

KONINKRIJK BELGIË

ROYAUME DE BELGIQUE

ADVIES 35.334/3

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

AVIS 35.334/3

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ETAT

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, derde kamer, op 10 april 2003 door de Minister van Volksgezondheid verzocht hem, binnen een termijn van ten hoogste drie dagen, van advies te dienen over een ontwerp van koninklijk besluit "tot wijziging van het koninklijk besluit van 13 mei 1999 tot regeling van het medisch toezicht op het personeel van sommige overheidsdiensten", heeft, na de zaak te hebben onderzocht op de zittingen van 15 april 2003 en 17 april 2003, op laatstvermelde datum het volgende advies gegeven :

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, troisième chambre, saisi par le Ministre de la Santé publique, le 10 avril 2003, d'une demande d'avis, dans un délai ne dépassant pas trois jours, sur un projet d'arrêté royal "modifiant l'arrêté royal du 13 mai 1999 organisant le contrôle médical des agents de certains services publics", après avoir examiné l'affaire en ses séances des 15 avril 2003 et 17 avril 2003, a donné, à cette dernière date, l'avis suivant :

1. Rekening houdend met het tijdstip 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. Volgens artikel 84, eerste lid, 2°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State moeten in de adviesaanvraag de redenen worden opgegeven tot staving van het spoedeisend karakter ervan.

Te dezen wordt het verzoek om spoedbehandeling volgens de aanhef van het ontwerp gemotiveerd "door de omstandigheid dat de benoemingen van ambtenaren die doorgang vonden zonder dat de vereiste medische geschiktheid werd nagegaan onverwijld dienen geregulariseerd te worden, en dat om praktische redenen de installatie van de beroepsinstanties voorzien door het koninklijk besluit van 13 mei 1999, niet kon verwezenlijkt worden vóór 1 januari 2000".

*

* *

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

*

* *

.../...

STREKKING VAN HET ONTWERP

4. Het koninklijk besluit van 13 mei 1999 tot regeling van het medisch toezicht op het personeel van sommige overheidsdiensten bevat bepalingen in verband met het onderzoek van de medische geschiktheid van stagiairs en ambtenaren, voorafgaand aan de indiensttreding of de ambtsopneming, in geval van benoeming of bevordering (hierna : aannemingsonderzoek), en in verband met het medisch onderzoek met het oog op de voortijdige oppensioenstelling om medische redenen (hierna : onderzoek oppensioenstelling).

4.1. Die bepalingen zijn van toepassing op de federale ambtenaren, de ambtenaren van de diensten van de gemeenschaps- en gewestregeringen, de ambtenaren van de instellingen die afhangen van de gemeenschappen en de gewesten, voorzover de betrokken instelling een aanvraag heeft ingediend bij de federale minister die de volksgezondheid onder zijn bevoegdheid heeft, en de ambtenaren van andere overheden, voorzover de betrokken overheid een beroep doet op de Administratieve Gezondheidsdienst (hierna : AGD).

4.2. Een eerste reeks bepalingen heeft betrekking op het aannemingsonderzoek. Artikel 3, § 1, van het koninklijk besluit doet het aannemingsonderzoek afhangen van een besluit, genomen door de bevoegde overheid, waarbij voor bepaalde graden medische geschiktheidsvoorwaarden worden vastgesteld. Er is dus geen "algemeen" aannemingsonderzoek meer, dat een kandidaat in elk geval zou moeten ondergaan.

Het koninklijk besluit bepaalt dat zulke onderzoeken worden uitgevoerd door de AGD. Het regelt de beslissingen die door de AGD genomen kunnen worden, en stelt de regels vast i.v.m. de procedure die binnen de AGD gevolgd moet worden.

4.3. Het koninklijk besluit bevat voorts bepalingen in verband met het beroep dat ingesteld kan worden tegen beslissingen van de AGD.

Die bepalingen hebben betrekking op de beslissingen van de AGD, zowel in het kader van een aannemingsonderzoek als in het kader van een onderzoek oppensioenstelling. Hierbij dient opgemerkt te worden dat de gevallen waarin de AGD

.../...

gevraagd kan worden om een onderzoek oppensioenstelling uit te voeren, het voorwerp uitmaken van andere regelingen ⁽¹⁾.

Volgens het koninklijk besluit zijn er twee beroepsinstanties : een Beroepscommissie en een College van geneesheren. De Beroepscommissie oordeelt over grieven die verband houden met vorm- of proceduregebreken, terwijl het College van geneesheren oordeelt over grieven die verband houden met de medische aspecten van een beslissing. Indien zowel bij de Beroepscommissie als bij het College van geneesheren een beroep aanhangig wordt gemaakt, wordt de procedure bij het College opgeschort, in afwachting van een beslissing van de Beroepscommissie.

De bepalingen i.v.m. deze beroepsprocedures zouden slechts toegepast worden zodra de Beroepscommissie en het College van geneesheren geïnstalleerd zouden zijn. Volgens het koninklijk besluit moest die installatie uiterlijk op 31 december 1999 plaatsvinden.

5. Het voor advies voorgelegde ontwerp beoogt verscheidene wijzigingen aan te brengen in het koninklijk besluit van 13 mei 1999.

5.1. In de eerste plaats wordt de benaming "Administratieve Gezondheidsdienst" overal vervangen door "bevoegde dienst van de Federale Overheidsdienst Volksgezondheid, Veiligheid Voedselketen en Leefmilieu" (hierna : dienst van de FOD) (artikel 1 van het ontwerp).

5.2. Voorts wordt het toepassingsgebied van het koninklijk besluit van 13 mei 1999 aangepast. De wijziging komt erop neer dat het besluit nog slechts geldt voor ambtenaren van de diensten van de gemeenschaps- en gewestregeringen en van instellingen die afhangen van de gemeenschappen en de gewesten, voorzover de betrokken overheid de dienst van de FOD opdracht gegeven heeft om het onderzoek

⁽¹⁾ Zie artikel 3 van de wet van 17 februari 1849 tot wijziging van de wet op de burgerlijke en kerkelijke pensioenen, en het koninklijk besluit van 18 augustus 1939 tot regeling van de inrichting der geneeskundige onderzoekingen door de Administratieve Gezondheidsdienst, in plaats van door de provinciale pensioencommissies.

naar de medische geschiktheid van zijn ambtenaren uit te voeren (ontworpen artikel 1, § 1, derde lid; artikel 2, 3°, van het ontwerp) ⁽²⁾.

Wat de personeelsleden van het onderwijs betreft, wordt de toepasselijkheid van het koninklijk besluit van 13 mei 1999 uitgebreid tot het geheel van de bepalingen ervan, en niet enkel tot die van de bepalingen i.v.m. het beroep tegen een beslissing van de AGD (of thans de dienst van de FOD) (ontworpen artikel 1, § 2; artikel 2, 4°, van het ontwerp).

5.3. In het verslag aan de Koning voorafgaand aan het voor advies voorgelegde ontwerp wordt gesteld dat het statuut van het rijkspersoneel (koninklijk besluit van 2 oktober 1937) en het APKB (koninklijk besluit van 22 december 2000) de medische geschiktheid nog steeds als een benoemingsvereiste beschouwen. De afschaffing van het "algemeen" aannemingsonderzoek, bij het koninklijk besluit van 13 mei 1999, wordt door de stellers van het ontwerp beschouwd als een maatregel die op gespannen voet staat met de twee voornoemde regelingen.

Om aan dit probleem tegemoet te komen, voorziet het ontwerp in het wederinvoeren van een "algemeen" aannemingsonderzoek, althans voor de federale ambtenaren en de ambtenaren van de diensten van de gemeenschaps- en gewestregeringen. Dat onderzoek heeft betrekking op de medische geschiktheid voor de normale en regelmatige uitoefening van de functie waarvoor de betrokkene zich kandidaat gesteld heeft (ontworpen artikel 3, § 3; artikel 3, 2°, van het ontwerp). Daarenboven wordt aan elke overheid de mogelijkheid geboden om voor bepaalde functies in specifieke medische geschiktheidsvoorwaarden te voorzien (ontworpen artikel 3, § 1; artikel 3, 1°, van het ontwerp).

Voor de federale ambtenaren en ambtenaren van de diensten van de gemeenschaps- en gewestregeringen die in dienst zijn getreden sinds 1 augustus 1999 (datum van inwerkingtreding van het koninklijk besluit van 13 mei 1999), wordt een overgangsmaatregel vastgesteld. De bedoelde ambtenaren worden geacht medisch geschikt te zijn, tenzij ze binnen twee jaar na hun indiensttreding wegens ziekte ter beschikking werden gesteld (artikel 13 van het ontwerp).

⁽²⁾ Die bepaling lijkt slechts innoverend te zijn ten aanzien van de ambtenaren van de diensten van de gemeenschaps- en gewestregeringen. Voor de ambtenaren van de instellingen die afhangen van de gemeenschappen en de gewesten lijkt de ontworpen regeling neer te komen op een bevestiging van de bestaande regeling.

5.4. De beroepsinstanties die opgericht zijn bij het koninklijk besluit van 13 mei 1999, blijken nooit geïnstalleerd te zijn, in weerwil van de verplichting om de installatie uiterlijk op 31 december 1999 te doen plaatsvinden. Uit de toelichting verstrekt door de gemachtigde ambtenaar blijkt dat in de praktijk beroepen ook na 1 januari 2000 verder zijn behandeld volgens de oude procedureregels, d.w.z. de procedureregels vervat in respectievelijk het koninklijk besluit van 1 december 1964 tot instelling en inrichting van een college van geneesheren dat optreedt bij de controle van de lichamelijke geschiktheid vereist van gegadigden voor bepaalde overheidsbetrekkingen ⁽³⁾ en artikel 8 van het koninklijk besluit van 18 augustus 1939 tot regeling van de inrichting der geneeskundige onderzoeken door de Administratieve Gezondheidsdienst, in plaats van door de provinciale pensioencommissies ⁽⁴⁾. De bedoelde oude bepalingen zijn echter formeel opgeheven bij artikel 38, 1° en 3°, van het koninklijk besluit van 13 mei 1999.

Om deze onwettige toestand te verhelpen, voorziet het ontwerp vooreerst in een uitstel van de opheffing van de voornoemde oude bepalingen tot op het ogenblik dat een nieuwe beroepsinstantie effectief is geïnstalleerd (artikel 9 van het ontwerp). Aan het voortbestaan van de oude beroepsinstanties wordt aldus, deels met terugwerkende kracht, een reglementaire grondslag gegeven.

Voorts worden de bepalingen van het koninklijk besluit van 13 mei 1999 i.v.m. de beroepsprocedure herschreven. De wijzigingen komen erop neer, enerzijds, dat niet langer voorzien wordt in de oprichting van een Beroepscommissie (die zou oordelen over vorm- en proceduregebreken), en anderzijds, dat het College van geneesheren, waarvan de samenstelling wordt gewijzigd, niet enkel over de medische aspecten, maar eventueel ook over vorm- of proceduregebreken zou oordelen. Het "nieuwe" College van geneesheren zou bevoegd zijn, niet enkel inzake aannemingsonderzoeken en onderzoeken oppensioenstelling, maar ook inzake

⁽³⁾ Beroep tegen de beslissingen van de AGD, in het kader van aannemingsonderzoeken, bij een college van geneesheren. De bevoegdheid van dat college was niet beperkt tot de medische aspecten.

⁽⁴⁾ "Beroep" tegen de medische redenen van de beslissingen van de AGD, in het kader van onderzoeken oppensioenstelling, bij de geneesheer die de AGD leidt. Het beroep kon leiden tot een "finale scheidsrechterlijke uitspraak" door een ambtenaar-geneesheer, aangewezen door de Directeur-generaal van het Bestuur voor de Sociale Geneeskunde.

onderzoeken met het oog op het erkennen van een ernstige en langdurige ziekte, het bepalen van de graad van verlies van zelfredzaamheid, en het toekennen van een supplement op het pensioen wegens een zware handicap ⁽⁵⁾ (zie i.h.b. het ontworpen artikel 21; artikel 4 van het ontwerp).

BEVOEGDHEID VAN DE FEDERALE OVERHEID

6. De vraag in hoeverre de aangelegenheid geregeld in het ontworpen besluit behoort tot de bevoegdheid van de federale overheid, dient verschillend beantwoord te worden, naargelang het gaat om aspecten die verband houden met het aannemingsonderzoek (hoofdstuk II en hoofdstuk III van het koninklijk besluit van 13 mei 1999), of om aspecten die verband houden met het onderzoek oppensioenstelling (enkel hoofdstuk III van het genoemde besluit).

7. In de eerste plaats dient de bevoegdheid te worden onderzocht i.v.m. de aspecten die verband houden met het aannemingsonderzoek.

7.1. Het spreekt vanzelf dat de federale overheid bevoegd is om die aspecten te regelen voor de federale ambtenaren (ontworpen artikel 1, § 1, eerste lid, 1°; artikel 2, 1°, van het ontwerp).

7.2. Anders is het gesteld met het regelen van het aannemingsonderzoek voor de ambtenaren van de diensten van de gemeenschaps- en gewestregeringen (artikel 1, § 1, eerste lid, 2°, van het koninklijk besluit van 13 mei 1999), de ambtenaren van de instellingen die afhangen van de gemeenschappen en de gewesten (artikel 1, § 1, eerste lid, 3°), en de ambtenaren van andere overheden, althans in zoverre deze laatsten onder de bevoegdheid vallen van de gemeenschappen en de gewesten, hetgeen thans het geval is voor de ambtenaren van de provincies en de gemeenten (artikel 1, § 1, eerste lid, 4°).

⁽⁵⁾ In een dergelijk supplement wordt voorzien bij artikel 134 van de wet van 26 juni 1992 houdende sociale en diverse bepalingen.

De federale overheid is niet bevoegd om eenzijdig bepaalde verplichtingen aan die overheden of hun ambtenaren op te leggen. Het staat integendeel aan elk van die overheden om zelf te bepalen aan welke voorwaarden een kandidaat-ambtenaar moet voldoen. Het ontworpen artikel 3, § 3 (artikel 3, 2°, van het ontwerp), dat een "algemeen" aannemingsonderzoek voorschrijft, en artikel 13 van het ontwerp, dat voorziet in een overgangsregeling voor ambtenaren die benoemd zijn na 1 augustus 1999, zijn derhalve aangetast door een bevoegdheidsoverschrijding, in zoverre die bepalingen van toepassing zijn op de ambtenaren van de diensten van de gemeenschaps- en gewestregeringen, bedoeld in artikel 1, § 1, eerste lid, 2°, van het koninklijk besluit van 13 mei 1999.

De overige bepalingen i.v.m. het aannemingsonderzoek gelden slechts voor de ambtenaren die vallen onder de bevoegdheid van de gemeenschappen of de gewesten, voorzover de betrokken overheid er zelf voor geopteerd heeft om haar ambtenaren te onderwerpen aan de desbetreffende bepalingen van het koninklijk besluit van 13 mei 1999 (zie artikel 1, § 1, eerste lid, 4°, en het ontworpen artikel 1, § 1, derde lid, van dat besluit). De vraag of de federale overheid een federale regeling mag "openstellen" voor ambtenaren van andere overheden, is niet eenvoudig te beantwoorden. Weliswaar wordt daarover in het verslag aan de Koning voorafgaand aan het APKB niet moeilijk gedaan : daarin wordt eenvoudig opgemerkt dat, wanneer een gemeenschap of een gewest dat wenst, die overheid verder beroep kan blijven doen op de diensten verleend door de Sociaal-Medische Rijksdienst (AGD) ⁽⁶⁾. De Raad van State is echter niet zeker of een gemeenschap of een gewest op die manier afstand kan doen van de autonomie die aan die overheden is toegekend bij de Grondwet en de bijzondere wetten. Indien aangenomen kan worden dat het gebruikmaken van de diensten verleend door de federale overheid op zich niet strijdig is met de bevoegdheidsbepalende regels, rijst bijkomend de vraag of een eenzijdige beslissing van de federale overheid (hetzij bij een gewoon koninklijk besluit - zoals het koninklijk besluit van 13 mei 1999 -, hetzij bij een besluit als het APKB) volstaat, dan wel of een samenwerkingsakkoord vereist is.

⁽⁶⁾ B.S., 9 januari 2001, (419), 421.

Binnen de korte termijn die aan de Raad van State voor het geven van zijn advies is gelaten, kan de Raad dit vraagstuk niet uitputtend onderzoeken. In de gegeven omstandigheden moet hij zich ertoe beperken te wijzen op de gerezen problemen, en moet hij in dit opzicht dan ook een voorbehoud maken.

Bij het onderzoek ten gronde van het ontwerp zal de Raad er bij wege van loutere hypothese van uitgaan dat het ontwerp, wat het openstellen van de federale regeling betreft, geheel binnen de bevoegdheid van de federale overheid valt.

8. Vervolgens dient te worden onderzocht in hoeverre de federale overheid bevoegd is om aspecten te regelen van de procedure inzake onderzoeken oppensioenstelling.

8.1. De federale overheid is bevoegd inzake de pensioenen, niet enkel van de federale ambtenaren, maar ook van de ambtenaren die behoren tot de diensten van de gemeenschaps- en gewestregeringen (artikel 87, § 3, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen), alsmede van de ambtenaren van de provincies en de gemeenten (artikel 6, § 1, VIII, eerste lid, 1°, eerste lid, vijfde streepje, van dezelfde bijzondere wet). Dit geldt o.m. voor de ambtenaren die een functie in het onderwijs uitoefenen (zie artikel 127, § 1, eerste lid, 2°, c, van de Grondwet).

Wat die ambtenaren betreft, is de federale overheid dus bevoegd om de beroepsprocedure i.v.m. onderzoeken oppensioenstelling te regelen.

8.2. Anders is het gesteld met de ambtenaren van de instellingen die vallen onder de bevoegdheid van de gemeenschappen en de gewesten. Op grond van artikel 9 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 zijn de gemeenschappen en de gewesten bevoegd om o.m. de oprichting, de samenstelling, de bevoegdheid en de werking van die instellingen te regelen. Hieruit volgt dat de gemeenschappen en de gewesten ook bevoegd zijn om de pensioenregeling voor de ambtenaren van die instellingen vast te stellen ⁽⁷⁾.

⁽⁷⁾ Arbitragehof, 16 juni 1994, nr. 46/94, overw. B.2; Arbitragehof, 14 juli 1997, nr. 39/97, overw. B.5.1.2.

De mate waarin die ambtenaren zich moeten onderwerpen aan een onderzoek oppensioenstelling door de AGD, wordt niet geregeld door het koninklijk besluit van 13 mei 1999, ook niet na de wijziging ervan bij het ontworpen besluit. Alleen wordt bepaald dat als die ambtenaren onderworpen zijn aan de beslissingen terzake van de AGD, zij daartegen de in hoofdstuk III van dat besluit bedoelde beroepsmogelijkheden kunnen aanwenden.

In wezen rijst de vraag of de federale overheid voor die ambtenaren een federale regeling mag "openstellen", in dezelfde termen als in verband met het aannemingsonderzoek. De Raad van State verwijst dan ook naar wat hij daarover heeft opgemerkt (zie opmerking 7.2). Ook hier moet de Raad van State een voorbehoud maken, en zal hij louter bij wege van hypothese ervan uitgaan dat de federale overheid, wat het openstellen van de federale regeling betreft, bevoegd is.

ALGEMENE OPMERKINGEN

9. Zoals hiervóór reeds is aangegeven, gaan de stellers van het ontwerp ervan uit dat de afschaffing van het "algemene" aannemingsonderzoek op gespannen voet staat met het statuut van het rijkspersoneel en met het APKB (zie opmerking 5.3).

De Raad van State meent erop te moeten wijzen dat dit uitgangspunt onjuist is.

9.1. In de eerste plaats bepaalt artikel 15, tweede lid, van het koninklijk besluit van 2 oktober 1937 houdende het statuut van het rijkspersoneel dat de rijksambtenaar "volgens door (de Koning) te stellen nadere regels" moet bewijzen dat hij de medische geschiktheid bezit voor het uit te oefenen ambt. Die bepaling impliceert geenszins dat een medisch onderzoek in alle gevallen verplicht is. De Koning kondigt integendeel aan dat hij zelf, bij een aparte regeling, zal bepalen in hoeverre en op welke wijze de ambtenaar de medische geschiktheid moet aantonen.

Hoofdstuk II van het koninklijk besluit van 13 mei 1999 bevat de bepalingen die tot nadere uitwerking van het voornoemde artikel 15, tweede lid, zijn genomen. Dat de Koning daarin niet langer opteert voor een algemeen aannemingsonderzoek, kan niet strijdig worden geacht met het koninklijk besluit van 2 oktober 1937.

In elk geval is ook dat besluit van 13 mei 1999 een koninklijk besluit, en het koninklijk besluit van 2 oktober 1937 heeft geen hogere rechtskracht dan het koninklijk besluit van 13 mei 1999.

9.2. Voorts bepaalt artikel 1, § 3, 4°, van het APKB (koninklijk besluit van 22 december 2000) dat tot ambtenaar van de federale overheid, de diensten van de gemeenschaps- en gewestregeringen en de instellingen die van de gemeenschappen of de gewesten afhangen, enkel kan worden benoemd de personen die "de medische geschiktheid bezitten die vereist is voor het uit te oefenen ambt".

Ook hier lijkt die bepaling niet zo gelezen te moeten worden dat in alle gevallen een medisch onderzoek vereist is.

Zelfs al mocht dit wel het geval zijn, dan nog zou dit niet betekenen dat de gemeenschappen en de gewesten voor de ambtenaren van de diensten van hun regeringen of van de instellingen die van hen afhangen, ook effectief verplicht zouden zijn om te voorzien in een aannemingsonderzoek. In de bedoelde hypothese zou dan immers vastgesteld moeten worden dat het APKB op dit punt afwijkt van het statuut van het rijkspersoneel (zie opmerking 9.1). Het gevolg zou zijn dat de betrokken regel van het APKB, precies wegens het ontbreken van een daarmee overeenstemmende regel in het statuut van het rijkspersoneel, "geen toepassing meer vindt op het personeel van de gemeenschappen en de gewesten, daar het niet kan worden beschouwd als een algemeen principe van het administratief en geldelijk statuut van het rijkspersoneel" ⁽⁸⁾.

9.3. Het staat vanzelfsprekend aan de stellers van het ontwerp om te oordelen of er andere redenen zijn om de bepalingen van hoofdstuk II van het koninklijk besluit van 13 mei 1999 te wijzigen.

⁽⁸⁾ R.v.St., alg. verg. afd. adm., 31 mei 1994, Leclercq, nr. 47.689.
De afdeling wetgeving heeft die redenering reeds meermaals toegepast op bepalingen van het APKB die, ten gevolge van een actuele of voorgenomen wijziging van het statuut van het rijkspersoneel, hun gelding als algemeen principe hadden verloren of dreigden te verliezen. Zie bijv. de recente adviezen 34.328/1/2/3/4 van 31 oktober - 4 november 2002 (Parl. St., Kamer, 2002-03, nr. 50-2124/2, (450), 490) en 34.378/1 van 14 november 2002 (Parl. St., Kamer, 2002-03, nr. 50-2124/10, (8), 9), in verband met het ontwerp en een amendement die geleid hebben tot de programmawet (I) van 24 december 2002.

Voor het aannemen van de ontworpen overgangsregeling (artikel 13 van het ontwerp) lijkt er, althans wat de federale ambtenaren betreft ⁽⁹⁾, geen enkele reden te zijn, bij gebreke van een onregelmatige toestand die geregulariseerd zou moeten worden.

10. Er is daarentegen wel duidelijk aanleiding om de toestand te regulariseren, die is ontstaan ten gevolge van het niet installeren van de beroepsinstanties opgericht bij het koninklijk besluit van 13 mei 1999.

Die regularisatie mag echter niet gebeuren om onwettigheden te dekken die ten aanzien van bepaalde ambtenaren zouden zijn begaan. Dit betekent dat beslissingen, genomen door organen die formeel afgeschaft zijn en waarvan de wettigheid betwist is, niet retroactief wettig gemaakt kunnen worden. De Raad van State komt hierop terug bij de bespreking van artikel 11 van het ontwerp (opmerking 25).

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Aanhef

11. Na het eerste lid zou een verwijzing ingevoegd moeten worden naar artikel 3 van de wet van 17 februari 1849 tot wijziging van de wet op de burgerlijke en kerkelijke pensioenen. Die wetsbepaling biedt immers de rechtsgrond voor de bepalingen van het ontwerp, in zoverre die betrekking hebben op de onderzoeken oppensioenstelling.

Tevens dient een verwijzing te worden ingevoegd naar artikel 134, § 2, van de wet van 26 juni 1992 houdende sociale en diverse bepalingen. Die wetsbepaling biedt immers een bijkomende rechtsgrond voor de bedoelde bepalingen, in zoverre het specifiek gaat om de onderzoeken met het oog op het vaststellen van een

⁽⁹⁾ Het staat niet aan de federale overheid om zich af te vragen of voorzien moet worden in een overgangsmaatregel ten gunste van ambtenaren waarvoor ze niet bevoegd is (zie opmerking 7.2).

zware handicap die aanleiding geeft tot het toekennen van een supplement op het pensioen (zie het ontworpen artikel 21, § 1, 2°; artikel 4 van het ontwerp).

12. In het bestaande tweede lid van de aanhef wordt verwezen naar artikel 27, § 2, van het koninklijk besluit van 2 oktober 1937 houdende het statuut van het rijkspersoneel.

Dat artikel 27, § 2, biedt geen rechtsgrond voor de ontworpen bepalingen, en wordt daardoor ook niet gewijzigd of opgeheven. De verwijzing naar die bepaling kan dan ook beter weggelaten worden.

Het zou daarentegen nuttig zijn om te verwijzen naar artikel 15 van het koninklijk besluit van 2 oktober 1937. In zoverre het ontwerp bepalingen bevat i.v.m. het aannemingsonderzoek voor federale ambtenaren, kan het immers beschouwd worden als een nadere uitwerking van die bepaling (zie opmerking 9.1).

13. In het bestaande vierde lid van de aanhef wordt verwezen naar artikel 1, § 3, 4°, van het APKB.

Die verwijzing kan beter weggelaten worden. Om te beginnen richt het APKB zich niet tot de federale overheid, maar tot de gemeenschappen en de gewesten. Het kan dus geen rechtsgrond bieden aan het ontworpen besluit.

Bovendien is een verwijzing naar het APKB ook niet nuttig voor een goed begrip van de draagwijdte van het ontworpen besluit (zie opmerking 9.2).

14. In het bestaande tiende lid van de aanhef kan verwezen worden naar het nummer van het voorliggende advies (35.334/3).

Artikel 2

15. In de Nederlandse tekst van het ontworpen artikel 1, § 1, derde lid (artikel 2, 3°, van het ontwerp), vervange men de woorden "opdracht gaven" door "opdracht hebben gegeven".

Artikel 3

16. In het ontworpen artikel 3, § 3 (artikel 3, 2°, van het ontwerp), dient de verwijzing naar het 2° van artikel 1, § 1, eerste lid, te worden weggelaten. De federale overheid kan immers geen verplichtingen opleggen die verband houden met de werving van ambtenaren voor de diensten van de gemeenschaps- en gewestregeringen. Het staat integendeel aan de gemeenschappen en de gewesten zelf om te bepalen in hoeverre een aannemingsonderzoek nodig is, en om de inhoud ervan te omschrijven (zie opmerking 7.2).

Artikel 4

17. In het ontworpen artikel 21, § 1, 2°, wordt nog melding gemaakt van de "Administratieve Gezondheidsdienst". Die terminologie moet aangepast worden aan die van de overige bepalingen van het ontwerp.

In zoverre in die bepaling voorts melding gemaakt wordt van beslissingen m.b.t. "de erkenning van een ernstige en langdurige ziekte" en m.b.t. "het bepalen van de graad van verlies van zelfredzaamheid", zou het duidelijkheidshalve wenselijk zijn om de wets- of verordeningsbepalingen te vermelden waarin sprake is van de desbetreffende onderzoeken. Wetsbepalingen die aldus geacht moeten worden mede rechtsgrond te bieden aan het ontworpen besluit, moeten bovendien ook in de aanhef vermeld worden.

18. In het ontworpen artikel 21, § 1, 3°, is sprake van een ambtenaar-jurist die de voorzitter vervangt. Artikel 23 zou aangevuld moeten worden met een bepaling i.v.m. de wijze waarop die ambtenaar-jurist wordt benoemd.

In de Nederlandse tekst van het ontworpen artikel 21, § 1, 3°, dient het woord "verhaal" telkens vervangen te worden door "beroep".

19. Ook in het ontworpen artikel 21, § 2, kan duidelijkheidshalve best verwezen worden naar de wets- of verordeningsbepalingen die voorzien in een "beslissing tot deeltijds hernemen van het werk".

Voorts zou gepreciseerd moeten worden wat bedoeld wordt met de "procedure betreffende de medische controle op het ziekteverlof".

20. Volgens het ontworpen artikel 23, § 3, worden de leden van het College van geneesheren aangewezen "door de bevoegde minister".

Nu het koninklijk besluit van 13 mei 1999 medeondertekend is door verscheidene ministers, en nu ook het ontworpen besluit medeondertekend zal worden door verscheidene ministers, doet de voornoemde bepaling van enige dubbelzinnigheid blijken. Het is allicht de bedoeling om te bepalen dat de leden benoemd worden "door de minister die de volksgezondheid in zijn bevoegdheid heeft".

Artikel 6

21. Volgens het ontworpen artikel 29, eerste lid, kan de betrokkene zich laten bijstaan door een geneesheer. Gelet op het ontworpen artikel 21, § 1, 3°, lijkt het aangewezen in die hypothese te voorzien in de mogelijke bijstand door een advocaat of een jurist.

Indien op die suggestie wordt ingegaan, dient ook artikel 34 van het koninklijk besluit van 13 mei 1999 te worden aangepast.

.../...

22. Het is de Raad van State niet duidelijk wat bedoeld wordt met het ontworpen artikel 29, vierde lid. Omwille van de transparantie van de regelgeving dient die bepaling anders geformuleerd te worden.

Artikel 9

23. Gelet op de artikelen 11 en 14 van het ontwerp, heeft artikel 9 klaarblijkelijk tot doel om voor de periode vanaf 1 augustus 1999 tot de installatie van het nieuwe College van geneesheren, de "oude" regelingen te doen herleven (zie opmerking 5.4).

Om wetgevingstechnische redenen dient die bedoeling in twee stappen gerealiseerd te worden.

23.1. In een eerste bepaling dient artikel 38, 1° en 3°, te worden ingetrokken. De opheffing van artikel 8 van het koninklijk besluit van 18 augustus 1939 en van het koninklijk besluit van 1 december 1964 zal dan geacht worden nooit te hebben plaatsgevonden.

Men redigere die intrekkingbepaling derhalve als volgt :

"Art. ... Artikel 38, 1° en 3°, van hetzelfde besluit wordt ingetrokken." ⁽¹⁰⁾.

23.2. Vervolgens moet opnieuw voorzien worden in de opheffing van artikel 8 van het koninklijk besluit van 18 augustus 1939 en van het koninklijk besluit van 1 december 1964.

De stellers van het ontwerp opteren ervoor om die opheffing niet van bij de inwerkingtreding van het ontworpen besluit te doen ingaan, maar pas op een later ogenblik. De bepaling dat de opheffing pas in werking treedt op het ogenblik van de installatie van het nieuwe College van geneesheren, leidt echter tot rechtsonzekerheid, omdat de betrokken rechtssubjecten niet met zekerheid weten wanneer die installatie heeft plaatsgevonden.

⁽¹⁰⁾ Indien ingegaan wordt op de suggestie vervat in opmerking 25, kan de intrekking van artikel 40, derde lid, met dezelfde bepaling gebeuren.

Een betere oplossing bestaat erin om de opheffing onmiddellijk in werking te laten treden, en tevens te voorzien in een overgangsregeling totdat het nieuwe College is geïnstalleerd.

Bij de bespreking van artikel 11 van het ontwerp zal de Raad van State terzake een tekstvoorstel doen (zie opmerking 25).

Artikel 10

24. Volgens het ontworpen artikel 39 zouden alle beslissingen van "de bevoegde overheden" binnen de termijn van een jaar na de bekendmaking van het koninklijk besluit van 13 mei 1999, d.i. ten laatste op 14 juli 2000, opgeheven moeten zijn.

Het staat niet aan de federale overheid om een dergelijke beslissing op te leggen aan andere overheden, laat staan om dit met terugwerkende kracht te doen.

Overigens strookt de bestaande tekst van artikel 39, die beperkt is tot ministeriële besluiten, niet met de eisen inzake rechtszekerheid. De bedoelde ministeriële besluiten moeten eenvoudig het voorwerp uitmaken van een formele opheffing, en er is geen reden om een termijn te bepalen waarbinnen dit moet gebeuren.

Het verdient derhalve aanbeveling om artikel 39 niet te wijzigen, maar op te heffen.

Artikel 11

25. Volgens het ontworpen artikel 40, derde lid, worden de nieuwe beroepsmogelijkheden pas toegepast zodra het nieuwe College van geneesheren geïnstalleerd zal zijn.

De Raad van State suggereert om die bepaling niet te wijzigen, maar in te trekken, en vervolgens met terugwerkende kracht in een nieuwe overgangsbepaling te voorzien. Daarbij moet er echter voor gezorgd worden dat geen afbreuk gedaan wordt aan de rechten van personen die, op het ogenblik van de inwerkingtreding van het ontworpen besluit, een beroep hebben ingesteld (of nog kunnen instellen) tegen beslissingen die zijn genomen met toepassing van de oude bepalingen, op een ogenblik dat ze opgeheven waren (zie opmerking 10).

De nieuwe overgangsbepaling zou dan geredigeerd kunnen worden als volgt :

"Art. ... Tot aan de installatie van het College bedoeld in artikel 20 van het koninklijk besluit van 13 mei 1999, zoals dit artikel vervangen wordt bij artikel 4 van dit besluit, blijven op de beroepen tegen de beslissingen van de Administratieve Gezondheidsdienst of de bevoegde dienst van de Federale Overheidsdienst Volksgezondheid, Veiligheid Voedselketen en Leefmilieu de bepalingen van toepassing die worden opgeheven bij artikel ..., 1° en 2°, van dit besluit ⁽¹¹⁾.

Deze bepaling doet geen afbreuk aan de rechten van personen die, op het ogenblik van de inwerkingtreding van dit besluit, een beroep hebben ingesteld of kunnen instellen tegen beslissingen genomen met toepassing van de bepalingen die zijn bedoeld in het voornoemde artikel ..., 1° of 2°."

Dit artikel zou in het ontwerp ingevoegd moeten worden juist vóór de bepaling i.v.m. de inwerkingtreding (artikel 14).

⁽¹¹⁾ Bedoeld worden artikel 8 van het koninklijk besluit van 18 augustus 1939 en het koninklijk besluit van 1 december 1964 tot instelling en inrichting van een college van geneesheren dat optreedt bij de controle van de lichamelijke geschiktheid vereist van gegadigden voor bepaalde overheidsbetrekkingen.

Artikel 13

26. Zoals hiervóór is uiteengezet, is de overgangsregeling van artikel 13 niet nodig, in zoverre ze betrekking heeft op de federale ambtenaren, bedoeld in artikel 1, § 1, eerste lid, 1°, van het koninklijk besluit van 13 mei 1999 (opmerking 9.1), en overschrijdt ze de bevoegdheid van de federale overheid, in zoverre ze betrekking heeft op de ambtenaren van de diensten van de gemeenschaps- en gewestregeringen, bedoeld in artikel 1, § 1, eerste lid, 2°, van dat besluit (opmerking 7.2).

De conclusie is dan ook dat artikel 13 uit het ontwerp weggelaten kan worden. Minstens moet de toepassing ervan beperkt blijven tot de federale ambtenaren.

27. Bovendien moet opgemerkt worden dat artikel 13, tweede lid, in feite met terugwerkende kracht de rechtspositie van bepaalde ambtenaren beoogt te regelen. In zoverre die regeling ongunstig is voor de betrokkenen, is het onduidelijk of ze nog wel in een evenredige verhouding staat tot het doel dat beoogd wordt.

De regeling zou alleszins beter te verantwoorden zijn, indien bepaald zou worden dat de bedoelde ambtenaren slechts geacht worden de medische geschiktheid niet te bezitten, indien een medisch onderzoek aantoonde dat ze niet geschikt waren op het ogenblik van hun indiensttreding. Bij gebreke van zulke conclusie, zou de ambtenaar dus het voordeel van de twijfel genieten⁽¹²⁾.

Bij gebreke van een voldoende inzicht in alle relevante feitelijke gegevens, kan de Raad van State zich echter niet met zekerheid uitspreken over het geoorloofd karakter van de aantasting van de rechtspositie van de betrokkene, bekeken in het licht van het beginsel van de rechtszekerheid.

⁽¹²⁾ De tekst van het ontwerp laat de twijfel spelen in het nadeel van de betrokkene. Dit blijkt het duidelijkst uit de Franse tekst. De Nederlandse tekst bevat op dit punt een onnauwkeurige vertaling van de Franse tekst; bedoeld wordt dat de betrokken ambtenaren "slechts geacht worden" de vereiste lichamelijke geschiktheid te bezitten, "als" een medisch onderzoek de geschiktheid aantoonde.

Artikel 14

28. Dit artikel voorziet in een terugwerkende kracht voor de artikelen 9 en 11 van het ontworpen besluit.

Het is niet nodig om te bepalen dat artikel 9 terugwerkt. Een intrekking heeft immers per definitie gevolgen ex tunc.

In verband met de overgangsbepaling van het ontworpen artikel 40, derde lid (artikel 11 van het ontwerp), heeft de Raad van State gesuggereerd om artikel 40, derde lid, in te trekken, en om in het ontworpen besluit een nieuwe, autonome overgangsbepaling op te nemen (opmerking 25). Het is dan aan die nieuwe overgangsbepaling dat terugwerkende kracht verleend moet worden ⁽¹³⁾.

⁽¹³⁾ De terugwerkende kracht is nodig, om ook de beslissingen te regulariseren die sinds 1 augustus 1999 zijn genomen met toepassing van de "oude" regelingen.

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. Conformément à l'article 84, alinéa 1^{er}, 2^o, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, la demande d'avis doit indiquer les motifs qui en justifient le caractère urgent.

En l'occurrence, l'urgence est motivée, selon le préambule du projet, par "le fait que les nominations des fonctionnaires qui ont été faites sans vérification de l'aptitude médicale exigée doivent être régularisées d'urgence et que pour des raisons pratiques, l'installation des instances de recours prévue par l'arrêté royal du 13 mai 1999, n'a pu être réalisée pour le 1^{er} janvier 2000".

*
* *

3. Eu égard au bref délai qui lui est imparti pour donner son avis, le Conseil d'Etat a dû se limiter à formuler les observations suivantes.

*
* *

.../...

PORTEE DU PROJET

4. L'arrêté royal du 13 mai 1999 organisant le contrôle médical des agents de certains services publics comprend des dispositions concernant l'examen de l'aptitude médicale des stagiaires et des agents, préalablement à l'entrée en fonction ou à la prise de fonction en cas de nomination ou de promotion (ci-après : examen d'admission), et l'examen médical en vue de la mise à la pension anticipée pour raisons médicales (ci-après : examen de la mise à la pension).

4.1. Ces dispositions sont applicables aux agents fédéraux, aux agents des services des gouvernements de communauté et de région, aux agents des organismes qui relèvent des communautés et des régions dans la mesure où l'organisme concerné a introduit une demande auprès du ministre fédéral ayant la santé publique dans ses attributions, et aux agents d'autres autorités dans la mesure où l'autorité concernée a recours au Service de santé administratif (ci-après : SSA).

4.2. Une première série de dispositions concerne l'examen d'admission. L'article 3, § 1^{er}, de l'arrêté royal subordonne celui-ci à un arrêté, pris par l'autorité compétente, fixant pour des grades déterminés des conditions d'aptitudes médicales. Il n'existe donc plus d'examen "général" d'admission qu'un candidat devrait en tout cas subir.

L'arrêté royal dispose que de tels examens sont effectués par le SSA. Il règle les décisions qui peuvent être prises par le SSA et établit les règles relatives à la procédure qui doit être suivie par ce dernier.

4.3. L'arrêté royal comprend ensuite des dispositions concernant le recours qui peut être formé contre les décisions du SSA.

Ces dispositions concernent les décisions prises par le SSA tant dans le cadre d'un examen d'admission que dans celui d'un examen de mise à la pension. Il convient de relever à cet égard que les cas où il peut être demandé au SSA d'effectuer un examen de mise à la pension font l'objet d'autres réglementations ⁽¹⁴⁾.

L'arrêté royal prévoit deux instances de recours : une Commission de recours et un Collège de médecins. La Commission de recours statue sur des griefs concernant des vices de forme ou de procédure, alors que le Collège de médecins se prononce sur des contestations ayant trait aux aspects médicaux d'une décision. Si un recours est pendant tant devant la Commission de recours que devant le Collège de médecins, la procédure devant ce dernier est suspendue dans l'attente d'une décision de la Commission de recours.

Les dispositions relatives à ces procédures de recours ne seraient applicables qu'à partir de l'installation de la Commission de recours et du Collège de médecins. Selon l'arrêté royal, cette installation devait intervenir au plus tard le 31 décembre 1999.

5. Le projet soumis pour avis entend apporter différentes modifications à l'arrêté royal du 13 mai 1999.

5.1. Tout d'abord, la dénomination "Service de santé administratif" est partout remplacée par "service compétent du Service public fédéral Santé publique, Sécurité de la chaîne alimentaire et Environnement" (ci-après : service du SPF) (article 1^{er} du projet).

⁽¹⁴⁾ Voir l'article 3 de la loi du 17 février 1849 qui modifie la loi sur les pensions civiles et ecclésiastiques et l'arrêté royal du 18 août 1939 réglant l'organisation des examens médicaux par le Service de santé administratif en lieu et place des commissions provinciales des pensions.

5.2. Ensuite, il est procédé à une adaptation du champ d'application de l'arrêté royal du 13 mai 1999. La modification implique que l'arrêté ne s'applique encore aux agents des services des gouvernements de communauté et de région et des organismes qui relèvent des communautés et des régions que si l'autorité concernée a chargé le service du SPF d'effectuer l'examen concernant l'aptitude médicale de ses agents (article 1^{er}, § 1^{er}, alinéa 3, en projet; article 2, 3°, du projet) ⁽¹⁵⁾.

En ce qui concerne les membres du personnel de l'enseignement, l'applicabilité de l'arrêté royal du 13 mai 1999 est étendue à l'ensemble de ses dispositions et pas uniquement aux dispositions concernant le recours formé contre une décision du SSA (ou, actuellement, du service du SPF) (article 1^{er}, § 2, en projet; article 2, 4°, du projet).

5.3. Selon le rapport au Roi accompagnant le projet soumis pour avis, le statut des agents de l'Etat (arrêté royal du 2 octobre 1937) et l'ARPG (arrêté royal du 22 décembre 2000) considèrent encore et toujours l'aptitude médicale comme un critère de nomination. Les auteurs du projet tiennent la suppression de l'examen "général" d'admission, par l'arrêté royal du 13 mai 1999, pour contraire aux deux réglementations susvisées.

Pour remédier à ce problème, le projet prévoit le rétablissement d'un examen "général" d'admission, du moins pour les agents fédéraux et les agents des services des gouvernements de communauté et de région. Cet examen concerne l'aptitude médicale à l'exercice normal et régulier de la fonction briguée par le candidat (article 3, § 3, en projet; article 3, 2°, du projet). En outre, chaque autorité a la faculté de prévoir des conditions d'aptitudes médicales spécifiques pour certaines fonctions (article 3, § 1^{er}, en projet; article 3, 1°, du projet).

⁽¹⁵⁾ Cette disposition ne paraît innover qu'à l'égard des agents des services des gouvernements de communauté et de région. En ce qui concerne les agents des organismes qui relèvent des communautés et des régions, les dispositions en projet semblent s'analyser en une confirmation de la réglementation existante.

Une mesure transitoire est prévue pour les agents fédéraux et les agents des services des gouvernements de communauté et de région en fonction depuis le 1^{er} août 1999 (date de l'entrée en vigueur de l'arrêté royal du 13 mai 1999). Les agents visés sont censés être aptes sur le plan médical sauf s'ils ont été mis en disponibilité pour cause de maladie dans les deux ans suivant leur entrée en fonction (article 13 du projet).

5.4. Les instances de recours prévues par l'arrêté royal du 13 mai 1999 s'avèrent n'avoir jamais été installées, en dépit de l'obligation de le faire au plus tard le 31 décembre 1999. Il ressort des explications fournies par le fonctionnaire délégué que même après le 1^{er} janvier 2000, les recours ont continué, dans la pratique, à être traités selon les règles de l'ancienne procédure, c'est-à-dire celles qui figurent respectivement dans l'arrêté royal du 1^{er} décembre 1964 portant création et organisation d'un collège de médecins intervenant dans la vérification des aptitudes physiques requises des candidats à certains emplois publics ⁽¹⁶⁾ et à l'article 8 de l'arrêté royal du 18 août 1939 réglant l'organisation des examens médicaux par le Service de santé administratif en lieu et place des commissions provinciales des pensions ⁽¹⁷⁾. Les anciennes dispositions visées ont toutefois été formellement abrogées par l'article 38, 1^o et 3^o, de l'arrêté royal du 13 mai 1999.

Pour remédier à cette situation irrégulière, le projet prévoit tout d'abord un report de l'abrogation des anciennes dispositions visées jusqu'à l'installation effective d'une nouvelle instance de recours (article 9 du projet). Il est ainsi attribué, pour partie avec effet rétroactif, un fondement réglementaire au maintien des anciennes instances de recours.

En outre, les dispositions de l'arrêté royal du 13 mai 1999 concernant la procédure de recours sont réécrites. Les modifications impliquent, d'une part, que la création d'une Commission de recours (qui statuerait sur des vices de forme et de procédure) est abandonnée et, d'autre part, que le Collège de médecins, dont la composition est modifiée, se prononcerait non seulement sur les aspects médicaux

⁽¹⁶⁾ Recours contre les décisions du SSA, dans le cadre d'examens d'admission, auprès d'un collège de médecins. La compétence de ce collège n'était pas limitée aux aspects médicaux.

⁽¹⁷⁾ "Recours" contre les motifs médicaux des décisions du SSA, dans le cadre d'examens concernant une mise à la pension, auprès du médecin qui dirige le SSA. Le recours pouvait impliquer "l'arbitrage final" d'un médecin-fonctionnaire, désigné par le Directeur général de l'Administration de la Médecine sociale.

mais éventuellement aussi sur des vices de forme ou de procédure. Le "nouveau" Collège de médecins serait compétent, non seulement en matière d'examens d'admission et d'examens de mise à la pension, mais aussi en matière d'examens effectués en vue de la reconnaissance d'une maladie grave et de longue durée, de la fixation de la perte du degré d'autonomie, et de l'octroi d'un supplément à la pension en raison d'un handicap grave ⁽¹⁸⁾ (voir en particulier l'article 21 en projet; article 4 du projet).

COMPETENCE DE L'AUTORITE FEDERALE

6. La réponse à apporter à la question de savoir dans quelle mesure la matière régie par l'arrêté en projet relève de la compétence de l'autorité fédérale, sera différente selon qu'il s'agit d'aspects liés à l'examen d'admission (chapitre II et chapitre III de l'arrêté royal du 13 mai 1999) ou d'aspects relatifs à l'examen de mise à la pension (chapitre III de l'arrêté précité uniquement).

7. En premier lieu, il y a lieu d'examiner la compétence pour les aspects liés à l'examen d'admission.

7.1. Il va de soi que l'autorité fédérale est compétente pour régler ces aspects en ce qui concerne les agents fédéraux (article 1^{er}, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1^o, en projet; article 2, 1^o, du projet).

7.2. Il en va autrement de l'organisation de l'examen d'admission pour les agents des services des gouvernements de communauté et de région (article 1^{er}, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, de l'arrêté royal du 13 mai 1999), les agents des organismes relevant des communautés et des régions (article 1^{er}, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 3^o), et les agents d'autres autorités, du moins dans la mesure où ces derniers relèvent de la compétence des communautés et des régions, ce qui est actuellement le cas pour les agents provinciaux et communaux (article 1^{er}, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 4^o).

⁽¹⁸⁾ L'article 134 de la loi du 26 juin 1992 portant des dispositions sociales et diverses prévoit un tel supplément.

L'autorité fédérale n'est pas compétente pour imposer unilatéralement certaines obligations à ces autorités ou à leurs agents. Au contraire, il appartient à chacune de ces autorités de déterminer elle-même quelles conditions un candidat agent doit remplir. L'article 3, § 3, en projet (article 3, 2°, du projet), qui prévoit un examen "général" d'admission, et l'article 13 du projet, qui prévoit un régime transitoire pour les agents nommés après le 1^{er} août 1999, sont dès lors entachés d'excès de pouvoir, dans la mesure où ces dispositions s'appliquent aux agents des services des gouvernements de communauté et de région, visés à l'article 1^{er}, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, de l'arrêté royal du 13 mai 1999.

Les autres dispositions relatives à l'examen d'admission ne s'appliquent qu'aux agents relevant de la compétence des communautés ou des régions, pour autant que l'autorité concernée ait elle-même choisi de soumettre ses agents aux dispositions concernées de l'arrêté royal du 13 mai 1999 (voir l'article 1^{er}, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 4°, et l'article 1^{er}, § 1^{er}, alinéa 3, en projet, de cet arrêté). Il n'est pas aisé de répondre à la question de savoir si l'autorité fédérale peut "ouvrir" une règle fédérale à des agents d'autres autorités. Le rapport au Roi, précédant l'ARPG, est à ce propos certes assez schématique : il souligne simplement que, si une communauté ou une région le souhaite, elle peut continuer à recourir aux services fournis par le service médico-social de l'Etat (SSA) ⁽¹⁹⁾. Le Conseil d'Etat n'est cependant pas certain qu'une communauté ou une région puisse renoncer de cette manière à l'autonomie que leur accordent la Constitution et les lois spéciales. S'il peut être admis que l'utilisation des services fournis par l'autorité fédérale n'est en soi pas contraire aux règles attributives de compétence, il se pose en plus la question de savoir si une décision unilatérale de l'autorité fédérale (prise soit par un arrêté royal ordinaire - tel que l'arrêté royal du 13 mai 1999 -, soit par un arrêté tel que l'ARPG) suffit, ou si un accord de coopération est nécessaire.

Dans le bref délai qui lui a été imparti pour donner son avis, le Conseil d'Etat ne peut consacrer un examen exhaustif à cette question. Dans ces circonstances, il lui faut se limiter à signaler les problèmes soulevés et émettre dès lors des réserves à ce propos.

⁽¹⁹⁾ M.B., 9 janvier 2001, (419), 421.

Lors de l'examen du projet sur le fond, le Conseil considérera, au titre de simple hypothèse, que le projet, en ce qui concerne l'ouverture de la réglementation fédérale, s'inscrit entièrement dans les compétences de l'autorité fédérale.

8. Il importe d'examiner ensuite dans quelle mesure l'autorité fédérale est compétente pour régler les aspects de la procédure relative aux examens de mise à la pension.

8.1. L'autorité fédérale est compétente en matière de pensions, tant pour les agents fédéraux que pour les agents des services des gouvernements de communauté et de région (article 87, § 3, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles), ainsi que pour les agents des provinces et des communes (article 6, § 1^{er}, VIII, alinéa 1^{er}, 1°, alinéa 1^{er}, cinquième tiret, de la même loi spéciale). C'est notamment le cas pour les agents exerçant une fonction dans l'enseignement (voir l'article 127, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, c, de la Constitution).

En ce qui concerne ces agents, l'autorité fédérale est donc compétente pour régler la procédure de recours en ce qui concerne les examens de mise à la pension.

8.2. Il en va différemment des agents des organismes relevant de la compétence des communautés et des régions. Selon l'article 9 de la loi spéciale du 8 août 1980, les communautés et les régions sont compétentes pour régler notamment la création, la composition, la compétence et le fonctionnement de ces organismes. Il s'ensuit que les communautés et les régions sont également compétentes pour arrêter le régime de pension des agents de ces organismes ⁽²⁰⁾.

L'arrêté royal du 13 mai 1999, même après sa modification par l'arrêté en projet, ne précise pas dans quelle mesure ces agents doivent se soumettre à un examen de mise à la pension organisé par le SSA. Il indique seulement que s'ils sont soumis aux décisions du SSA en la matière, ces agents peuvent épuiser les voies de recours prévues au chapitre III de cet arrêté.

⁽²⁰⁾ Cour d'arbitrage, 16 juin 1994, n° 46/94, cons. B.2; Cour d'arbitrage, 14 juillet 1997, n° 39/97, cons. B.5.1.2.

En définitive, la question se pose de savoir si l'autorité fédérale peut "ouvrir" à ces agents une règle fédérale, dans les mêmes termes que pour l'examen d'admission. Le Conseil d'Etat se réfère dès lors à l'observation qu'il a formulée à ce propos (voir l'observation 7.2). A cet égard également, le Conseil d'Etat se doit d'émettre des réserves et considérera, au titre de simple hypothèse, que l'autorité fédérale est compétente en ce qui concerne l'ouverture de la réglementation fédérale.

OBSERVATIONS GENERALES

9. Ainsi qu'il a déjà été indiqué ci-dessus, les auteurs du projet partent de l'idée que la suppression de l'examen "général" d'admission est en contradiction avec le statut des agents de l'Etat et avec l'ARPG (voir l'observation 5.3).

Le Conseil d'Etat estime devoir souligner que ce point de départ est erroné.

9.1. En premier lieu, l'article 15, alinéa 2, de l'arrêté royal du 2 octobre 1937 portant le statut des agents de l'Etat dispose que, "selon les modalités déterminées par (le Roi)", l'agent de l'Etat doit justifier de la possession des aptitudes médicales exigées pour la fonction à exercer. Cette disposition n'implique nullement qu'un examen médical est obligatoire dans tous les cas. Au contraire, le Roi précise qu'Il fixera Lui-même, dans une réglementation distincte, dans quelle mesure et de quelle manière l'agent doit justifier son aptitude médicale.

Le chapitre II de l'arrêté royal du 13 mai 1999 contient les dispositions assurant la mise en oeuvre de l'article 15, alinéa 2, précité. Le fait que le Roi n'opte plus pour un examen général d'admission, ne peut être réputé contraire à l'arrêté royal du 2 octobre 1937.

En tout cas, cet arrêté du 13 mai 1999 est également un arrêté royal et la force obligatoire de l'arrêté royal du 2 octobre 1937 n'est pas supérieure à celle de l'arrêté royal du 13 mai 1999.

9.2. En outre, l'article 1^{er}, § 3, 4°, de l'ARPG (arrêté royal du 22 décembre 2000) dispose que nul ne peut être nommé agent de l'autorité fédérale, des services des gouvernements de communauté et de région et des organismes relevant des communautés ou des régions s'il ne justifie pas "de la possession de l'aptitude médicale exigée pour la fonction à exercer".

Ici non plus, cette disposition ne semble pas devoir s'interpréter en ce sens qu'un examen médical est requis dans tous les cas.

Même s'il devait en être ainsi, cela ne signifie pas pour autant que les communautés et les régions seraient aussi effectivement obligées de prévoir un examen d'admission pour les agents des services de leurs gouvernements ou des organismes qui en dépendent. Dans l'hypothèse visée, il faudrait en effet constater que l'ARPG s'écarte sur ce point du statut des agents de l'Etat (voir l'observation 9.1). Il en résulterait que, précisément en raison de l'inexistence d'une règle correspondante dans le statut du personnel de l'Etat, la règle concernée de l'ARPG ne peut plus "être appliquée au personnel des communautés et des régions, faute de pouvoir être considérée comme un principe général du statut administratif et pécuniaire du personnel de l'Etat" ⁽²¹⁾.

9.3. Il appartient évidemment aux auteurs du projet d'apprécier si d'autres motifs justifient de modifier les dispositions du chapitre II de l'arrêté royal du 13 mai 1999.

En l'absence d'une situation irrégulière qu'il faudrait régulariser, rien ne semble toutefois justifier l'adoption du régime transitoire projeté (article 13 du projet), du moins en ce qui concerne les agents fédéraux ⁽²²⁾.

⁽²¹⁾ C.E., ass. gén. sect. adm., 31 mai 1994, Leclercq, n° 47.689.
La section de législation a déjà appliqué ce raisonnement à plusieurs reprises aux dispositions de l'ARPG qui, consécutivement à une modification actuelle ou projetée du statut du personnel de l'Etat, n'avaient plus valeur de principe général ou risqueraient de la perdre. Voir, par exemple, les avis récents 34.328/1/2/3/4 du 31 octobre - 4 novembre 2002 (Doc. parl., Chambre, 2000-03, n° 50-2124/2, (450), 490) et 34.378/1 du 14 novembre 2002 (Doc. parl., Chambre, 2002-03, n° 50-2124/10, (8), 9), en ce qui concerne le projet et un amendement ayant donné lieu à la loi-programme (I) du 24 décembre 2002.

⁽²²⁾ Ce n'est pas à l'autorité fédérale qu'il revient de s'interroger sur le point de savoir s'il y a lieu de prévoir une mesure transitoire en faveur des agents qui ne relèvent pas de sa compétence (voir l'observation 7.2).

10. Il y a par contre manifestement lieu de régulariser la situation procédant de la non-installation des instances de recours instituées par l'arrêté royal du 13 mai 1999.

Pareille régularisation ne peut toutefois viser à couvrir d'éventuelles irrégularités commises à l'égard de certains agents. En d'autre termes, les décisions prises par des organes qui ont été explicitement abrogés et dont la légalité est mise en cause ne peuvent être légitimées rétroactivement. Le Conseil d'Etat reviendra sur cette question dans le cadre de l'analyse de l'article 11 du projet (observation 25).

EXAMEN DU TEXTE

Préambule

11. Il y aurait lieu d'insérer, à la suite du premier alinéa, une référence à l'article 3 de la loi du 17 février 1849 qui modifie la loi sur les pensions civiles et ecclésiastiques. C'est en effet dans la disposition législative précitée que les dispositions du projet puisent leur fondement légal, dans la mesure où elles concernent les examens de mise à la pension.

On insérera également une référence à l'article 134, § 2, de la loi du 26 juin 1992 portant des dispositions sociales et diverses, qui complète le fondement légal des dispositions en question, dans la mesure où il s'agit spécifiquement des examens visant à constater un handicap grave donnant lieu à l'octroi d'un supplément à la pension (voir l'article 21, § 1^{er}, 2°, en projet; article 4 du projet).

12. Le deuxième alinéa existant du préambule renvoie à l'article 27, § 2, de l'arrêté royal du 2 octobre 1937 portant le statut des agents de l'Etat.

Or, l'article 27, § 2, en question, ne procure aucun fondement légal aux dispositions en projet et n'est ni modifié ni abrogé par celles-ci. Mieux vaudrait dès lors supprimer la référence à cette disposition.

Il serait par contre utile de viser l'article 15 de l'arrêté royal du 2 octobre 1937. Dans la mesure où le projet comporte des dispositions relatives à l'examen d'admission des agents fédéraux, il peut en effet être considéré comme une mise en oeuvre de la disposition précitée (voir l'observation 9.1).

13. Le quatrième alinéa existant du préambule vise l'article 1^{er}, § 3, 4°, de l'ARPG.

Mieux vaudrait supprimer cette référence. Tout d'abord, l'ARPG ne s'adresse pas à l'autorité fédérale, mais aux communautés et aux régions. Il ne saurait dès lors procurer de fondement légal à l'arrêté en projet.

Par ailleurs, une référence à l'ARPG n'est pas non plus utile pour la bonne compréhension de la portée de l'arrêté en projet (voir l'observation 9.2).

14. Le dixième alinéa existant du préambule pourrait mentionner le numéro du présent avis (35.334/3).

Article 2

15. Dans le texte néerlandais de l'article 1^{er}, § 1^{er}, alinéa 3, en projet (article 2, 3°, du projet), on remplacera les termes "opdracht gaven" par "opdracht hebben gegeven".

Article 3

16. A l'article 3, § 3, en projet (article 3, 2°, du projet), on supprimera la référence au 2° de l'article 1^{er}, § 1^{er}, alinéa 1^{er}. En effet, l'autorité fédérale n'est pas habilitée à imposer des obligations qui concernent le recrutement d'agents pour les services des gouvernements de communauté et de région. C'est au contraire aux communautés et aux régions mêmes qu'il revient de déterminer dans quelle mesure il se justifie d'organiser un examen d'admission et d'en définir la teneur (voir l'observation 7.2).

Article 4

17. L'article 21, § 1^{er}, 2°, en projet, fait encore état du "Service de Santé administratif". On alignera cette terminologie sur celle employée dans les autres dispositions du projet.

Dans la mesure où cette disposition fait en outre allusion aux décisions relatives à "la reconnaissance d'une maladie grave et de longue durée" et à "la fixation de la perte du degré d'autonomie", il est recommandé, par souci de clarté, d'indiquer les dispositions légales ou réglementaires faisant état des examens en question. Les dispositions légales qu'il faut, de ce fait, considérer comme contribuant au fondement légal de l'arrêté en projet devront de surcroît être citées dans le préambule.

18. A l'article 21, § 1^{er}, 3°, en projet, il est question d'un fonctionnaire-juriste remplaçant le président. Il y aurait lieu de compléter l'article 23 en y insérant une disposition réglant les modalités de nomination de ce fonctionnaire-juriste.

Dans le texte néerlandais de l'article 21, § 1^{er}, 3°, en projet, on remplacera chaque fois le terme "verhaal" par le terme "beroep".

19. Par souci de clarté, il serait également préférable que l'article 21, § 2, en projet, vise les dispositions légales ou réglementaires prévoyant une "décision concernant la reprise du travail à temps partiel".

Il y aurait par ailleurs lieu de préciser en quoi consiste la "procédure relative au contrôle médical des congés de maladie".

20. Selon l'article 23, § 3, en projet, les membres du Collège des médecins sont désignés "par le ministre compétent".

L'arrêté royal du 13 mai 1999 portant la signature de différents ministres et dans la mesure où l'arrêté en projet sera lui aussi contresigné par plusieurs ministres, la disposition précitée est quelque peu équivoque. L'intention est sans doute de prévoir que les membres sont nommés "par le ministre qui a la santé publique dans ses attributions".

Article 6

21. Selon l'article 29, alinéa 1^{er}, en projet, l'intéressé peut se faire assister par un médecin. Au vu de l'article 21, § 1^{er}, 3°, en projet, il semble indiqué de prévoir dans cette hypothèse l'assistance éventuelle d'un avocat ou d'un juriste.

Si cette suggestion est suivie, il faudra également adapter l'article 34 de l'arrêté royal du 13 mai 1999.

22. Le Conseil d'Etat aperçoit mal le sens de l'article 29, alinéa 4. Pour assurer la transparence de la réglementation, il conviendrait de reformuler cette disposition.

Article 9

23. Compte tenu des articles 11 et 14 du projet, l'article 9 a manifestement pour objet de remettre en vigueur les "anciennes" réglementations pour la période à dater du 1^{er} août 1999 jusqu'à l'installation du nouveau Collège de médecins (voir l'observation 5.4).

Pour des motifs d'ordre légistique, cet objectif devra se réaliser en deux phases.

23.1. Une première disposition devrait rapporter l'article 38, 1° et 3°. L'abrogation de l'article 8 de l'arrêté royal du 18 août 1939 et de l'arrêté royal du 1^{er} décembre 1964 sera dès lors réputée n'avoir jamais eu lieu.

On rédigera dès lors la disposition de retrait comme suit :

"Art. ... L'article 38, 1° et 3°, du même arrêté est rapporté." ⁽²³⁾.

23.2. Il faut ensuite à nouveau prévoir l'abrogation de l'article 8 de l'arrêté royal du 18 août 1939 ainsi que de l'arrêté royal du 1^{er} décembre 1964.

Les auteurs du projet choisissent de ne pas donner effet à cette abrogation au moment de l'entrée en vigueur de l'arrêté en projet, mais seulement à une date ultérieure. La disposition selon laquelle l'abrogation n'entre en vigueur qu'au moment de l'installation du nouveau Collège de médecins est toutefois source d'insécurité juridique, étant donné que les sujets de droit concernés ne savent pas avec certitude à quelle date cette installation a eu lieu.

Une meilleure solution consisterait à donner un effet immédiat à l'abrogation et à prévoir en même temps un régime transitoire jusqu'à ce que le nouveau Collège soit installé.

Lors de l'examen de l'article 11 du projet, le Conseil d'Etat formulera une proposition de texte à cet effet (voir observation 25).

Article 10

24. Selon l'article 39 en projet, toutes les décisions des "autorités compétentes" devraient être abrogées dans le délai d'un an à compter de la date de publication de l'arrêté royal du 13 mai 1999, c'est-à-dire au plus tard le 14 juillet 2000.

Il n'appartient pas à l'autorité fédérale d'imposer une telle décision aux autres autorités, encore moins de le faire avec effet rétroactif.

⁽²³⁾

Si la suggestion faite dans l'observation 25 est suivie, le retrait de l'article 40, alinéa 3, pourra se faire par la même disposition.

Par ailleurs, le texte actuel de l'article 39, qui est limité aux arrêtés ministériels, n'est pas conforme aux exigences de sécurité juridique. Les arrêtés ministériels visés doivent simplement faire l'objet d'une abrogation formelle et il n'y a pas lieu de déterminer un délai dans lequel cette abrogation doit intervenir.

Il est dès lors recommandé de ne pas modifier l'article 39, mais de l'abroger.

Article 11

25. Selon l'article 40, alinéa 3, en projet, les nouvelles voies de recours ne seront appliquées que lorsque le nouveau Collège de médecins aura été installé.

Le Conseil d'Etat suggère de ne pas modifier cette disposition mais de la rapporter et de formuler ensuite une nouvelle disposition transitoire avec effet rétroactif. Il faudra veiller, à cet égard, à ne pas porter atteinte aux droits des personnes qui, au moment de l'entrée en vigueur de l'arrêté en projet, ont introduit un recours (ou peuvent encore le faire) contre des décisions prises en application d'anciennes dispositions, à un moment où celles-ci étaient abrogées (voir observation 10).

La nouvelle disposition transitoire pourrait dès lors être rédigée comme suit :

"Art. ... Les dispositions, abrogées par l'article ..., 1° et 2°, du présent arrêté ⁽²⁴⁾, restent applicables aux recours contre les décisions du Service de Santé administratif ou du service compétent du Service public Fédéral Santé publique, Sécurité de la chaîne alimentaire et Environnement jusqu'à l'installation du Collège visé à l'article 20 de l'arrêté royal du 13 mai 1999, tel que cet article est remplacé par l'article 4 du présent arrêté.

⁽²⁴⁾ Sont visés l'article 8 de l'arrêté royal du 18 août 1939 et l'arrêté royal du 1^{er} décembre 1964 portant création et organisation d'un collège de médecins intervenant dans la vérification des aptitudes physiques requises des candidats à certains emplois publics.

La présente disposition ne porte pas atteinte aux droits des personnes qui, au moment de l'entrée en vigueur du présent arrêté, ont introduit ou peuvent introduire un recours contre des décisions prises en application des dispositions visées à l'article ..., 1° ou 2°, précité."

Cet article devrait être inscrit dans le projet juste avant la disposition relative à l'entrée en vigueur (article 14).

Article 13

26. Ainsi qu'il a été exposé ci-dessus, le régime transitoire prévu par l'article 13 n'est pas nécessaire dans la mesure où il concerne les agents fédéraux visés à l'article 1^{er}, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1°, de l'arrêté royal du 13 mai 1999 (observation 9.1), et excède la compétence de l'autorité fédérale dans la mesure où il concerne les agents des services des gouvernements de communauté et de région, visés à l'article 1^{er}, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, de cet arrêté (observation 7.2).

En conclusion, l'article 13 du projet pourrait donc être omis. Son application doit à tout le moins être limitée aux agents fédéraux.

27. On observera en outre que cet article 13, alinéa 2, entend en fait régler, avec effet rétroactif, la situation statutaire de certains agents. Dans la mesure où ce régime n'est pas favorable pour les intéressés, il n'apparaît pas clairement qu'il est encore proportionné au but visé.

La justification du régime serait de toute manière meilleure s'il était prévu que les agents visés ne sont réputés ne pas avoir possédé l'aptitude médicale requise que si un examen médical établit qu'ils étaient inaptes lors de leur entrée en fonction. En l'absence d'une telle conclusion, le bénéfice du doute serait donc laissé à l'agent ⁽²⁵⁾.

Toutefois, faute de pouvoir discerner à suffisance l'ensemble des éléments de fait pertinents, le Conseil d'Etat ne peut se prononcer avec certitude sur le caractère licite de l'atteinte portée à la situation juridique de l'intéressé, vu sous l'angle du principe de la sécurité juridique.

Article 14

28. Cet article assortit les articles 9 et 11 de l'arrêté en projet d'effet rétroactif.

Il n'est pas nécessaire de prévoir que l'article 9 rétroagit. En effet, un retrait a par définition des effets ex tunc.

Concernant la disposition transitoire inscrite à l'article 40, alinéa 3, en projet (article 11 du projet), le Conseil d'Etat a suggéré de rapporter l'article 40, alinéa 3, et d'insérer dans l'arrêté en projet une nouvelle disposition transitoire autonome (observation 25). Il conviendra donc de donner à cette nouvelle disposition transitoire un effet rétroactif ⁽²⁶⁾.

⁽²⁵⁾ Dans le texte du projet le doute joue au détriment de l'intéressé. C'est ce qui ressort le plus clairement du texte français. Le texte néerlandais constitue sur ce point une traduction imprécise du texte français; il faut lire que les agents concernés "*slechts geacht worden de vereiste lichamelijke geschiktheid te bezitten, als een medisch onderzoek de geschiktheid aantoon*".

⁽²⁶⁾ La rétroactivité est nécessaire afin de régulariser également les décisions prises depuis le 1^{er} août 1999 en application des "anciennes" réglementations.

De kamer was samengesteld uit

La chambre était composée de

de Heren
Messieurs

W. DEROOVER,

eerste voorzitter,
premier président,

D. ALBRECHT,
P. LEMMENS,

staatsraden,
conseillers d'Etat,

H. COUSY,
J. VELAERS,

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

Mevrouw
Madame

F. LIEVENS,

griffier,
greffier.

De overeenstemming tussen de Nederlandse en de Franse tekst werd nagezien onder toezicht van de H. P. LEMMENS.

Het verslag werd uitgebracht door de H. B. WEEKERS, auditeur. De nota van het Coördinatiebureau werd opgesteld door Mevr. M.-C. CEULE, eerste referendaris-afdelingshoofd.

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

Le rapport a été présenté par M. B. WEEKERS, auditeur. La note du Bureau de coordination a été rédigée par Mme M.-C. CEULE, premier référendaire chef de section.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER,

DE EERSTE VOORZITTER - LE
PREMIER PRÉSIDENT,

F. LIEVENS

W. DEROOVER