

KONINKRIJK BELGIE

ADVIES VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, eerste kamer, op 19 januari 1998 door de Vlaamse minister van Onderwijs en Ambtenarenzaken verzocht hem van advies te dienen over een ontwerp van besluit van de Vlaamse regering "tot wijziging van het besluit van de Vlaamse regering van 10 mei 1995 houdende organisatie van de Dienst voor Infrastructuurwerken van het Gesubsidieerd Onderwijs en de regeling van de rechtspositie van het personeel", heeft op 12 maart 1998 het volgende advies gegeven :

ALGEMENE OPMERKINGEN

1. Luidens artikel 84 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming van de instellingen, worden de besluiten van de Regeringen in het Belgisch Staatsblad bekendgemaakt. Wanneer zij geen belang hebben voor de algemeenheid van de burgers, mogen die besluiten bij uittreksel bekendgemaakt worden of het voorwerp zijn van een gewone vermelding in het Belgisch Staatsblad. Wanneer hun bekendmaking geen openbaar nut heeft, mag daarvan afgezien worden. De besluiten worden verbindend vanaf de tiende dag na die van hun bekendmaking, tenzij zij een andere termijn bepalen.

Het besluit van de Vlaamse regering van 10 mei 1995 houdende organisatie van de Dienst voor Infrastructuurwerken van het Gesubsidieerd Onderwijs waarvan de wijziging wordt beoogd, - hierna het DIGO-besluit te noemen - werd niet bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad. Blijkbaar is de Vlaamse regering dus ervan uitgegaan dat zij geen belang had voor de algemeenheid van de burgers. Er kan worden betwijfeld of die zienswijze wel de juiste is. Immers, de desbetreffende regeling heeft bijvoorbeeld ook betrekking op de aanwerving van de ambtenaren van de DIGO, wat per definitie toch ook personen aanbelangt die (nog) geen deel uitmaken van zijn personeel. Ook diverse andere bepalingen, zoals bijv. die aangaande spreekrecht, verlof, tucht, enz. kunnen onder sommige omstandigheden buitenstaanders aanbelangen.

.../...

Het is dan ook aan te bevelen het door het ontwerp te wijzigen besluit zowel als de voorgenomen wijzigingen in het Belgisch Staatsblad bekend te maken.

2. In zijn advies nr. L. 24.200/1, van 30 maart 1995 bij het ontwerp dat het DIGO-besluit is geworden, stelde de Raad van State vast dat over dat ontwerp niet de collegiale beraadslaging had plaatsgehad die wordt opgelegd door artikel 69 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen. Immers, was dit ontwerp van besluit, na de syndicale onderhandelingen, niet opnieuw aan de Vlaamse regering voorgelegd, zodat deze geen kennis had kunnen nemen van de voorgestelde wijzigingen noch ter zake een beslissing had kunnen nemen. Aangezien voorontwerpen van wet, decreet of ordonnantie en ontwerpen van reglementaire besluiten slechts met toepassing van artikel 3, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State aan de afdeling wetgeving worden voorgelegd, nadat ze alle achtereenvolgende stadia van de administratieve voorbereiding ervan, onder meer de syndicale raadpleging, hebben doorgemaakt, en nadat de stellers van de ontwerpen de gelegenheid hebben gehad eventueel hun teksten aan te passen en de Vlaamse regering zich niet heeft beraden over de resultaten van de syndicale onderhandeling en de uiteindelijke tekst van het ontwerp niet heeft goedgekeurd, werd het ontwerp niet in zoverre gereed bevonden dat het door de afdeling wetgeving kon worden onderzocht.

Een identieke opmerking heeft de Raad van State, afdeling wetgeving, ook gemaakt in haar advies

.../...

nr. L. 24.260/1, van 30 maart 1995, over een ontwerp dat een ander besluit van de Vlaamse regering, eveneens van 10 mei 1995, houdende organisatie van de administratieve diensten van de Autonome Raad voor het Gemeenschapsonderwijs en de regeling van de rechtspositie van het personeel - hierna te noemen : ARG0-besluit - is geworden.

Vaststellende dat aan de in het advies bedoelde vereiste niet was voldaan ten aanzien van het ontwerp dat het ARG0-besluit is geworden, heeft de afdeling administratie van de Raad van State, bij arrest nr. 71.514, ROOS, van 3 februari 1998, de artikelen III 2, § 3, tweede lid, VI 29, XI 10, XIII 42 tot 47 en 53 van dat besluit nietig verklaard.

De argumentatie die aanleiding heeft gegeven tot de nietigverklaring van het ARG0-besluit zou eveneens kunnen worden gehouden ten aanzien van het DIG0-besluit, waarvan de wijziging beoogd wordt bij het voor advies voorgelegde ontwerp.

Weliswaar heeft dat DIG0-besluit, voor zover de afdeling wetgeving bekend is, nog niet het voorwerp uitgemaakt van een arrest tot nietigverklaring op de voormelde grond, noch in zijn geheel noch wat een zijner onderdelen betreft. Niettemin is het gevaar niet denkbeeldig en zelfs zeer reëel dat, ofwel dat besluit of gedeelten ervan rechtstreeks nietig worden verklaard op grond van het in het voormelde arrest ROOS gegrond bevonden middel, ofwel de gewone of de administratieve rechter, uitspraak doende in het kader van een geding aangaande een overheidsbeslissing

.../...

genomen met toepassing van de bepalingen van genoemd besluit, overeenkomstig artikel 159 van de Grondwet zal weigeren het toe te passen. Hierbij kan worden opgemerkt dat in de beide hypothesen het middel eventueel ambtshalve zou kunnen worden aangevoerd.

Het is dan ook ten zeerste aanbevelenswaardig dat de Vlaamse regering - na indien nodig de vereiste voorafgaande formaliteiten opnieuw te hebben vervuld - over de gehele tekst welke het DIGO-besluit uitmaakt zou beraadslagen, opnieuw het advies van de Raad van State zou inwinnen, en daarna een nieuw besluit zou nemen dat in de plaats zal komen van het bestaande DIGO-besluit.

Alleszins moet hierbij worden beklemtoond dat het euvel van onwettigheid van het ganse besluit van 10 mei 1995 niet wordt verholpen door nu het advies te vragen van de afdeling wetgeving van de Raad van State over een wijzigend besluit. Dat is zelfs niet het geval wat de ontworpen wijzigende bepalingen op zichzelf betreft, aangezien deze de oorspronkelijke bepalingen vaak slechts partieel vervangen en zij hoe dan ook moeten worden gelezen in samenhang met de niet-vervangen tekstgedeelten.

3. Artikel 59 van het ontwerp strekt ertoe aan al de bepalingen ervan terugwerkende kracht te verlenen, hetzij tot 1 januari 1995, hetzij tot 1 januari 1996, hetzij tot 1 juli 1996. De eerstgenoemde datum is de datum waarop het oorspronkelijk DIGO-besluit in werking is getreden.

.../...

Onverminderd de opmerkingen die wat dat betreft zullen worden gemaakt bij sommige artikelen van het ontwerp, kan die terugwerkende kracht enkel toelaatbaar worden geacht in zoverre de ontworpen bepalingen geen nadelige weerslag hebben op de rechtspositie van de betrokken personeelsleden en tussen hen geen onderscheid invoeren dat niet objectief of in redelijkheid verantwoord zou zijn, zomede geen inmenging betekenen in hangende of toekomstige rechtsgedingen.

Wellicht verkeren de stellers van het ontwerp in de mening dat het volstaat een ontworpen regeling reeds anticipatief toe te passen en dan, eenmaal zij tot stand gekomen is, er terugwerkende kracht aan te verbinden. Een regeling is echter enkel verbindend wanneer zij bestaat en bekendgemaakt is, en terugwerkende kracht van een reglement (1) is, zoals gezegd, uitgesloten zodra een betrokkene er nadeel van ondervindt.

De gevaren van terugwerkende kracht kunnen ter zake vooral worden geïllustreerd aan de hand van de nieuwe regels inzake de evaluatie van de ambtenaren. Uit artikel 59 van het ontwerp volgt dat die nieuwe regels met terugwerkende kracht gelden tot 1 juli 1996. Artikel 60 bepaalt bovendien dat de voorbereidende handelingen inzake evaluatie gesteld voor die datum, geacht worden te voldoen aan de ermee overeenstemmende bepalingen van dit ontwerp.

(1) Voor niet-wetgevende akten geldt overigens, naar het principe uitgedrukt in artikel 2 van het burgerlijk wetboek, een algemeen verbod van retroactiviteit.

Dergelijke terugwerkende kracht toekennen aan nieuwe regelingen inzake evaluatie van ambtenaren, die desgevallend een ongunstige weerslag kunnen hebben op de administratieve alsmede de geldelijke loopbaan van deze laatsten, is om moeilijkheden en betwistingen vragen.

Ook van artikel 31 van het ontwerp, waardoor - met een terugwerkende kracht van meer dan twee jaar - een gewijzigde terugbetalingsplicht wordt ingevoerd, dreigt problemen te scheppen.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

Gelet op de hiervoren geformuleerde algemene opmerkingen alsmede op het hoog aantal adviesaanvragen waarover ter zelfder tijd advies wordt gevraagd met toepassing van artikel 84, eerste lid, 1° en 2°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, beperkt de afdeling wetgeving haar bespreking van de tekst tot de volgende bijzondere opmerkingen.

Artikel 5

Het ontworpen artikel VI 22, eerste lid, zoals het is geredigeerd, verleent de leidend ambtenaar de macht om de normale geldigheidsduur van vier jaar van de examenuitslag hetzij te verlengen hetzij te verkorten. Een verkorting is enkel mogelijk wanneer zulks uitdrukkelijk en vooraf in het

.../...

examenreglement (1) is bepaald, enerzijds, en voor een verlenging is het bestaan vereist van redenen die verband houden met de dienst, anderzijds.

Volgens de tot nog toe geldende tekst moest iedere wijziging aan de geldigheidstermijn van vier jaar in het examenreglement - m.a.w. vooraf - bekend worden gemaakt, zonder dat daarbij sprake was van dienstredenen.

Het lijkt de Raad van State aangewezen ook de bevoegdheid om de geldigheidsduur te beperken te verbinden aan de noden van de dienst en in beide gevallen zou de beslissing aan een bijzondere motiveringsplicht moeten worden onderworpen.

Men mag immers niet uit het oog verliezen dat een wijziging van de geldigheidsduur - vooral die om ze te verlengen, welke achteraf wordt genomen - de belangen van sommige kandidaten kan schaden en bijgevolg een miskennen van de gelijkheid tussen de kandidaten zou kunnen betekenen.

Bijkomend moet de aandacht erop worden gevestigd dat, blijkens artikel 59 van het ontwerp, deze ontworpen regeling zal terugwerken tot 1 juli 1996. Indien daarmee bedoeld wordt reeds in het verleden genomen beslissingen tot inkorting of verlenging van de geldigheidstermijn van examens te regulariseren, dan is ook hier het gevaar groot dat verworven rechten worden geschonden of ingegrepen wordt in hangende of toekomstige rechtsgedingen.

(1) De vaste wervingssecretaris stelt in overleg met de leidend ambtenaar het examenreglement op. (art. VI 6, § 1, 2°) De steller van het examenreglement zal dus de beperking van de geldigheidsduur erin moeten opnemen als de leidend ambtenaar zo heeft beslist.

Artikel 7

Het ontworpen artikel VIII 8, § 1, 3° voorziet in de mogelijkheid om een personeelslid als hiërarchische meerdere aan te wijzen voor de evaluatie van personeelsleden met dezelfde rang. Die bepaling miskent het begrip "hiërarchische meerdere". Immers, alleen een ambtenaar met een hogere rang kan worden aangemerkt als "hiërarchische meerdere". Die opmerking klemmt des te meer, gegeven het voorschrift van artikel 25, eerste lid, 4° van het koninklijk besluit van 26 september 1994 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 de Gewestregeringen en van de Colleges van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie, alsook op de publiekrechtelijke rechtspersonen die ervan afhangen (hierna te noemen : A.P.K.B.), luidens hetwelk de evaluatie ten minste moet geschieden door twee hiërarchische meerderen (1).

Artikel 16

Artikelen dragen slechts één nummer. De correcte legistieke werkwijze bestaat erin artikel VIII 20 te vervangen door een nieuw artikel VIII 20 en de artikelen VIII 21 tot VIII 23 op te heffen.

(1) Zie ook artikel 21 van het A.P.K.B., luidens hetwelk de loopbaan wordt vastgelegd in hiërarchische rangen.

Artikel 18

Het ontworpen artikel VIII 25 bepaalt dat, indien op het evaluatietijdstip blijkt dat één van de evaluatoren ontbreekt of nog geen opleiding gevolgd heeft, hij wordt vervangen door een andere hiërarchische meerdere, aangeduid door de evaluatoren van de ontbrekende evaluator. Die bepaling kan tot toepassingen leiden welke strijdig zijn met artikel 25, eerste lid, 4°, van het A.P.K.B., in zoverre de onmiddellijke hiërarchische meerdere niet zou worden betrokken bij de evaluatie.

Artikel 21

De ontworpen paragraaf 3 bevat een tegenstrijdigheid : de beperking van de geldigheidsduur van de vergelijkende bekwaamheidsproef waartoe de leidend ambtenaar volgens de eerste volzin kan beslissen, kan immers alleen maar betekenen dat een kortere geldigheidsduur wordt bepaald en zulks dient volgens de tweede volzin vooraf in het examenreglement te worden geregeld. Men schrijve derhalve "... behoudt onbeperkt het voordeel van zijn uitslag, tenzij het examenreglement het anders bepaalt."

Artikel 29

1. Dit artikel bevat een regeling inzake de loopbaanonderbreking naar aanleiding van de geboorte van een kind van de ambtenaar. Het ontwerp voorziet evenwel niet in een

.../...

analoge regeling met betrekking tot de adoptie van een kind. Daargelaten de vraag of zulks niet strijdig is met het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel, dient in dat verband de aandacht te worden gevestigd op de voorschriften van richtlijn 96/34/EG van de Raad van 3 juni 1996, betreffende de door de UNICE, het CEEP en het EVV gesloten raamovereenkomst inzake ouderschapsverlof.

Beding 2.1. van die raamovereenkomst bepaalt dat aan werknemers, zowel mannen als vrouwen, "bij geboorte of adoptie van een kind" een individueel recht wordt toegekend om hen in staat te stellen gedurende ten minste drie maanden (1) voor hun kind te zorgen.

Luidens artikel 2, lid 1, eerste alinea, van de voornoemde richtlijn 96/34/EG, moeten de lidstaten de nodige wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in werking doen treden om uiterlijk op 3 juni 1998 te voldoen aan de verplichting tot tenuitvoerlegging van de raamovereenkomst.

2. In fine van het tweede lid dient het woord "afkomst" te worden vervangen door het juridisch gebruikelijke "afstamming", uiteraard indien dat laatste wordt bedoeld. Indien iets anders wordt bedoeld, moet het duidelijker worden omschreven.

(1) In de ontworpen bepaling is een verlof van twaalf weken opgenomen, hetgeen niet hetzelfde is.

Artikel 30

1. Het is gebruikelijk om wijzigingen aan eenzelfde artikel eveneens te groeperen in een enkel artikel. Artikel 30 van het ontwerp moet dan ook worden samengevoegd met artikel 29.

2. In het eerste lid schrijve men, zoals overigens correct gebeurt in het tweede lid, "palliatieve verzorging" en niet "palliatieve zorgen" (1).

Artikelen 59 en 60

Wat deze artikelen betreft wordt verwezen naar de algemene opmerkingen, sub 3.

(1) Zie W. Penninckx en P. Buyse, Correct taalgebruik, Kortrijk, UGA, 1991, 236.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	J. DE BRABANDERE,	kamervoorzitter,
	M. VAN DAMME,	staatsraden,
	D. ALBRECHT,	
	G. SCHRANS,	assessoren van de
	E. WYMEERSCH,	afdeling wetgeving,
Mevrouw	A. BECKERS,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de H. G. VAN HAEGENDOREN, auditeur. De nota van het Coördinatiebureau werd opgesteld door Mevr. D. MAREEN, adjunct-referendaris.

DE GRIFFIER,

DE VOORZITTER,

A. BECKERS

J. DE BRABANDERE