (ibidem, vierde lid);

.../...

- dat "het ... trouwens moeilijk denkbaar (is) dat het door de bijzondere wetgever ingestelde regime van toezicht tot gevolg zou hebben dat gemeenteambtenaren voor hun handelingen rekenschap geven aan een administratieve overheid - die geen rechtscollege is - die verschillend is van de overheid die de wettigheid en de overeenstemming met het algemeen belang van diezelfde handelingen moet beoordelen" (considerans 6.B.8);
- dat "het begrip "administratief toezicht" zich er niet tegen (verzet) dat de overheid haar tuchtrechtelijke beslissing baseert op omstandigheden en belangen eigen aan het personeelslid. Bij het nemen van een tuchtrechtelijke beslissing, het controleren of hervormen ervan, sluiten de wettigheid en het algemeen (belang) niet uit dat die omstandigheden en belangen in aanmerking worden genomen" (considerans 6.B.9);
- dat "uit het voorgaande volgt dat het beroep dat ten deze bij een administratieve overheid openstaat teneinde een administratieve beslissing te herzien, een toezichthoudend procédé is in de zin van artikel 7 van de bijzondere wet. Aangezien het gaat om een handeling die onder het gewoon administratief toezicht valt, behoren de organisatie van de procedures en de uitoefening van dat toezicht tot de bevoegdheid van het Gewest" (considerans 6.B.10).

Hoewel uit de aangehaalde passussen van het arrest duidelijk volgt dat het de nationale wetgever niet langer toekomt, bij het vaststellen van de organieke regelen

.../...

betreffende de gemeenten, bepalingen aan te nemen die zouden neerkomen op een uitholling van de door artikel 7 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 aan de Gewesten toegewezen bevoegdheden inzake het organiseren en het uitoefenen van het administratief toezicht, heeft het Arbitragehof zich evenwel niet uitgesproken - althans niet expliciet - over de vraag of de Gewesten, bij het organiseren van het administratief toezicht, regelingen kunnen vaststellen die de toezichthoudende overheid toestaan tuchtrechtelijke beslissingen van de gemeentebesturen te hervormen op beroep.

De conclusie uit het vorenstaande blijkt dan ook te moeten zijn dat het ontwerp derwijze zou moeten worden omgewerkt dat aan de toezichthoudende overheden alleen een goedkeuringstoezicht zou worden toegekend (artikel 7) en dat de regeling met betrekking tot het ambtshalve optreden van de Vlaamse Executieve (artikel 8) zou worden beperkt tot het geval waarin de gemeente een wettelijke verplichting weigert na te komen (zie artikel 38 van de nieuwe gemeentewet en artikel 7 van het eerderevermelde decreet van 7 juni 1989).

3. Onverminderd de hiervoren gemaakte opmerking met betrekking tot de omwerking van de ontworpen regeling, kan nog worden gesuggereerd de ontworpen bepalingen als volgt logischer in te delen :

-hoofdstuk I - Algemene bepalingen : artikelen 1 en 2 (de artikelen 1 en 2 van het ontwerp);

.../...

- hoofdstuk II - Mededelingsplicht : artikel 3 (de bepalingen van de artikelen 3 en 9, eerste lid, van het ontwerp);
- hoofdstuk III - Beroep bij de toezichthoudende overheid :
 - artikel 4 (de bepalingen van artikel 7, § 1, eerste lid, en de artikelen 4 en 10 van het ontwerp);
 - artikel 5, § 1 (de bepalingen van de artikelen 5, 6, 9, tweede lid, en 18 van het ontwerp);
 - artikel 5, § 2 (de bepaling van artikel 7, § 1, tweede lid, van het ontwerp);
 - artikel 6 (de bepalingen van artikel 7, § 1, derde lid, en § 2, van het ontwerp);
- hoofdstuk IV - Rechten van de verdediging : artikelen 7 tot 13 (de bepalingen van de artikelen 11 tot 17 van het ontwerp);
- hoofdstuk V - Ambtshalve optreden van de Executieve : artikelen 14 tot 16 (de bepalingen van artikel 8 van het ontwerp, te spreiden over drie artikelen);
- hoofdstuk VI - Opheffings- en overgangsbepalingen : artikelen 17 en 18 (de artikelen 19 en 20 van het ontwerp).

BIJZONDERE OPMERKINGEN.

Artikel 2.

De in fine van dit artikel opgenomen woorden "waarvoor het gewest inzake de uitoefening van het toezicht bevoegd is", die verwijzen naar de beperking van de bevoegdheid

.../...

van het Vlaamse Gewest wat de zes randgemeenten rond Brussel-Hoofdstad en de gemeente Voeren betreft, zijn een loutere herhaling van artikel 7, tweede lid, 2E, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 en dienen derhalve te worden weggelaten.

Artikel 4.

Overeenkomstig het hiervoren geformuleerde voorstel betreffende de inrichting van het ontwerp (algemene opmerking 3), zou dit artikel worden samengevoegd met de artikelen 7, § 1, eerste lid, en 10 van het ontwerp.

De ontworpen bepaling zou dan beter als volgt worden geredigeerd :

"Het beroep schorst de beslissing niet".

Artikel 8.

Wat het eerste lid van dit artikel betreft, wordt verwezen naar de algemene opmerking 2.

Luidens het derde lid "(zijn) dezelfde waarborgen als in de beroepsprocedure inzake tuchtstraffen ... op dit artikel (sic) van toepassing".

Bedoeld wordt allicht dat het in dit artikel bedoelde besluit van de Executieve slechts kan worden genomen nadat de

.../...

betrokkene en het gemeentebestuur de gelegenheid hebben gekregen om te worden gehoord (vergelijk artikel 11) en op voorwaarde dat met betrekking tot die hoorzitting de in de artikelen 12 tot 17 bepaalde procedureregelen werden in acht genomen.

De ter zake aan de betrokkenen verleende waarborgen zouden beter expliciet worden uitgeschreven.

Artikel 9.

Luidens het tweede lid kan de betrokkene tegen besluiten waarbij een preventieve schorsing wordt opgelegd door een "provinciale overheid", beroep instellen bij de Executieve.

Uit de combinatie van artikel 311, eerste lid, van de nieuwe gemeentewet, zoals gewijzigd door de voornoemde wet van 24 mei 1991, met de artikelen 289, 290, 291, 294 en 295 van diezelfde nieuwe gemeentewet, blijkt dat in de ontworpen bepaling alleen kunnen bedoeld zijn de preventieve schorsingen welke de provinciegouverneur kan opleggen aan de hoofdcommissarissen, commissarissen en adjunct-commissarissen van politie en aan de brigadecommissarissen, de hoofd-veldwachters en de "enige veldwachters".

Aangezien de wetgever het opleggen van die maatregelen heeft onttrokken aan de bevoegdheid van de gemeenten (en aan de gemeentelijke autonomie), kan het Gewest, op grond van de bevoegdheid die het ontleent aan artikel 7 van de

.../...

bijzondere wet van 8 augustus 1980, op die beslissingen geen administratief toezicht organiseren.

In de betrokken bepaling moet derhalve alleen de mogelijkheid worden behouden om bij de provinciegouverneur beroep in te stellen tegen besluiten waarbij de gemeente-lijke overheid preventieve schorsingen oplegt.

Om de redenen uiteengezet met betrekking tot het tweede lid, vervange men in het eerste lid van artikel 9 de woorden "Elke overheid" door "Elke gemeentelijke overheid".

Wanneer wordt ingegaan op het voorstel om de ontworpen bepalingen te herschikken (algemene opmerking 3), kan het derde lid van artikel 9 worden weggelaten.

Dezelfde opmerking geldt voor artikel 10.

Artikel 11.

Aangezien overeenkomstig artikel 68 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 elke Executieve haar werkwijze regelt, komt het de decreetgever niet toe te bepalen dat de in het derde lid bedoelde ambtenaar moet behoren tot het "Departement Economie, Werkgelegenheid en Binnenlandse Aangelegenheden, Administratie voor Binnenlandse Aangelegenheden" van het Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap. De aangehaalde woorden dienen derhalve te worden geschrapt.

.../...

Artikel 16.

Men redigere het eerste lid als volgt :

"Op het einde van de hoorzitting wordt een proces-verbaal opgesteld".

Hoofdstuk VII - Artikel 18.

Aangezien artikel 18 ertoe strekt de aanwijzing van de gouverneur of de vice-gouverneur van Brabant aan de Executieve over te laten, kan het opschrift van hoofdstuk VII bezwaarlijk alleen van de vice-gouverneur gewagen.

Wanneer wordt ingegaan op de suggestie om de inrichting van het ontwerp om te werken (algemene opmerking 3), zou dat opschrift overigens worden weggelaten.

De redactie van artikel 18 kan, mede gelet op het bepaalde in artikel 2 van het ontwerp, als volgt worden vereenvoudigd :

"Wat de onder de toepassing van dit decreet vallende gemeenten van de provincie Brabant betreft, worden de aan de provinciegouverneur opgedragen bevoegdheden uitgeoefend door degene van de gouverneur en de vice-gouverneur van Brabant die daartoe door de Executieve wordt aangewezen".

Artikel 19.

.../...

Aangezien de ontworpen regeling een algemene strekking heeft en onder meer toepassing zal vinden op de tuchtmaatregelen die door de gemeentelijke overheden worden genomen ten aanzien van leden van de stedelijke of landelijke politie, zou ook moeten worden voorzien in de formele opheffing van het decreet van 10 mei 1989 houdende regeling, voor het Vlaamse Gewest, van het administratief toezicht betreffende sommige tuchtmaatregelen getroffen ten aanzien van de leden van de gemeentepolitie, welk decreet overigens impliciet blijkt te zijn opgeheven door dat van 7 juni 1989.

Men late paragraaf 2 als volgt aanvangen :

"De beslissingen inzake tucht- en ordemaatregelen welke door de gemeenteoverheden werden genomen vo, 'o, 'r de inwerkingtreding van dit decreet, blijven ...".

.../...

De kamer was samengesteld uit

de Heren :	J. NIMMEGEERS,	kamervoorzitter,
	W. DEROOVER,	staatsraden,
	D. VERBIEST,	
	F. DE KEMPENEER,	assessoren van de
	J. GIJSSELS,	afdeling wetgeving,
Mevrouw :	F. LIEVENS,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de H. J. BAERT, auditeur.
De nota van het Coördinatiebureau werd opgesteld en toegelicht door de
H. K. VERMASSEN, referendaris.

DE GRIFFIER,

DE VOORZITTER,

F. LIEVENS.

J. NIMMEGEERS.