KONINKRIJK BELGIE

ADVIES VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, derde kamer, op 5 maart 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 28 januari 1997 houdende statuut en organisatie van de Vlaamse wetenschappelijke instellingen en de regeling van de rechtspositie van het personeel, wat betreft de uitvoering van het sectoraal akkoord 1995-1996", heeft op 12 mei 1998 het volgende advies gegeven :

STREKKING VAN HET ONTWERP

De wijzigingen welke het voor advies voorgelegde ontwerpbesluit beoogt aan te brengen in het besluit van de Vlaamse regering van 28 januari 1997 houdende statuut en organisatie van de Vlaamse wetenschappelijke instellingen en de regeling van de rechtspositie van het personeel hebben betrekking op :

- de diplomavereisten inzake bevordering of aanwerving (artikelen 1, 2, 12 en 18 van het ontwerp);

- de verlofregeling voor verminderde prestaties (artikelen 3 en 4) en voor loopbaanonderbreking (artikelen 5, 6, 9, 1°, 13 en 14);

- het gecontingenteerd verlof (artikelen 7, 8 en 15);

- het vormingsverlof (artikelen 9, 2°, en 16);

- de tegemoetkoming van de werkgever in de verplaatsingskosten van de ambtenaren (artikelen 10, 11 en 17).

VOORAFGAANDE VORMVEREISTEN

De artikelen 5 en 6 van het ontwerp, die betrekking hebben op de loopbaanonderbreking, zijn bepalingen die de afwezige ambtenaren in een administratieve stand plaatsen met recht op administratieve anciënniteit en loopbaanaanspraken. Overeenkomstig artikel 42 van het koninklijk

besluit van 26 september 1994 tot bepaling van de algemene principes (APKB) is voor dergelijke regelingen de voorafgaande goedkeuring vereist van de inzake pensioenen bevoegde federale overheid. Die voorafgaande goedkeuring, die volgens de gemachtigde van de regering niet zou zijn verkregen, dient alsnog te worden gevraagd.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 1

1. Zoals dit artikel is geredigeerd, strekt het ertoe de bepaling van artikel VI 5, § 1, 2°, van het besluit van 28 januari 1997 - welke bepaling twee leden omvat - te vervangen door een bepaling die uit slechts één lid bestaat, enerzijds (artikel 1, 1°, van het ontwerp), en aan dat artikel VI 5, § 1, een tweede lid toe te voegen, anderzijds (artikel 1, 2°, van het ontwerp).

Zoals o.m. kan worden opgemaakt uit de verwijzing, in het ontworpen artikel VI 39 (artikel 2 van het ontwerp), naar "de voorwaarde in artikel VI 5, § 1, 2°", lijkt het eerder de bedoeling te zijn artikel VI 5, § 1, 2°, te vervangen door een bepaling die twee leden omvat. De bepaling opgenomen in artikel 1, 2°, van het ontwerp moet m.a.w. het tweede lid vormen van artikel VI 5, § 1, 2°, en niet een tweede lid van paragraaf 1 van dat artikel VI 5.

Onverminderd de opmerking die hierna wordt gemaakt met betrekking tot dat tweede lid, zou artikel 1 dan ook als volgt moeten worden geredigeerd :

"Artikel 1. Artikel VI 5, § 1, 2°, van het besluit ... wordt vervangen als volgt :

«2° in het bezit zijn van een diploma of studiegetuigschrift .... Wervingssecretaris.

Houders van een diploma of getuigschrift dat ... in de functiebeschrijving.»".

2. In het ontworpen artikel VI 5, § 1, 2°, eerste lid, vervange men de woorden "volgens bijlage 4 bij dit besluit" door "volgens bijlage 3 bij dit besluit".

3. Luidens het ontworpen tweede lid van artikel VI 5, § 1, 2°, "(worden) houders van een diploma of getuigschrift dat toegang verleent tot een bepaald niveau ... uitgesloten van deelname aan een wervingsexamen voor een lager niveau".

Krachtens de thans geldende regeling van artikel VI 5, § 1, 2°, tweede lid, kunnen diploma's of studiegetuigschriften die toegang verlenen tot een bepaald niveau in aanmerking worden genomen voor de toelating tot de graden van lagere niveaus voorzover dit uitdrukkelijk in de functiebeschrijving of het examenreglement wordt bepaald. In de bij de adviesaanvraag gevoegde nota aan de Vlaamse

regering wordt gesteld dat die regeling leidt tot "overkwalificering en het verdringen van laaggeschoolden door hoger gediplomeerden" en dat ze "een te groot personeelsverloop" en "demotivatie door ondergebruik van capaciteiten" tot gevolg heeft.

In zoverre de ontworpen bepaling de toegang tot het aanwervingsexamen voor een bepaald niveau ontzegt aan de kandidaten die nochtans het voor dat niveau vereiste diploma bezitten, doch bovendien een diploma hebben verkregen dat toegang verleent tot ambten van een hoger niveau, moet worden nagegaan of ze bestaanbaar kan worden geacht met het gelijkheidsbeginsel (artikel 10 van de Grondwet) en met het recht op arbeid en de vrije keuze van beroepsarbeid (artikel 23 van de Grondwet). Opdat de ontworpen regeling verenigbaar zou zijn met die beginselen, is vereist, niet alleen dat ze een wettig doel nastreeft - wat in het voorliggende geval aan de hand van de in de nota aan de regering verstrekte verantwoording kan worden aangenomen -, doch ook dat de voorgenomen maatregel in een redelijk evenredigheidsverband staat tot dat doel.

Aangezien de ontworpen bepaling een absoluut verbod van toegang tot het lagere niveau inhoudt, dat geen ruimte laat voor afwijkingen in specifieke gevallen, kan niet worden uitgesloten dat in bepaalde omstandigheden zal worden geoordeeld dat het evenredigheidsbeginsel geschonden is. De thans vigerende bepaling, die ook de mogelijkheid inhoudt om de toegang tot het lagere niveau af te sluiten, beantwoordt beter aan dat beginsel.

4. Volgens de nota aan de regering zou de ontworpen regeling niet gelden voor "de laureaten van een wervingsexamen die een hoger diploma pas bekwamen na hun inschrijving, respectievelijk slagen voor het wervingsexamen".

Die uitzondering wordt in het ontwerp alleen opgenomen voor de contractuele personeelsleden (ontworpen artikel XIV 7, tweede lid - artikel 12, 2°, van het ontwerp). Indien de ontworpen regeling in het ontwerp wordt behouden, dient ook voor het statutaire personeel uitdrukkelijk in de bedoelde uitzondering te worden voorzien.

Artikel 2

Men vervange in het ontworpen artikel VI 39 de woorden "De voorwaarde in artikel VI 5, § 1, 2° dat de kandidaat ..." door "De bepaling van artikel VI 5, § 1, 2°, tweede lid, luidens welke de kandidaat ...".

Artikel 4

Artikel XI 41, § 1, eerste lid, van het statuut van 28 januari 1997 verleent het recht om het ambt met verminderde prestaties uit te oefenen aan twee categorieën van ambtenaren, namelijk aan "de ambtenaar die de leeftijd van vijftig jaar heeft bereikt", enerzijds, en aan "de ambtenaar die ten minste twee kinderen ten laste heeft die nog niet de leeftijd van vijftien jaar bereikt hebben", anderzijds.

Artikel 4 van het ontwerp strekt ertoe het tweede lid van dat artikel XI 41, § 1, te vervangen door de volgende bepaling :

"In afwijking van het eerste lid geldt dit recht op verlof nochtans niet :

- voor de ambtenaar van niveau A die de leeftijd van vijftig jaar heeft bereikt en

- voor de ambtenaar die twee kinderen ten laste heeft die geen 15 jaar oud zijn en die de leidinggevende functie van afdelingshoofd of instellingshoofd uitoefent of als ambtenaar van rang A1 in een buitendienst een diensthoofdentoelage krijgt.".

Die ontworpen bepaling maakt onvoldoende duidelijk dat de uitzondering bedoeld in de bepaling na het eerste streepje betrekking heeft op de eerste categorie van ambtenaren bedoeld in het eerste lid (de ambtenaren die de leeftijd van vijftig jaar hebben bereikt) en dat de bepaling na het tweede streepje betrekking heeft op de tweede categorie van ambtenaren (die met ten minste twee kinderen ten laste die nog niet de leeftijd van vijftien jaar bereikt hebben). Zoals de ontworpen bepaling is geredigeerd, kan ze m.a.w. in die zin gelezen worden dat de niet-leidinggevende ambtenaar van niveau A die ten minste twee kinderen ten laste heeft die nog niet de leeftijd van vijftien jaar bereikt hebben, geen recht op het verlof heeft wanneer hijzelf de leeftijd van vijftig jaar heeft bereikt.

De bepalingen van paragraaf 1 van artikel XI 41 zouden beter op een andere manier gestructureerd worden om die dubbelzinnigheid weg te werken.

Artikel 5

Volgens de nota aan de Vlaamse regering moet de loopbaanonderbreking naar aanleiding van de adoptie van een kind een aanvang nemen "rond de datum waarop de adoptie is gepland/plaatsvindt". In de ontworpen bepaling wordt de aanvangsdatum van de loopbaanonderbreking alleen geregeld wanneer ze gevraagd wordt naar aanleiding van de geboorte van een kind. De vraag rijst of het niet wenselijk is een analoge regeling in het statuut op te nemen voor de loopbaanonderbreking die gevraagd wordt naar aanleiding van de adoptie.

Artikel 7

Luidens het ontworpen artikel XI 89, tweede lid, wordt de mogelijkheid om eenmaal gedurende de loopbaan een gecontingenteerd verlof te nemen voor het vervullen van de proeftijd in een andere overheidsbetrekking of privé-dienst, omgevormd tot een recht voor de ambtenaar. Dit recht wordt "aangevraagd en toegestaan overeenkomstig de artikelen XI 36, § 1 en § 2, eerste, derde en vierde lid (lees : overeenkomstig artikel XI 36, § 2 en § 3, eerste, derde en vierde lid)".

Met betrekking tot die laatste bepaling wordt in de nota aan de regering gesteld dat de omvorming tot een recht van wat voorheen een gunst was, tot gevolg moet hebben dat "de procedure ... voor het aanvragen en toekennen van

(dit) gecontingenteerd verlof moet worden aangepast ... (in die zin dat er niet langer moet voorzien worden in de) beroepsmogelijkheid (bedoeld in artikel XI 36, § 3, tweede lid, van het statuut)".

Hoewel het verlenen van een recht op het bedoelde verlof tot gevolg heeft dat de overheid dat verlof niet langer kan weigeren om opportuniteitsredenen, kan toch niet worden uitgesloten dat er over de beslissing tot toekenning van het recht tussen de ambtenaar en de overheid nog betwistingen kunnen rijzen, bijvoorbeeld over het ogenblik waarop het verlof aanvangt of over de juiste duur ervan.

Overeenkomstig artikel 46 van het APKB dient het statuut aan de ambtenaar een recht toe te kennen op beroep bij een commissie belast met de kennisneming van alle beroepen inzake afwezigheden. In tegenstelling tot wat in de nota aan de regering wordt gesteld, mag de verwijzing naar de beroepsprocedure bedoeld in artikel XI 36, § 3, tweede lid, derhalve niet worden weggelaten.

Artikel 9

In de bepaling sub 1° van dit artikel schrijve men "vervangen door de woorden «wegens loopbaanonderbreking»" in plaats van "vervangen door het woord «loopbaanonder-breking»".

Artikel 10

Inleidende zin

Volledigheidshalve schrijve men in de inleidende zin "... een titel 5bis ingevoegd, die de artikelen XIII 110bis tot XIII 110octies omvat, luidend als volgt :".

Ontworpen artikel XIII 110bis

Dit artikel strekt ertoe de ambtenaren van niveau A uit te sluiten van de in titel 5bis bedoelde sociale voordelen. In de nota aan de Vlaamse regering wordt daarvoor geen verantwoording gegeven, zodat het de Raad van State niet mogelijk is die uitsluiting te beoordelen in het licht van het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel.

Ontworpen artikel XIII 110quater

Als de minister over enige appreciatieruimte beschikt voor het vaststellen van de lijst van de werkplaatsen die moeilijk of niet te bereiken zijn met het gemeenschappelijk openbaar vervoer, dient die vaststelling te gebeuren bij ministerieel besluit, niet bij omzendbrief. In dat geval moet worden gepreciseerd van welke minister dat besluit dient uit te gaan.

Als de lijst alle werkplaatsen bevat die op minstens 3 km van de werkplaats gelegen zijn, dan zou de vaststelling ervan bij omzendbrief kunnen gebeuren. Uit de tekst van het ontworpen artikel XIII 110quater zou dan wel duidelijker moeten blijken dat onder "moeilijk of niet te bereiken" werkplaatsen verstaan worden "de werkplaatsen die zich op minstens 3 km van de dichtstbijzijnde halte van het gemeenschappelijk openbaar vervoer bevinden".

Ontworpen artikel XIII 110sexies

Het verdient aanbeveling in dit artikel te preciseren dat de bedoelde forfaitaire toelage voor de bestuurders van dienstwagens alleen wordt toegekend voor het ophalen van ambtenaren als bedoeld in artikel XIII 110bis, m.a.w. ambtenaren die hun werkplaats moeilijk of niet met het gemeenschappelijk openbaar vervoer kunnen bereiken.

Ontworpen artikel XIII 110septies

Volgens de nota aan de Vlaamse regering "(ontvangen), met het oog op het bevorderen van carpooling, ... zowel de chauffeur als de passagier(s) ... (de in dit artikel bedoelde) werkgeversbijdrage". Dit zou duidelijker tot uiting moeten worden gebracht in de tekst. In ieder geval vervange men de woorden "eigen vervoermiddel" door bijvoorbeeld "privé-vervoermiddel".

Artikel 11

Het ontworpen artikel XIII 112, § 4, brengt een impliciete wijziging aan in het koninklijk besluit van 18 januari 1965 houdende algemene regeling inzake reiskosten. Vanuit wetgevingstechnisch oogpunt verdient een dergelijke werkwijze geen aanbeveling. Beter ware, ofwel dat koninklijk besluit, wat de Vlaamse Gemeenschap betreft, uitdrukkelijk te wijzigen, ofwel - en dat verdient de voorkeur - een eigen regeling in het te wijzigen besluit op te nemen en het koninklijk besluit op te heffen.

Artikel 19

Dit artikel strekt ertoe aan al de ontworpen bepalingen terugwerkende kracht te verlenen, zij het tot verschillende tijdstippen gelegen tussen 1 januari 1997 en 1 november 1997.

In zoverre de ontworpen bepalingen een nadelige weerslag hebben op de rechtspositie van de betrokken personeelsleden, is die terugwerkende kracht in beginsel niet toelaatbaar. Dit is inzonderheid het geval met de ontworpen bepalingen inzake de toelating tot de wervingsexamens (artikelen 1, 2, 12 en 18 van het ontwerp) en inzake het verlof voor verminderde prestaties voor de ambtenaren van rang A1 die een diensthoofdentoelage krijgen (artikelen 3 en 4 van het ontwerp).

Wat een aantal andere bepalingen betreft, kan de terugwerkende kracht aanleiding geven tot interpretatie-problemen bij de toepassing in concrete gevallen. Dit is inzonderheid het geval met de ontworpen regelingen inzake loopbaanonderbreking naar aanleiding van de geboorte of de adoptie van een kind (artikel 5 van het ontwerp) en inzake het gecontingenteerd verlof en de herplaatsing (artikel 8 van het ontwerp). De vraag rijst of met betrekking tot die regelingen niet moet worden voorzien in overgangsmaat-regelen.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	W. DEROOVER,	kamervoorzitter,
	P. LEMMENS, L. HELLIN,	staatsraden,
	E. WYMEERSCH, A. ALEN,	assessoren van de afdeling wetgeving,
Mevrouw	F. LIEVENS,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de H. G. VAN HAEGENDOREN, auditeur. De nota van het Coördinatiebureau werd opgesteld en toegelicht door de H. J. DRIJKONINGEN, referendaris.

DE GRIFFIER, DE VOORZITTER,

F. LIEVENS W. DEROOVER