

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 39.928/3

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAADVAN STATE, afdeling wetgeving, derde kamer, op 22 februari 2006 door de Minister van Ambtenarenzaken verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, 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 programmatorische federale overheidsdiensten", heeft, na de zaak te hebben onderzocht op de zittingen van 7 maart 2006 en 14 maart 2006, op laatstvermelde datum het volgende advies gegeven:

1. Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, heeft de afdeling wetgeving zich toegespitst op het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond, alsmede van de te vervullen vormvereisten.

Daarnaast bevat dit advies ook een aantal opmerkingen over andere punten. Daaruit mag echter niet worden afgeleid dat de afdeling wetgeving binnen de haar toegemeten termijn een exhaustief onderzoek van het ontwerp heeft kunnen verrichten.

*
* *

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Aanhef

2. Gelet op artikel 116 van het koninklijk besluit van 2 oktober 1937 houdende het statuut van het rijkspersoneel, dienen aan de aanhef één of meer leden te worden toegevoegd waarin de beweegredenen voor het nemen van het besluit dat thans in ontwerpvorm voorligt, worden weergegeven, of dient aan het ontwerp een verslag aan de Koning te worden toegevoegd.

Het genoemde artikel 116, dat bepaalt dat iedere, zelfs gedeeltelijke wijziging "in dit statuut" aangebracht, het voorwerp zal zijn van een gemotiveerd besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad, moet immers worden geacht van toepassing te zijn op elke wijziging van het statuut van het rijkspersoneel, ook al wordt zulk een wijziging formeel niet aangebracht in het koninklijk besluit van 2 oktober 1937.

.../...

Artikel 1

3. Artikel 1 van het ontwerp voegt aan artikel 18 van 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 een nieuwe paragraaf 9 toe, naar luid waarvan aan de houder van een managementfunctie die geen eindevaluatie heeft gekregen, van rechtswege de vermelding "voldoende" wordt toegekend.

Om toelichting verzocht, heeft de gemachtigde ambtenaar het volgende verklaard:

"Er moet echter rekening mee gehouden worden dat deze situatie zich kan voordoen, zowel door omstandigheden (bvb. functie van evaluator niet ingevuld) als door 'nalatigheid' van de evaluator."

Wat die ontworpen regeling betreft, stelt de Raad van State vast, dat een verschil in behandeling wordt ingevoerd tussen, enerzijds, de houder van een managementfunctie die zeer goed gepresteerd heeft en waarvan de eindevaluatie besloten is met de vermelding "zeer goed", en anderzijds, de houder van een managementfunctie die ook zeer goed gepresteerd heeft, maar die buiten zijn wil om geen eindevaluatie heeft gekregen.

De Raad van State ziet niet in welke deugdelijke verantwoording hiervoor kan worden gegeven ten aanzien van het grondwettelijke beginsel van de gelijkheid en de niet-discriminatie.

Artikel 4

4. Luidens het ontworpen artikel 21 eindigt het mandaat van de houder van een managementfunctie indien de evaluatie bedoeld in artikel 16, eerste lid, leidt tot een vermelding "onvoldoende" (§ 1) en ontvangt hij, indien hij geen beroepsinkomen of rustpensioen geniet of zou kunnen genieten, een beëindigingsvergoeding (§ 2). Volgens het ontworpen artikel 21, § 3, derde lid, verkrijgt de houder van een managementfunctie

.../...

negen maal, zes maal of drie maal de beëindigingvergoeding (berekend overeenkomstig het ontworpen artikel 21, § 3, eerste en tweede lid), naargelang de vermelding "onvoldoende" wordt toegekend bij de eindevaluatie, bij de tweede tussentijdse evaluatie of bij de eerste tussentijdse evaluatie.

In het ontworpen artikel 21, § 3, derde lid, wordt evenwel geen rekening gehouden met het bepaalde in artikel 10, § 1, tweede en derde lid, van het voornoemde koninklijk besluit van 29 oktober 2001, naar luid waarvan de ambtenaren van Buitenlandse Zaken die deel uitmaken van de externe loopbanen en die aangewezen worden in een managementfunctie, de keuze hebben tussen een mandaat van vier of zes jaar, en de voorzitter van het directiecomité van de federale overheidsdienst "Kanselarij en Algemene Diensten" die een mandaat heeft tot de datum van aanstelling van de opvolger van de Eerste Minister.

Ook voor die managementfuncties dient in het ontworpen artikel 21, § 3, derde lid, in een aangepaste berekening van de beëindigingsvergoeding te worden voorzien.

5. Het ontworpen artikel 21, § 3, vierde lid, luidt:

"De beëindigingvergoeding wordt maandelijks uitbetaald, mits maandelijks voorlegging door de belanghebbende van een verklaring op eer waaruit blijkt dat hij gedurende de betrokken periode geen beroepsinkomen, of rustpensioen heeft genoten zoals bepaald in § 2 . Indien door de belanghebbende een valse verklaring op eer wordt afgelegd, is deze een bedrag verschuldigd dat overeenstemt met de onterecht uitgekeerde beëindigingvergoeding of beëindigingvergoedingen vermeerderd met één derde van de terecht uitgekeerde beëindigingvergoeding of beëindigingvergoedingen."

Wat betreft de vermeerdering "met één derde van de terecht uitgekeerde beëindigingvergoeding of beëindigingvergoedingen", bovenop de verplichting tot terugbetaling van de "onterecht uitgekeerde beëindigingvergoeding of beëindigingvergoedingen", heeft de gemachtigde ambtenaar het volgend verklaard:

"De vermeerdering werd ingevoerd bij wijze van 'bestrafing' van diegene die een valse verklaring heeft opgesteld (en dus ook een verwittiging aan het adres

.../...

van diegenen die zouden overwegen om een valse verklaring af te leggen) en die dus op een frauduleuze manier zou genieten van Staatsgelden."

Gelet op de doelstelling van die sanctie en de hoogte ervan ⁽¹⁾, moet worden aangenomen dat het gaat om een sanctie met een strafrechtelijk karakter.

Wanneer een administratieve sanctie een strafrechtelijk karakter heeft, dient evenwel te worden voldaan aan een aantal waarborgen die gelden in strafzaken, zoals het legaliteitsbeginsel, het beginsel *non bis in idem*, het vermoeden van onschuld en het recht op hoger beroep.

Die vaststelling heeft tot gevolg dat de ontworpen sanctie uit het ontwerp moet worden gelicht en het voorwerp moet uitmaken van een wetgevend initiatief waarbij ook de hogervermelde waarborgen in strafzaken moeten worden in acht genomen.

Artikel 6

6. Uit de toelichting die de gemachtigde ambtenaar aan de auditeur-verslaggever heeft gegeven over de draagwijdte van het ontworpen artikel 24, § 1, moet worden afgeleid dat in die ontworpen paragraaf blijkbaar niet alle hypotheses worden vermeld die volgens de stellers van het ontwerp recht geven op een herintegratievergoeding.

Zo zou bijvoorbeeld, volgens de gemachtigde ambtenaar, de houder van een managementfunctie van wie de eindevaluatie aanleiding heeft gegeven tot de vermelding "zeer goed" en die kandideert voor een ander mandaat, maar niet als laureaat van die selectie wordt aangewezen, toch recht hebben op een herintegratievergoeding.

⁽¹⁾ Zoals de ontworpen bepaling is geformuleerd kan ze tot gevolg hebben dat bijvoorbeeld de houder van een managementfunctie met een eindevaluatie "onvoldoende", die voor acht maanden een correcte verklaring op eer heeft afgelegd, doch die, wat de negende maand betreft, een valse verklaring aflegt, één maand moet terugbetalen, vermeerderd met één derde van acht maanden (dus ongeveer twee maanden en een half), zodat hij in totaal drie maanden en een half moet terugbetalen.

In het licht van die vaststelling verdient het aanbeveling om het ontworpen artikel 24, § 1, aan een nieuw onderzoek te onderwerpen.

Artikel 7

7. Gevraagd of het de bedoeling is om de in artikel 7 bepaalde gunstmaatregel enkel toe te passen op de mandaathouders, welke op de datum van de inwerkingtreding van het ontworpen besluit "de leeftijd van 65 jaar (reeds zullen) hebben bereikt" en niet op zij die deze leeftijd nog moeten bereiken, heeft de gemachtigde ambtenaar aan de auditeur-verslaggever het volgende geantwoord:

"Neen, deze maatregel is van toepassing op de mandaathouders die reeds waren aangesteld op datum van de inwerkingtreding van het wijzigingsbesluit en die tijdens hun (lopende) mandaat de leeftijd van 65 jaar zullen bereiken."

Gelet op het antwoord van de gemachtigde dienen in artikel 7 dan ook de woorden "hebben bereikt" vervangen te worden door het woord "bereiken".

8. Aangezien artikel 7 van het ontwerp een overgangsbepaling is, is het overbodig dat artikel te redigeren als een afwijking van artikel 20, eerste lid, van het voornoemde koninklijk besluit van 29 oktober 2001.

Het eerste zinsdeel, beginnend met de woorden "In afwijking van" en eindigend met woorden "zoals herschreven in dit besluit", dient dan ook te worden geschrapt. Die opmerking kan *mutatis mutandis* worden herhaald voor artikel 8 van het ontwerp.

Artikel 8

9. Gevraagd naar de verantwoording voor het toekennen aan de betrokkenen van een hoge én vooral onvoorwaardelijke vergoeding, terwijl luidens het ontworpen artikel 21, § 2, de houder van een managementfunctie van wie het mandaat werd

.../...

beëindigd omwille van een vermelding "onvoldoende" slechts een beëindigingsvergoeding ontvangt indien hij geen beroepsinkomen of rustpensioen geniet of zou kunnen genieten, heeft de gemachtigde ambtenaar aan de auditeur-verslaggever het volgende geantwoord:

"De hogere vergoeding is gekoppeld aan de overgangsbepalingen (art. 8) in het KB van 1 februari 2005 tot invoering van een evaluatieregime voor de houders van managementfuncties in de federale overheidsdiensten en tot wijziging van het koninklijk besluit van 7 november 2000 houdende oprichting en samenstelling van de organen die gemeenschappelijk zijn aan iedere federale overheidsdienst, dat stelt dat de eerste tussentijdse evaluaties van de mandaathouders die al aangesteld waren op de dag van de inwerkingtreding van dat besluit, plaatsvinden na 3 jaar ipv de voorziene 2 jaar. Het is om de reden dat zij reeds langer in dienst zijn dat de vergoeding voor deze personen werd opgetrokken. Uiteraard is de toekenning van de vergoeding gekoppeld aan dezelfde voorwaarden (art. 21, § 2)."

Het kan worden betwijfeld of die verantwoording afdoende is in het licht van het grondwettelijke beginsel van de gelijkheid en de niet-discriminatie. De Raad van State moet dan ook op dit punt een voorbehoud maken.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	D. ALBRECHT,	kamervoorzitter,
	J. SMETS, B. SEUTIN,	staatsraden,
	H. COUSY, J. VELAERS,	assessoren van de afdeling wetgeving,
Mevrouw	A.-M. GOOSSENS,	griffier.

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

DE GRIFFIER,

DE VOORZITTER,

A.-M. GOOSSENS

D. ALBRECHT

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 39.928/3

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, troisième chambre, saisi par le Ministre de la Fonction publique, le 22 février 2006, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, 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", après avoir examiné l'affaire en ses séances des 7 mars 2006 et 14 mars 2006, a donné, à cette dernière date l'avis suivant:

1. En application de l'article 84, § 3, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, la section de législation a fait porter son examen essentiellement sur la compétence de l'auteur de l'acte, le fondement juridique et l'accomplissement des formalités prescrites.

Par ailleurs, le présent avis comporte également un certain nombre d'observations sur d'autres points. Il ne peut toutefois s'en déduire que, dans le délai qui lui est imparti, la section de législation a pu procéder à un examen exhaustif du projet.

*

* *

EXAMEN DU TEXTE

Préambule

2. Vu l'article 116 de l'arrêté royal du 2 octobre 1937 portant le statut des agents de l'État, il convient d'ajouter au préambule un ou plusieurs alinéas indiquant les motifs qui justifient l'adoption de l'arrêté dont le projet est à l'examen ou de joindre au projet un rapport au Roi.

L'article 116 précité qui dispose que toute modification, même partielle, apportée "au présent statut", fera l'objet d'un arrêté motivé, délibéré en Conseil des ministres doit en effet être réputé s'appliquer à toute modification du statut du personnel de l'État, même si une telle modification n'est pas apportée de manière formelle dans l'arrêté royal du 2 octobre 1937.

Article 1^{er}

3. L'article 1^{er} du projet ajoute à l'article 18 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 et les services publics fédéraux de programmation, un paragraphe 9

.../...

nouveau, selon lequel le titulaire d'une fonction de management qui n'a pas reçu d'évaluation finale, se voit attribuer de plein droit la mention "satisfaisant".

Invité à fournir des explications, le fonctionnaire délégué a déclaré ce qui suit:

"Er moet echter rekening mee gehouden worden dat deze situatie zich kan voordoen, zowel door omstandigheden (bvb. functie van evaluator niet ingevuld) als door 'nalatigheid' van de evaluator."

En ce qui concerne ces dispositions en projet, le Conseil d'État constate qu'une inégalité de traitement est instaurée entre, d'une part, le titulaire d'une fonction de management dont les prestations sont très bonnes et dont l'évaluation finale se conclut par la mention "très bien" et, d'autre part, le titulaire d'une fonction de management dont les prestations sont également très bonnes mais qui, pour des raisons indépendantes de sa volonté, n'a pas obtenu d'évaluation finale.

Le Conseil d'État n'aperçoit pas la justification adéquate qui pourrait être donnée ici au regard du principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination.

Article 4

4. Aux termes de l'article 21 en projet, le mandat du titulaire d'une fonction de management prend fin si l'évaluation visée à l'article 16, alinéa 1^{er}, conduit à une mention "insuffisant" (§ 1^{er}) et il reçoit une indemnité de départ s'il ne bénéficie ou ne pourrait bénéficier d'aucun revenu professionnel ou d'aucune pension de retraite (§ 2). Selon l'article 21, § 3, alinéa 3, en projet, le titulaire de la fonction de management obtient neuf fois, six fois ou trois fois l'indemnité de départ (calculée conformément à l'article 21, § 3, alinéas 1^{er} et 2, en projet) selon que la mention "insuffisant" est attribuée lors de l'évaluation finale, lors de la deuxième évaluation intermédiaire ou lors de la première évaluation intermédiaire.

L'article 21, § 3, alinéa 3, en projet ne tient toutefois pas compte de la règle énoncée à l'article 10, § 1^{er}, alinéas 2 et 3, de l'arrêté royal du 29 octobre 2001 susvisé, qui prévoit que les agents des Affaires étrangères, qui font partie des carrières extérieures et

.../...

qui sont désignés à une fonction de management, ont le choix entre un mandat de quatre ou de six ans et que le président du comité de direction du service public fédéral "Chancellerie et services généraux" reçoit un mandat jusqu'à la date de désignation du successeur du Premier Ministre.

L'article 21, § 3, alinéa 3, en projet doit également prévoir un calcul adapté de l'indemnité de départ pour ces fonctions de management.

5. L'article 21, § 3, alinéa 4, en projet s'énonce comme suit:

"L'indemnité de départ est liquidée mensuellement moyennant l'introduction chaque mois par l'intéressé d'une déclaration sur l'honneur dans laquelle il apparaît que pour la période concernée, il n'a bénéficié ni de revenus professionnels, ni d'une pension au sens du § 2. Si l'intéressé a introduit une fausse déclaration sur l'honneur, il est redevable d'un montant qui correspond à l'indemnité de départ ou aux indemnités de départ indûment liquidée(s) majorée(s) d'un tiers de l'indemnité de départ ou des indemnités de départ liquidée(s) à juste titre."

En ce qui concerne la majoration "d'un tiers de l'indemnité de départ ou des indemnités de départ liquidée(s) à juste titre", en sus de l'obligation de rembourser "l'indemnité de départ ou (les) indemnités de départ indûment liquidée(s)", le fonctionnaire délégué a déclaré ce qui suit:

"De vermeerdering werd ingevoerd bij wijze van 'bestrafing' van diegene die een valse verklaring heeft opgesteld (en dus ook een verwittiging aan het adres van diegenen die zouden overwegen om een valse verklaring af te leggen) en die dus op een frauduleuze manier zou genieten van Staatsgelden."

Vu l'objet de cette sanction et son ampleur ⁽¹⁾, il faut considérer qu'il s'agit d'une sanction à caractère pénal.

⁽¹⁾ Comme la disposition en projet est formulée, elle peut impliquer que, par exemple, le titulaire d'une fonction de management ayant reçu l'évaluation finale "insuffisant" et qui a introduit pour huit mois une déclaration sur l'honneur exacte mais qui, pour le neuvième mois, a introduit une fausse déclaration doit rembourser un mois majoré d'un tiers de huit mois (donc environ deux mois et demi) de sorte qu'il devra finalement rembourser trois mois et demi.

Lorsqu'une sanction administrative revêt un tel caractère, un certain nombre de garanties applicables en matière pénale sont à remplir, comme le principe de légalité, le principe *non bis in idem*, la présomption d'innocence et le droit à un recours.

Cette constatation implique que la sanction en projet doit être distraite du projet et faire l'objet d'une initiative législative qui devra également tenir compte des garanties en matière pénale susmentionnées.

Article 6

6. Il se déduit des explications que le fonctionnaire délégué a fournies à l'auditeur rapporteur sur la portée de l'article 24, § 1^{er}, en projet que ce paragraphe en projet ne comprend manifestement pas toutes les hypothèses qui, selon les auteurs du projet, donnent droit à une indemnité de réintégration.

Ainsi, par exemple, selon le fonctionnaire délégué, le titulaire d'une fonction de management dont l'évaluation finale a donné lieu à la mention "très bien" et qui brigue un autre mandat mais qui n'est pas désigné comme lauréat de cette sélection, aurait néanmoins droit à une indemnité de réintégration.

À la lumière de cette constatation, il est recommandé de réexaminer l'article 24, § 1^{er}, en projet.

Article 7

7. Interrogé sur la question de savoir si l'intention est d'appliquer le mesure de faveur visée à l'article 7 uniquement aux titulaires d'un mandat qui, à la date de l'entrée en vigueur de l'arrêté en projet, "ont (déjà) atteint l'âge de 65 ans" et non à ceux qui doivent encore atteindre cet âge, le fonctionnaire délégué a répondu à l'auditeur rapporteur ce qui suit:

"Neen, deze maatregel is van toepassing op de mandaathouders die reeds waren aangesteld op datum van de inwerkingtreding van het wijzigingsbesluit en die tijdens hun (lopende) mandaat de leeftijd van 65 jaar zullen bereiken."

.../...

Vu la réponse du délégué, les mots "ont atteint" doivent dès lors être remplacés par le mot "atteindront" à l'article 7.

8. Dès lors que l'article 7 du projet est une disposition transitoire, il est superflu de rédiger cet article comme une dérogation à l'article 20, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal susmentionné du 29 octobre 2001.

Le premier segment de phrase qui commence par les mots "Par dérogation à" et se terminant par "tel que réécrit par le présent arrêté" doit dès lors être supprimé. Cette observation peut être réitérée *mutatis mutandis* pour l'article 8 du projet.

Article 8

9. Interrogé sur la justification de l'attribution, aux intéressés, d'une indemnité élevée et surtout inconditionnelle alors que, selon l'article 21, § 2, en projet, le titulaire d'une fonction de management dont le mandat a pris fin à la suite d'une mention "insuffisant" reçoit uniquement une indemnité de départ s'il ne bénéficie ou ne pourrait bénéficier d'aucun revenu professionnel ou d'aucune pension de retraite, le fonctionnaire délégué a répondu à l'auditeur rapporteur ce qui suit:

"De hogere vergoeding is gekoppeld aan de overgangsbepalingen (art. 8) in het KB van 1 februari 2005 tot invoering van een evaluatieregime voor de houders van managementfuncties in de federale overheidsdiensten en tot wijziging van het koninklijk besluit van 7 november 2000 houdende oprichting en samenstelling van de organen die gemeenschappelijk zijn aan iedere federale overheidsdienst, dat stelt dat de eerste tussentijdse evaluaties van de mandaathouders die al aangesteld waren op de dag van de inwerkingtreding van dat besluit, plaatsvinden na 3 jaar ipv de voorziene 2 jaar. Het is om de reden dat zij reeds langer in dienst zijn dat de vergoeding voor deze personen werd opgetrokken. Uiteraard is de toekenning van de vergoeding gekoppeld aan dezelfde voorwaarden (art. 21, § 2)."

Il est douteux que cette justification soit suffisante à la lumière du principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination. Le Conseil d'État se doit dès lors d'émettre des réserves sur ce point.

La chambre était composée de

Messieurs	D. ALBRECHT,	président de chambre,
	J. SMETS,	
	B. SEUTIN,	conseillers d'État,
	H. COUSY,	
	J. VELAERS,	assesseurs de la section de législation,
Madame	A.-M. GOOSSENS,	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. B. SEUTIN.

LE GREFFIER,

LE PRÉSIDENT,

A.-M. GOOSSENS

D. ALBRECHT