

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 38.925/1

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, eerste kamer, op 28 juli 2005 door de Minister van Ambtenarenzaken verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, verlengd tot 29 september 2005, van advies te dienen over een ontwerp van koninklijk besluit "tot wijziging van het koninklijk besluit van 29 oktober 2001 betreffende de aanduiding en de uitoefening van de managementfuncties in de federale overheidsdiensten en de federale programmatorische overheidsdiensten", heeft op 22 september 2005 het volgende advies gegeven:

STREKKING EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

1. Het om advies voorgelegde ontwerpbesluit strekt ertoe om, door de invoeging van een artikel 23*bis* in het koninklijk besluit van 29 oktober 2001 betreffende de aanduiding en de uitoefening van de managementfuncties in de federale overheidsdiensten en de programmatorische federale overheidsdiensten, in een aantal gevallen van "onderbreking" van het mandaat van een houder van een managementfunctie, het mogelijk te maken dat de prerogatieven verbonden aan die functie tijdelijk worden uitgeoefend door de laatste houder van de betrokken managementfunctie of door een ander lid van het directiecomité. Die uitoefening gebeurt zolang geen nieuwe titularis is aangewezen, met een maximale duur van acht maanden, verlengbaar in het geval dat het mandaat werd onderbroken ten gevolge van ziekte of gebrekkigheid.

2. Het ontwerp wijzigt een aspect van het statuut van het rijkspersoneel. Het vindt rechtsgrond in de artikelen 37 en 107, tweede lid, van de Grondwet.

ALGEMENE OPMERKINGEN

1. In het ontworpen artikel 23*bis* wordt ook toegelaten dat de laatste houder van de managementfunctie bij "onderbreking" van het mandaat ermee wordt belast de prerogatieven van die functie uit te oefenen. Uit de door de gemachtigde verstrekte toelichting blijkt dat de term "onderbreking" een zeer ruime draagwijdte heeft. Naast de bij het ontworpen artikel 23*bis*, eerste lid, bedoelde uitsluitingen, zouden enkel het vakantieverlof en de korte verloven niet vallen onder de ontworpen regeling.

Er dient hierbij te worden opgemerkt dat de uitoefening van de prerogatieven van de betrokken managementfunctie door de laatste houder van die functie in bepaalde gevallen geheel onmogelijk is, bij voorbeeld wanneer hij een verlof opneemt waarop hij recht heeft of wanneer de onderbreking te wijten is aan een situatie van overmacht.

.../...

In andere gevallen kan er een juridisch bezwaar bestaan tegen het laten uitoefenen van de aan de managementfunctie verbonden prerogatieven door de laatste houder van die functie . Zo is het ontoelaatbaar dat na onderbreking of stopzetting van het mandaat ten gevolge van het opleggen van een tuchtstraf, of ten gevolge van het verlies van politieke rechten op grond van een strafrechtelijke veroordeling, de laatste mandaathouder zou worden belast met het uitoefenen van de prerogatieven van de betrokken managementfunctie. Zulks is evenmin mogelijk in de mate dat daardoor afbreuk zou worden gedaan aan het gezag van gewijsde van een schorsings- of vernietigingsarrest van de Raad van State, afdeling administratie, of van een andere rechterlijke beslissing. In dit verband dient eraan te worden herinnerd dat uit het gezag van gewijsde eveneens een verbod voortvloeit om het vernietigingsarrest of het schorsingsarrest te omzeilen ⁽¹⁾.

2. Het ontwerp bevat in het geheel geen selectiecriteria en nauwelijks procedureregels voor de aanwijzing van de persoon die de prerogatieven verbonden aan de betrokken functie zal uitoefenen. Ook die aanwijzing dient evenwel te gebeuren op grond van een objectief systeem dat waarborgen biedt inzake gelijke behandeling, onafhankelijkheid en onpartijdigheid, zoals met betrekking tot de uitoefening van een hoger ambt in het koninklijk besluit van 8 augustus 1983 betreffende de uitoefening van een hoger ambt in de rijksbesturen. Het ontwerp zal op dit punt moeten worden aangevuld.

3. In bepaalde gevallen zal de ontworpen regeling erop neerkomen dat de persoon die is aangewezen om de prerogatieven van de betrokken managementfunctie uit te oefenen, wordt belast met de uitoefening van een hoger ambt. In tegenstelling tot wat het geval is in het koninklijk besluit van 8 augustus 1983 voor de ambtenaren die aan dat besluit zijn onderworpen, wordt in de ontworpen regeling niet voorzien in een toelage voor die uitoefening. De stellers van het ontwerp dienen na te gaan of er een afdoende verantwoording bestaat voor dit verschil in behandeling.

⁽¹⁾ Zie m.b.t. een schorsingsarrest, R.v.St., nr. 78.045, 11 januari 1999, De Winne.

4. De vraag rijst of ook in de gevallen bedoeld in de artikelen 21 en 23 ⁽²⁾ van het koninklijk besluit van 29 oktober 2001 niet moet worden voorzien in een regeling betreffende de uitoefening van de prerogatieven van de persoon die houder was van de beëindigde mandaatfunctie ⁽³⁾.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Aanhef

In het tweede lid van de aanhef dienen alle nog van kracht zijnde wijzigingen van het koninklijk besluit van 29 oktober 2001 te worden vermeld, zijnde de koninklijke besluiten van 6 februari 2002, 7 februari 2003, 15 juni 2004, 4 augustus 2004, 1 februari 2005 en 8 juli 2005.

Artikel 1

1. De inleidende zin van artikel 1 dient als volgt te worden geredigeerd:

"In het koninklijk besluit van 29 oktober 2001 betreffende de aanduiding en de uitoefening van de managementfuncties in de federale overheidsdiensten en de programmatorische federale overheidsdiensten, gewijzigd bij de koninklijke besluiten van 6 februari 2002, 7 februari 2003, 15 juni 2004, 4 augustus 2004, 1 februari 2005 en 8 juli 2005, wordt een artikel 23*bis* ingevoegd, luidende: ".

⁽²⁾ In artikel 23 wordt weliswaar voor het daarin bedoelde geval van beëindiging van het mandaat in een opzeggingstermijn van zes maanden voorzien, wat in vele gevallen zal volstaan om de opvolger van de betrokken houder van de managementfunctie aan te wijzen. De termijn van zes maanden kan evenwel in onderling akkoord worden verkort.

⁽³⁾ Uiteraard is het in de gevallen bedoeld in de artikelen 21 en 23 van het koninklijk besluit van 29 oktober 2001 ondenkbaar of doelloos te voorzien in de mogelijkheid de laatste houder van de managementfunctie hiermee te belasten.

2. Zoals reeds is opgemerkt, heeft het begrip "onderbroken mandaat", dat wordt gebruikt in het ontworpen artikel 23*bis*, eerste lid, een ruime draagwijdte. Vraag is evenwel of die terminologie adequaat is in het licht van de door de stellers van het ontwerp beoogde situaties. Zo zal in gevallen van de intrekking of van de vernietiging door de Raad van State, afdeling administratie, van de beslissing tot aanwijzing van de houder van de managementfunctie, het mandaat formeel-juridisch gezien niet zijn "onderbroken", nu die aanwijzing, gelet op het retroactieve karakter van een intrekking of een vernietiging, moet worden geacht nooit te hebben plaatsgevonden.

Voorts moet uit de tekst van de genoemde bepaling blijken dat de ontworpen regeling niet van toepassing is op de door de gemachtigde vermelde verlopen (zie opmerking 1 van het onderdeel "algemene opmerkingen" van dit advies).

3. Krachtens het ontworpen artikel 23*bis*, eerste lid, komt enkel de laatste houder van de managementfunctie of een "ander" lid van het directiecomité in aanmerking om de prerogatieven verbonden aan die functie uit te oefenen.

In die bepaling wordt eraan voorbijgegaan dat een houder van een managementfunctie niet noodzakelijk deel uitmaakt van het directiecomité ⁽⁴⁾. Er kan derhalve alleszins in de genoemde bepaling geen gewag worden gemaakt van een "ander" lid van het directiecomité.

Meer fundamenteel evenwel, gelet op de zo-even gedane vaststelling, rijst de vraag of de leden van het directiecomité wel een adequate categorie uitmaken om de in het ontworpen artikel 23*bis*, eerste lid, bedoelde prerogatieven uit te oefenen.

4. In het ontworpen artikel 23*bis*, eerste lid, schrijve men "voor een duur van maximum acht maanden" in plaats van "zonder dat deze periode een duur van maximum acht maanden zou mogen overschrijden".

⁽⁴⁾ Zie artikel 4 van het koninklijk besluit van 7 november 2000 houdende oprichting en samenstelling van organen die gemeenschappelijk zijn aan iedere federale overheidsdienst.

5. In het ontworpen artikel 23*bis*, tweede lid, worden de woorden "en werkt verder aan het managementplan en het operationeel plan" beter weggelaten. Niet alleen betreft het hier slechts één taak behorend tot de betrokken managementfunctie, terwijl de uitoefening van de prerogatieven van die functie ook betrekking heeft op de andere taken die tot de functie behoren, maar ook is de formulering van die zinsnede dubbelzinnig omdat ze de indruk zou kunnen wekken ("werkt verder") dat zij enkel betrekking heeft op de laatste houder van de functie. Bovendien is het zo dat in een aantal gevallen het managementplan en het operationeel plan reeds zullen zijn goedgekeurd, in welk geval de houder van de managementfunctie niet meer het plan opstelt, maar is belast met het voorstellen van aanpassingen aan die plannen ⁽⁵⁾.

⁽⁵⁾ Zie m.b.t. die plannen artikel 11 van het koninklijk besluit van 29 oktober 2001.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	M. VAN DAMME,	kamervoorzitter,
	J. BAERT, J. SMETS,	staatsraden,
	A. SPRUYT, M. RIGAUX,	assessoren van de afdeling wetgeving,
Mevrouw	A. BECKERS,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de H. B. WEEKERS, auditeur.

DE GRIFFIER,

DE VOORZITTER,

A. BECKERS

M. VAN DAMME

ROYAUME DE BELGIQUE

Avis 38.925/1

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, première chambre, saisi par le Ministre de la Fonction Publique, le 28 juillet 2005, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, prorogé jusqu'au 29 septembre 2005, sur un projet d'arrêté royal "modifiant l'arrêté royal du 29 octobre 2001 relatif à la désignation et à l'exercice des fonctions de management dans les services publics fédéraux et les services publics fédéraux de programmation", a donné le 22 septembre 2005 l'avis suivant:

PORTÉE ET FONDEMENT JURIDIQUE DU PROJET

1. Par l'insertion d'un article 23*bis* dans l'arrêté royal du 29 octobre 2001 relatif à la désignation et à l'exercice des fonctions de management dans les services publics fédéraux et les services publics fédéraux de programmation, le projet d'arrêté soumis pour avis entend permettre, dans un certain nombre de cas d'"interruption" du mandat d'un titulaire d'une fonction de management, que les prérogatives liées à cette fonction soient exercées temporairement par le dernier titulaire de la fonction de management concernée ou par un autre membre du comité de direction. Ces prérogatives sont exercées aussi longtemps qu'un nouveau titulaire n'a pas été désigné, pour une durée maximale de huit mois, pouvant être prolongée lorsque l'exercice du mandat a été interrompu par suite de maladie ou d'infirmité.

2. Le projet modifie un aspect du statut des agents de l'État. Il trouve son fondement juridique dans les articles 37 et 107, alinéa 2, de la Constitution.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

1. L'article 23*bis*, en projet, permet également, en cas d'"interruption" du mandat, de charger le dernier titulaire de la fonction de management d'exercer les prérogatives de cette fonction. Il ressort des précisions données par le fonctionnaire délégué que la portée du terme "interruption" est très large. Outre les exclusions visées à l'article 23*bis*, alinéa 1^{er}, en projet, seuls le congé de vacances et les congés de courte durée seraient exclus du champ d'application du régime en projet.

Il est à noter à cet égard que, dans certains cas, l'exercice des prérogatives de la fonction de management concernée par le dernier titulaire de cette fonction est parfaitement impossible, par exemple lorsqu'il prend un congé auquel il a droit ou lorsque l'interruption est due à un cas de force majeure.

Dans d'autres cas, l'exercice des prérogatives liées à la fonction de management peut soulever des objections juridiques. Ainsi, il est inadmissible qu'après l'interruption ou la fin du mandat à la suite d'une sanction disciplinaire ou de la perte des droits politiques en vertu d'une condamnation pénale, le dernier titulaire du mandat soit chargé de l'exercice des prérogatives de la fonction de management concernée. Cela n'est pas possible non plus dans la mesure où il serait ainsi porté atteinte à l'autorité de la chose jugée d'un arrêt de suspension ou d'annulation du Conseil d'État, section d'administration, ou d'une autre décision judiciaire. Il faut rappeler à ce propos que l'autorité de la chose jugée emporte également l'interdiction de contourner l'arrêt d'annulation ou de suspension ⁽¹⁾.

2. Le projet ne comporte pas le moindre critère de sélection et pour ainsi dire aucune règle de procédure pour la désignation de la personne qui exercera les prérogatives liées à la fonction concernée. Toutefois, cette désignation doit également s'effectuer sur la base d'un système objectif offrant des garanties en matière d'égalité de traitement, d'indépendance et d'impartialité, comme pour l'exercice d'une fonction supérieure dans le cadre de l'arrêté royal du 8 août 1983 relatif à l'exercice d'une fonction supérieure dans les administrations de l'État. Il y aurait lieu de compléter le projet sur ce point.

3. Dans certains cas, les dispositions en projet emporteront que la personne désignée pour exercer les prérogatives liées à la fonction de management concernée sera chargée de l'exercice d'une fonction supérieure. Contrairement à ce que prévoit l'arrêté royal du 8 août 1983 pour les fonctionnaires soumis à son application, les dispositions en projet ne prévoient pas d'allocation pour cet exercice. Les auteurs du projet vérifieront s'il y a une justification suffisante pour cette différence de traitement.

⁽¹⁾ Voir, en ce qui concerne un arrêt de suspension, C.E., n° 78.045, 11 janvier 1999, De Winne.

4. La question se pose de savoir si, dans les cas visés aux articles 21 et 23 ⁽²⁾ de l'arrêté royal du 29 octobre 2001, il ne faudrait pas également prévoir des dispositions concernant l'exercice des prérogatives de la personne qui était titulaire du mandat auquel il a été mis fin ⁽³⁾.

EXAMEN DU TEXTE

Préambule

Au deuxième alinéa du préambule, on mentionnera toutes les modifications encore en vigueur de l'arrêté royal du 29 octobre 2001, à savoir les arrêtés royaux des 6 février 2002, 7 février 2003, 15 juin 2004, 4 août 2004, 1^{er} février 2005 et 8 juillet 2005.

Article 1^{er}

1. On rédigera la phrase liminaire de l'article 1^{er} comme suit :

"Un article 23bis, rédigé comme suit, est inséré dans l'arrêté royal du 29 octobre 2001 relatif à la désignation et à l'exercice des fonctions de management dans les services publics fédéraux et les services publics fédéraux de programmation, modifié par les arrêtés royaux des 6 février 2002, 7 février 2003, 15 juin 2004, 4 août 2004, 1^{er} février 2005 et 8 juillet 2005:".

⁽²⁾ En ce qui concerne la fin du mandat qu'il vise, l'article 23 prévoit certes un préavis de six mois, ce qui, dans bon nombre de cas, suffira pour désigner le successeur du titulaire de la fonction de management concerné. Le délai de six mois peut néanmoins être réduit de commun accord.

⁽³⁾ Dans les cas visés aux articles 21 et 23 de l'arrêté royal du 29 octobre 2001, il est évidemment impensable ou inutile de prévoir la possibilité d'en charger le dernier titulaire de la fonction de management.

2. Ainsi qu'il a déjà été observé, la portée de la notion de "mandat interrompu", utilisée à l'article 23*bis*, alinéa 1^{er}, en projet, est très large. La question se pose toutefois de savoir si cette terminologie est adéquate, compte tenu des situations visées par les auteurs du projet. Ainsi, en cas de retrait ou d'annulation de la décision de désignation du titulaire de la fonction de management par le Conseil d'État, section d'administration, le mandat ne sera pas formellement "interrompu" - d'un point de vue juridique - dès lors que cette désignation doit être regardée comme non avenue, vu le caractère rétroactif d'un retrait ou d'une annulation.

En outre, il doit ressortir du texte de la disposition précitée que le régime en projet n'est pas applicable aux congés mentionnés par le fonctionnaire délégué (voir l'observation 1 des "observations générales" formulées dans le présent avis).

3. En vertu de l'article 23*bis*, alinéa 1^{er}, en projet, seuls le dernier titulaire d'une fonction de management ou un "autre" membre du comité de direction sont susceptibles d'exercer les prérogatives liées à cette fonction.

Cette disposition ne tient pas compte du fait que le titulaire d'une fonction de management ne fait pas nécessairement partie du comité de direction ⁽⁴⁾. Dès lors, la disposition précitée ne peut en tout cas pas faire mention d'un "autre" membre du comité de direction.

Toutefois, vu la constatation qui vient d'être faite et de manière plus fondamentale, se pose la question de savoir si les membres du comité de direction constituent effectivement une catégorie adéquate pour exercer les prérogatives visées à l'article 23*bis*, alinéa 1^{er}, en projet.

4. À l'article 23*bis*, alinéa 1^{er}, en projet, on écrira "pour une durée de huit mois maximum" au lieu de "sans pour autant que la période puisse dépasser une période de huit mois au maximum".

⁽⁴⁾ Voir l'article 4 de l'arrêté royal du 7 novembre 2000 portant création et composition des organes communs à chaque service public fédéral.

5. À l'article 23bis, alinéa 2, en projet, il serait préférable de supprimer les mots "et continue le plan de management et le plan opérationnel". En l'occurrence, il s'agit non seulement d'une seule tâche relevant de la fonction de management concernée, alors que l'exercice des prérogatives s'y rapportant concerne également d'autres tâches relevant de cette fonction, mais de plus la formulation du segment de phrase est ambiguë en ce sens qu'elle pourrait donner à penser ("continue") qu'elle concerne uniquement le dernier titulaire de la fonction. En outre, dans un certain nombre de cas le plan de management et le plan opérationnel auront déjà été approuvés, auquel cas le titulaire de la fonction de management n'élaborera plus le plan, mais sera chargé d'en proposer les adaptations ⁽⁵⁾.

⁽⁵⁾ Voir, en ce qui concerne ces plans, l'article 11 de l'arrêté royal du 29 octobre 2001.

La chambre était composée de

Messieurs	M. VAN DAMME,	président de chambre,
	J. BAERT, J. SMETS,	conseillers d'État,
	A. SPRUYT, M. RIGAUX,	assesseurs de la section de législation,
Madame	A. BECKERS,	greffier.

Le rapport a été présenté par M. B. WEEKERS, auditeur.

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

LE GREFFIER,

LE PRÉSIDENT,

A. BECKERS

M. VAN DAMME