

KONINKRIJK BELGIË

ROYAUME DE BELGIQUE

ADVIES 35.217/1

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

Avis 35.217/1

DE LA SECTION DE LEGISLATION
DU CONSEIL D'ETAT

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, eerste kamer, op 2 april 2003 door de Minister van Ambtenarenzaken en Modernisering van de openbare besturen verzocht hem van advies te dienen over een ontwerp van koninklijk besluit "betreffende de aanduiding, de uitoefening en de weging van de managementfuncties in de openbare instellingen van sociale zekerheid", heeft op 24 april 2003 het volgende advies gegeven:

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, première chambre, saisi par le Ministre de la Fonction publique et de la Modernisation de l'administration, le 2 avril 2003, d'une demande d'avis sur un projet d'arrêté royal "relatif à la désignation, à l'exercice et à la pondération des fonctions de management dans les institutions publiques de sécurité sociale", a donné le 24 avril 2003 l'avis suivant:

VOORAFGAANDE OPMERKINGEN

1. Rekening houdend met het ogenblik waarop dit advies gegeven wordt, vestigt de Raad van State de aandacht van de regering op het feit dat de ontstentenis van de controle die het Parlement krachtens de Grondwet moet kunnen uitoefenen, tot gevolg heeft dat de regering niet over de volheid van haar bevoegdheid beschikt. Dit advies wordt evenwel gegeven zonder dat wordt nagegaan of dit ontwerp in die beperkte bevoegdheid kan worden ingepast, aangezien de afdeling wetgeving geen kennis heeft van het geheel van de feitelijke gegevens welke de regering in aanmerking kan nemen als zij te oordelen heeft of het vaststellen of wijzigen van een verordening noodzakelijk is.

2. Het om advies voorgelegde ontwerpbesluit, dat de managementfuncties in de openbare instellingen voor sociale zekerheid regelt, is in een aanzienlijke mate gelijklopend met het koninklijk besluit van 29 oktober 2001 betreffende de aanduiding en de uitoefening van de managementfuncties in de federale overheidsdiensten, dat zelf in de plaats komt van het ingetrokken koninklijk besluit van 2 mei 2001 betreffende de aanduiding en de uitoefening van de management- en staffuncties in de federale overheidsdiensten.

De artikelen 25 tot 28 van het ontwerp zijn gebaseerd op het koninklijk besluit van 11 juli 2001 betreffende de weging van de management- en staffuncties in de federale overheidsdiensten en tot vaststelling van hun wedde.

Over die besluiten heeft de Raad van State, afdeling wetgeving, respectievelijk op 22 maart 2001, 17 mei 2001 en 11 oktober 2001 de adviezen 31.372/1, 31.568/1 en 32.344/1 gegeven. In zoverre het om advies voorgelegde ontwerp gelijklopende bepalingen bevat als die welke voorkomen in die besluiten, verwijst de Raad van State, afdeling wetgeving, naar die adviezen.

.../...

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Aanhef

1. De verwijzingen naar de onderscheiden rechtsgronden dienen in chronologische volgorde te gebeuren.

2. Aan de aanhef dient een lid te worden toegevoegd waarin wordt gerefereerd aan het op 27 september 2002 verstrekte advies van het College van Openbare Instellingen van Sociale Zekerheid, dat is ingewonnen krachtens artikel 21 van het koninklijk besluit van 3 april 1997 houdende maatregelen met het oog op de responsabilisering van de openbare instellingen van sociale zekerheid, met toepassing van artikel 47 van de wet van 26 juli 1996 tot modernisering van de sociale zekerheid en tot vrijwaring van de leefbaarheid van de wettelijke pensioenstelsels.

3. Het negende lid van de aanhef kan vervallen nu de erin vermelde wetsbepaling noch rechtsgrond verleent aan het ontworpen besluit, noch erdoor wordt gewijzigd en de vermelding van die wetsbepaling evenmin noodzakelijk is voor een goed begrip van de ontworpen regeling.

4. Daarentegen moet in de aanhef wel melding worden gemaakt van de koninklijke besluiten van 24 januari 2002 en 13 maart 2003 nu zij respectievelijk worden gewijzigd en opgeheven bij het ontworpen besluit. Men stelle die leden van de aanhef als volgt :

"Gelet op het koninklijk besluit van 24 januari 2002 houdende ..., gewijzigd bij het koninklijk besluit van 13 maart 2003;

Gelet op het koninklijk besluit van 13 maart 2003 betreffende ...;"

.../...

5. In het dertiende lid van de aanhef (dat het twaalfde lid wordt) schrijven men "Onze Minister van Begroting" in plaats van "de Minister van Begroting".

Artikel 2

In artikel 2, § 2, tweede lid, moet melding worden gemaakt van "de houders van een managementfunctie-1" en niet van "de houders van een staffunctie-1".

Artikel 3

Aangezien in artikel 3 enkel het dagelijks beheer kan zijn bedoeld in de zin van de artikelen 9 en volgende van de wet van 25 april 1963 betreffende het beheer van de instellingen van openbaar nut voor sociale zekerheid en sociale voorzorg, en dus niet het beheer in de zin van het koninklijk besluit van 3 april 1997, dat immers in handen is van het beheerscomité van de betrokken instelling, wordt de redactie van artikel 3, teneinde alle onduidelijkheid te vermijden, in het licht hiervan best aangepast.

Artikel 4

Men schrijve in de Nederlandse tekst van artikel 4 "Onverminderd" in plaats van "Ongeacht".

Artikel 5

Vraag is welke verantwoording bestaat voor de regel, opgenomen in artikel 5, § 2, dat de kandidaten voor de managementfuncties "administrateur-generaal" en "adjunct-administrateur-generaal" slechts in de groepen "geschikten" en "niet-geschikten" worden onderverdeeld, terwijl er voor alle andere managementfuncties, binnen en buiten de openbare instellingen van sociale zekerheid, een indeling in de groepen A, B, C en D bestaat.

.../...

Artikel 8

1. In de Nederlandse tekst van artikel 8, § 2, 2°, tweede lid, dient tussen de woorden "observator" en "het assessment" het woord "bij " te worden ingevoegd.

2. Men schrijve in de Nederlandse tekst van artikel 8, § 2, 4°, tweede lid, conform de Franse tekst van die bepaling, "de tot aanstelling bevoegde overheid" in plaats van "de bevoegde overheid".

Artikel 10

Met betrekking tot het leiden van het in artikel 10, § 1, tweede lid, 2° en 3°, bedoelde onderhoud, moet worden opgemerkt dat in het analoge artikel 9, § 1, tweede lid, 3° en 4°, van het koninklijk besluit van 29 oktober 2001 niet wordt voorzien in de mogelijkheid van vertegenwoordiging. Vraag is waarop dit verschil is gegrond.

Een gelijkaardige opmerking geldt ten aanzien van artikel 17, § 4, 4° en 5°.

Artikel 17

Artikel 17, § 4, 3°, is in tegenspraak met artikel 2, § 2, tweede lid, waar de laatstgenoemde bepaling de adjunct-administrateur-generaal bij de evaluatie van de houders van een managementfunctie-1 betreft, terwijl dit niet het geval is in de eerstgenoemde bepaling.

Die discordantie moet worden verholpen.

Hoofdstuk VI

Zowel het opschrift van hoofdstuk VI, als het opschrift van afdeling II van dat hoofdstuk, dienen te worden aangepast aangezien het ontwerp geen regeling betreffende de niet-hernieuwing van het mandaat bevat.

Artikel 23

1. De in artikel 23 opgenomen verwijzingen naar de artikelen 9, § 1, en 10, § 1, kunnen nog nader worden gespecificeerd door respectievelijk te verwijzen naar artikel 9, § 1, tweede lid, 1° en 2°, en naar artikel 10, § 1, tweede lid, 1° tot 3°.

Eenzelfde opmerking geldt ten aanzien van artikel 24, eerste lid.

2. In artikel 23 vervange men de woorden "voorzien in" door de woorden "bedoeld in".

Artikel 25

De verwijzing naar artikel 3, tweede lid, van het koninklijk besluit van 11 juli 2001 wordt beter vervangen door een andere verwijzing, nu in die bepaling nog wordt verwezen naar het koninklijk besluit van 2 mei 2001 dat inmiddels is ingetrokken.

Artikel 28

In artikel 28, tweede lid, dient de verwijzing naar de staffuncties te worden weggelaten nu die functies niet bestaan in de openbare instellingen van sociale zekerheid.

Artikel 29

In artikel 29, 2°, kan niet worden gerefereerd aan de houders van een managementfunctie -1 nu die functie momenteel nog niet bestaat.

Overigens rijst de vraag waarom die bepaling wel in het ontworpen besluit voorkomt, terwijl er geen gelijkaardige bepaling is opgenomen in het koninklijk besluit van 29 oktober 2001 (zie artikel 26, eerste lid, van dat besluit).

Artikel 30

1. Artikel 30, § 1, heeft als gevolg dat de erin bedoelde houders van de managementfunctie van administrateur-generaal en van adjunct-administrateur-generaal worden aangesteld zonder dat zij de in het besluit dat in ontwerpvorm voorligt geregelde selectieprocedure hebben doorlopen ⁽¹⁾.

Hierdoor wordt een verschil in behandeling gecreëerd tussen de houders van de zo-even vermelde managementfuncties en de houders en kandidaat-houders van een managementfunctie die zich wel aan een specifieke selectieprocedure hebben moeten onderwerpen.

Vraag is of de in het verslag aan de Koning opgenomen verantwoording voor dit verschil in behandeling afdoende is.

2. Onverminderd opmerking 1, schrijve men in artikel 30, § 1, eerste lid, "houders van een managementfunctie" in plaats van "titularissen van een managementfunctie".

⁽¹⁾ En bovendien ongeacht de afloop van het tegen het koninklijk besluit van 13 maart 2003 betreffende het statuut van de managementfuncties van administrateur-generaal en adjunct-administrateur-generaal van de openbare instellingen van sociale zekerheid ingestelde annulatieberoep (A.135.571/IX/3760).

Artikel 31

In artikel 31, tweede lid, moet worden verwezen naar "de titularissen van de graden van administrateur-generaal en adjunct-administrateur-generaal" en niet naar "die houders".

Artikelen 32 en 33

De opheffing van het koninklijk besluit van 13 maart 2003 heeft niet als gevolg dat het bij artikel 5 van dat besluit gewijzigde koninklijk besluit van 24 januari 2002 houdende vaststelling van het statuut van het personeel van de openbare instellingen van sociale zekerheid in zijn oorspronkelijke toestand wordt hersteld.

De redactie van artikel 33 zal gelet op dit gegeven dienen te worden aangepast.

Artikel 34

De ontworpen regeling werkt terug tot 1 februari 2003. In dat verband moet worden opgemerkt dat het verlenen van terugwerkende kracht aan besluiten slechts onder bepaalde voorwaarden toelaatbaar kan worden geacht.

Het verlenen van terugwerkende kracht aan besluiten is enkel toelaatbaar ingeval voor de retroactiviteit een wettelijke grondslag bestaat, de retroactiviteit betrekking heeft op een regeling die, met inachtneming van het gelijkheidsbeginsel, voordelen toekent of in zoverre de retroactiviteit noodzakelijk is voor de goede werking van de diensten en daardoor, in beginsel, geen verkregen situaties worden aangetast; indien bovendien blijkt dat de terugwerkende kracht tot gevolg heeft dat de afloop van gerechtelijke procedures in een welbepaalde zin wordt beïnvloed of dat rechtscolleges worden verhinderd zich uit te spreken over een bepaalde rechtsvraag, vergt de aard van het in het geding zijnde beginsel dat uitzonderlijke omstandigheden een verantwoording bieden voor de inbreuk, ten nadele

van een categorie burgers, op de jurisdictionele waarborgen die aan allen worden geboden ⁽²⁾.

Het is derhalve zeer de vraag of de in artikel 34 opgenomen retroactiviteit wel kan worden gebillijkt.

⁽²⁾ Zie m.b.t. wetgevende normen, o.m. de arresten van het Arbitragehof, nr. 64/97, 6 november 1997, B.5; nr. 3/98, 14 januari 1998, B.7; nr. 94/98, 20 mei 1998, B.4; nr. 97/99, 15 september 1999, B.2.3; nr. 17/2000, 9 februari 2000, B.4; nr. 36/2000, 29 maart 2000, B.5; nr. 89/2000, 13 juli 2000, B.15; nr. 3/2003 van 14 januari 2003; B.2.7; nr. 6/2003 van 22 januari 2003, B.8; nr. 40/2003 van 9 april 2003, B.7.1.

OBSERVATIONS PRELIMINAIRES

1. Compte tenu du moment où le présent avis est donné, le Conseil d'Etat attire l'attention du gouvernement sur le fait que l'absence du contrôle qu'il appartient au Parlement d'exercer en vertu de la Constitution, a pour conséquence que le gouvernement ne dispose pas de la plénitude de ses compétences. Le présent avis est toutefois donné sans qu'il soit examiné si le projet relève bien des compétences ainsi limitées, la section de législation n'ayant pas connaissance de l'ensemble des éléments de fait que le gouvernement peut prendre en considération lorsqu'il doit apprécier la nécessité d'arrêter ou de modifier des dispositions réglementaires.

2. Le projet d'arrêté soumis pour avis, qui organise les fonctions de management dans les institutions publiques de sécurité sociale, correspond dans une large mesure au texte de l'arrêté royal du 29 octobre 2001 relatif à la désignation et à l'exercice des fonctions de management dans les services publics fédéraux, qui remplace lui-même l'arrêté royal rapporté du 2 mai 2001 relatif à la désignation et à l'exercice des fonctions de management et d'encadrement dans les services publics fédéraux.

Quant aux articles 25 à 28, ils s'inspirent de l'arrêté royal du 11 juillet 2001 relatif à la pondération des fonctions de management et d'encadrement dans les services publics fédéraux et fixant leur traitement.

Le Conseil d'Etat, section de législation, a donné sur ces arrêtés les avis 31.372/1, 31.568/1 et 32.344/1, respectivement les 22 mars 2001, 17 mai 2001 et 11 octobre 2001. Dans la mesure où le projet soumis pour avis comporte des dispositions identiques à celles figurant dans les arrêtés précités, le Conseil d'Etat, section de législation, renvoie aux avis susmentionnés.

.../...

EXAMEN DU TEXTE

Préambule

1. Les références aux différents fondements légaux doivent respecter l'ordre chronologique.

2. Il y aurait lieu d'insérer dans le préambule un alinéa visant l'avis donné le 27 septembre 2002 par le Collège des institutions publiques de sécurité sociale, recueilli conformément à l'article 21 de l'arrêté royal du 3 avril 1997 portant des mesures en vue de la responsabilisation des institutions publiques de sécurité sociale, en application de l'article 47 de la loi du 26 juillet 1996 portant modernisation de la sécurité sociale et assurant la viabilité des régimes légaux des pensions.

3. Le neuvième alinéa du préambule pourrait être supprimé puisque la disposition législative qui y est visée ne procure aucun fondement légal à l'arrêté en projet, qu'elle n'est pas davantage modifiée par celui-ci et qu'il n'est pas nécessaire de la mentionner pour la bonne compréhension du régime en projet.

4. Le préambule devrait par contre comprendre des alinéas se référant aux arrêtés royaux des 24 janvier 2002 et 13 mars 2003, puisque ceux-ci sont respectivement modifiés et abrogés par l'arrêté en projet. On rédigera ces alinéas comme suit :

"Vu l'arrêté royal du 24 janvier 2002 fixant ..., modifié par l'arrêté royal du 13 mars 2003;

Vu l'arrêté royal du 13 mars 2003 relatif ...";

5. Au treizième alinéa du préambule (qui devient le douzième alinéa), on écrira "Notre Ministre du Budget" au lieu de "du Ministre du Budget".

.../...

Article 2

L'article 2, § 2, alinéa 2, devrait faire état des "titulaires d'une fonction de management -1", et non des "titulaires d'une fonction de staf -1".

Article 3

L'article 3 ne pouvant viser que la gestion journalière au sens des articles 9 et suivants de la loi du 25 avril 1963 sur la gestion des organismes d'intérêt public de sécurité sociale et de prévoyance sociale et non, par conséquent, la gestion au sens de l'arrêté royal du 3 avril 1997, qui est en effet assurée par le comité de gestion de l'organisme concerné, mieux vaudrait adapter en conséquence la formulation de l'article 3 si l'on veut éviter toute ambiguïté.

Article 4

Dans le texte néerlandais de l'article 4, on écrira "Onverminderd" au lieu de "Ongeacht".

Article 5

On peut se demander ce qui justifie la règle énoncée à l'article 5, § 2, selon laquelle les candidats aux fonctions de management d'"administrateur général" et d'"administrateur général adjoint" sont classés uniquement dans les groupes "aptes" et "inaptes", alors qu'une répartition en groupes A, B, C et D est prévue pour toutes les autres fonctions de management, que ce soit à l'intérieur ou à l'extérieur des institutions publiques de sécurité sociale.

Article 8

1. Dans le texte néerlandais de l'article 8, § 2, 2°, alinéa 2, on insérera le mot "bij" entre les mots "observator" et "het assessment".

2. Dans le texte néerlandais de l'article 8, § 2, 4°, alinéa 2, on écrira "de tot aanstelling bevoegde overheid" au lieu de "de bevoegde overheid" afin d'assurer la concordance avec la version française de cette disposition.

Article 10

En ce qui concerne l'organisation de l'entretien visé à l'article 10, § 1^{er}, alinéa 2, 2° et 3°, on notera que l'article 9, § 1^{er}, alinéa 2, 3° et 4°, de l'arrêté royal du 29 octobre 2001, qui correspond à l'article 10 du présent projet, ne prévoit aucune possibilité de représentation. La question est de savoir sur quels éléments se fonde cette divergence.

Une observation similaire s'applique à l'article 17, § 4, 4° et 5°.

Article 17

L'article 17, § 4, 3°, contredit l'article 2, § 2, alinéa 2, qui associe l'administrateur général adjoint à l'évaluation des titulaires d'une fonction de management -1, alors que ce n'est pas le cas de la première disposition citée.

Il y a lieu de remédier à cette discordance.

Chapitre VI

Le projet ne comportant pas de disposition relative au non-renouvellement du mandat, il faut adapter à la fois l'intitulé du chapitre VI et l'intitulé de la section II de ce chapitre.

Article 23

1. A l'article 23, on pourrait préciser les références aux articles 9, § 1^{er}, et 10, § 1^{er}, en y substituant respectivement une référence à l'article 9, § 1^{er}, alinéa 2, 1^o et 2^o, et à l'article 10, § 1^{er}, alinéa 2, 1^o à 3^o.

La même observation vaut pour l'article 24, alinéa 1^{er}.

2. A l'article 23, il conviendrait de remplacer les mots "prévues à" par les mots "visées à".

Article 25

Mieux vaudrait remplacer la référence à l'article 3, alinéa 2, de l'arrêté royal du 11 juillet 2001 par une autre référence, dès lors que cette disposition fait encore mention de l'arrêté royal du 2 mai 2001 qui, entre-temps, a été rapporté.

Article 28

A l'article 28, alinéa 2, il y a lieu d'omettre la référence aux fonctions d'encadrement, étant donné que ces fonctions n'existent pas dans les institutions publiques de sécurité sociale.

Article 29

L'article 29, 2°, ne peut faire mention des titulaires d'une fonction de management -1, puisque cette fonction n'existe pas encore actuellement.

Par ailleurs, la question se pose de savoir pourquoi cette disposition figure dans l'arrêté en projet, alors que l'arrêté royal du 29 octobre 2001 ne contient pas de disposition similaire (voir l'article 26, alinéa 1^{er}, de cet arrêté).

Article 30

1. Il résulte de l'article 30, § 1^{er}, que les titulaires de la fonction de management d'administrateur général et d'administrateur général adjoint, visés dans cet article, sont désignés sans avoir été soumis à la procédure de sélection prévue par l'arrêté dont le projet est à l'examen ⁽¹⁾.

Il est ainsi créé une différence de traitement entre les titulaires des fonctions de management précitées et les titulaires et candidats titulaires d'une fonction de management qui doivent être soumis à une procédure de sélection spécifique.

La question est de savoir si la justification de cette différence de traitement qui figure dans le rapport au Roi est adéquate.

2. Sous réserve de l'observation 1, on écrira dans le texte néerlandais de l'article 30, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, "houders van een managementfunctie" au lieu de "titularissen van een managementfunctie".

⁽¹⁾ Et, de surcroît, quelle que soit l'issue du recours en annulation formé contre l'arrêté royal du 13 mars 2003 relatif au statut des fonctions de management d'administrateur général et d'administrateur général adjoint des institutions publiques de sécurité sociale (A.135.571/IX/3760).

Article 31

L'article 31, alinéa 2, doit viser "Les titulaires des grades d'administrateur général et d'administrateur général adjoint" et non "Ces titulaires".

Articles 32 et 33

L'abrogation de l'arrêté royal du 13 mars 2003 n'a pas pour effet de rétablir dans sa forme initiale l'arrêté royal du 24 janvier 2002 fixant le statut du personnel des institutions publiques de sécurité sociale, modifié par l'article 5 du premier arrêté cité.

La formulation de l'article 33 devra être adaptée en conséquence.

Article 34

Le règlement en projet rétroagit au 1^{er} février 2003. Il y a lieu d'observer à cet égard que c'est sous certaines conditions seulement que l'attribution d'un effet rétroactif à des arrêtés peut être réputée admissible.

L'attribution d'un effet rétroactif aux arrêtés n'est admissible que lorsqu'il existe un fondement légal à cet effet, lorsque la rétroactivité se rapporte à une règle qui accorde des avantages, dans le respect du principe d'égalité, ou dans la mesure où elle s'impose pour assurer le bon fonctionnement des services et, de ce fait, ne porte pas atteinte, en principe, à des situations acquises; s'il s'avère en outre que la rétroactivité a pour effet d'influencer dans un sens déterminé l'issue de procédures judiciaires ou d'empêcher les juridictions de se prononcer sur une question de droit, la nature du principe en cause exige que des circonstances exceptionnelles justifient cette atteinte portée, au détriment d'une catégorie de citoyens, aux garanties juridictionnelles offertes à tous" ⁽²⁾.

⁽²⁾ Voir, en ce qui concerne les normes législatives, notamment les arrêts de la Cour d'arbitrage, n° 64/97, 6 novembre 1997, B.5; n° 3/98, 14 janvier 1998, B.7; n° 94/98, 20 mai 1998, B.4; n° 97/99, 15 septembre 1999, B.2.3; n° 17/2000, 9 février 2000, B.4; n° 36/2000, 29 mars 2000, B.5; n° 89/2000, 13 juillet 2000, B.15; n° 3/2003, 14 janvier 2003, B.2.7.; n° 6/2003, 22 janvier 2003, B.8; n° 40/2003, 9 avril 2003, B.7.1.

Force est de se demander si l'effet rétroactif prévu par l'article 34 peut effectivement être admis.

De kamer was samengesteld uit

La chambre était composée de

de Heren
Messieurs

M. VAN DAMME,

kamervoorzitter,
président de chambre,

J. BAERT,
J. SMETS,

staatsraden,
conseillers d'Etat,

A. SPRUYT,
M. RIGAUX,

assessoren van de afdeling wetgeving,
assesseurs de la section de législation,

Mevrouw
Madame

A. BECKERS,

griffier,
greffier.

De overeenstemming tussen de Nederlandse en de Franse tekst werd nagezien onder toezicht van de H. J. SMETS.

Het verslag werd uitgebracht door de H. B. WEEKERS, auditeur. De nota van het Coördinatiebureau werd opgesteld en toegelicht door de H. J. DRIJKONINGEN, eerste referendaris.

La concordance entre la version néerlandaise et la version française a été vérifiée sous le contrôle de M. J. SMETS.

Le rapport a été présenté par M. B. WEEKERS, auditeur. La note du Bureau de coordination a été rédigée et exposée par M. J. DRIJKONINGEN, premier référendaire.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER,

DE VOORZITTER - LE PRESIDENT,

A. BECKERS

M. VAN DAMME