

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 41.581/3
41.582/3

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, derde kamer, op 27 oktober 2006 door de Vlaamse minister van Binnenlands Bestuur, Stedenbeleid, Wonen en Inburgering verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over:

- 1° een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering "houdende vaststelling van de samenstelling, de vergoeding van de leden en de werking van de Beroepscommissie voor tuchtzaken in uitvoering van het artikel 138 van het Gemeentedecreet en 134 van het Provinciedecreet" (41.581/3);
- 2° een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering "houdende vaststelling van de tuchtprocedure voor het statutair gemeentepersoneel in uitvoering van de artikels 129, 136 en 143 van het Gemeentedecreet en voor het statutair provinciepersoneel in uitvoering van de artikels 125, 132 en 139 van het Provinciedecreet" (41.582/3);

heeft op 21 november 2006 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.

*

* *

VORMVEREISTEN

2. In verband met het in de aanhef van de ontworpen besluiten vermelde overleg, verklaart de gemachtigde ambtenaar het volgende:

"De ontwerpbesluiten i.v.m. de tuchtregeling voor het statutair personeel van de lokale en provinciale besturen werden behandeld tijdens de vergadering van Comité C1 op maandag 13 november 2006. De werkgevers- en werknemersorganisatie zullen hun definitief standpunt bepalen op 22 november."

Indien de vakbondsonderhandeling nog aanleiding geeft tot wijzigingen van de ontwerpen, moeten die wijzigingen worden voorgelegd aan de afdeling wetgeving van de Raad van State ¹.

¹De Raad van State wenst in dit verband de adviesaanvrager erop te wijzen dat de afdeling wetgeving principieel pas om advies kan worden gevraagd dan nadat het betrokken ontwerp alle achtereenvolgende stadia van de administratieve voorbereiding heeft doorlopen en het tot het vaststellen van het ontwerp bevoegde orgaan de mogelijkheid heeft gehad het ontwerp eventueel aan te passen in het licht van de vervulde vormvereisten. Aldus wordt vermeden dat de Raad van State advies zou uitbrengen over een niet-definitieve ontwerptekst en wordt gewaarborgd dat het advies kan worden uitgebracht met volledige kennis van alle terzake relevante elementen. De adviesaanvrager wordt verzocht zich in de toekomst aan deze regel te conformeren. R.v.St., afdeling wetgeving, advies 41.417/AV tot

ALGEMENE OPMERKINGEN

3. Hoofdstuk 2 (lees: hoofdstuk II) van het ontwerp 41.582/3 bevat verschillende bepalingen die beginselen uit de rechtspraak van de Raad van State, afdeling administratie, codificeren. Weliswaar wordt hiermee een correcte en zelfs aan te bevelen werkwijze gehanteerd², toch dienen de stellers van het ontwerp er zorg voor te dragen om op een zo consistent mogelijke wijze de beginselen uit de rechtspraak van de Raad van State te codificeren, om aldus *a contrario*-redeneringen te vermijden.

Zo zou, bijvoorbeeld, hoofdstuk 6 (lees: hoofdstuk VI) van het ontwerp 41.582/3, dat de procedure voor de Beroepscommissie regelt, naar analogie van de regeling in hoofdstuk 2 (lees: hoofdstuk II), kunnen worden uitgebreid met een regeling inzake het getuigenverhoor of de mogelijkheid om enkel schriftelijk zijn standpunt weer te geven³.

41.420/AV van 6 oktober 2006, *Parl. St.*, Kamer, 2006-07, nr. 51-2720/1, p. 126-135.

²In de rechtsleer wordt aanbevolen om in het raam van de rechtszekerheid in de uitvoeringsbesluiten de regels en de beginselen uit de rechtspraak van de Raad van State te codificeren, zodat zij kenbaar zouden zijn voor de bestuurders en de personeelsleden. Zie I. OPDEBEEK, *De rechtspositie van het personeel volgens het nieuwe Gemeente- en Provinciedecreet*, in J. DUJARDIN, *Gemeente- en Provinciedecreet*, die Keure, 2006, p. 186 (randnummer 291).

³De gemachtigde ambtenaar verklaart in dit verband het volgende: "Zoals alle besturen is ook deze Beroepscommissie in ieder geval verplicht de algemene rechtsbeginselen en de beginselen van behoorlijk bestuur na te leven. In dit geval betekent dat dus ook de normale rechten van verdediging waarborgen. Niettemin is het uiteraard mogelijk de bepalingen van hoofdstuk 2 van dit besluit expliciet van toepassing te maken op de werking van de Beroepscommissie. Op die wijze zou ook bij voorbaat het horen van getuigen en het recht om schriftelijk verweer in te dienen op overeenkomstige wijze geregeld zijn."

.../...

Een ander voorbeeld is artikel 12, § 2, van het ontwerp 41.582/3, dat een beginsel uit de rechtspraak bevat, maar dan weer niet op overeenkomstige wijze wordt geformuleerd voor de Beroepscommissie.

4. Uit het opschrift van het ontwerp 41.582/3 blijkt dat het ontwerp bij uitstek werd geconcipieerd om, in overeenstemming met respectievelijk artikel 118 van het Gemeentedecreet van 15 juli 2005 en artikel 114 van het Provinciedecreet van 9 december 2005, te worden toegepast op het statutair personeel van de gemeenten en de provincies. Nochtans volgt uit het Gemeente- en Provinciedecreet dat er een aantal specifieke personeelscategorieën bestaan, inzonderheid het gemeentelijk en provinciaal onderwijzend personeel dat niet gesubsidieerd wordt (artikel 102, tweede lid, van het Gemeentedecreet en artikel 98, tweede lid, van het Provinciedecreet), het personeel van de districten (artikel 287 van het Gemeentedecreet) en voorts het personeel actief bij intern verzelfstandigde agentschappen zonder rechtspersoonlijkheid alsmede het personeel van de extern verzelfstandigde agentschappen, waarbij het niet kan worden uitgesloten dat er nood zou zijn aan verdere specifieke uitvoeringsmaatregelen.

Te dezen moet dan ook een voorbehoud worden gemaakt, in die zin dat de afdeling wetgeving de ontwerpen slechts heeft onderzocht in de mate dat ze van toepassing zijn op de statutaire personeelsleden van de gemeenten en de provincies, en dus niet nader de werkbaarheid ervan heeft onderzocht voor andere categorieën van personeelsleden ⁴.

5. In verband met artikel 13 van het ontwerp 41.581/3 rijst de vraag of het wel coherent is om, enerzijds, de tuchtoverheid te belasten met het aanvullend onderzoek en,

⁴Zie bijvoorbeeld het geval waarbij het hoofd van een gemeentelijk intern verzelfstandigd agentschap autonoom optreedt bij de uitvoering van het personeelsbeleid (artikel 222, 2°, c), van het Gemeentedecreet). Het lijkt in dit verband aanbeveling te verdienen dat er specifieke regels zouden worden bepaald inzake, bijvoorbeeld, de tuchtonderzoeker, of voor de omstandigheid waarbij tegen het hoofd van een gemeentelijk intern verzelfstandigd agentschap zelf een tuchtprocedure wordt opgestart.

anderzijds, in artikel 18 van het ontwerp 41.582/3 de tuchtoverheid te beschouwen als een partij op een tegensprekelijke zitting ⁵.

Hieromtrent verklaart de gemachtigde ambtenaar het volgende:

"De plaatselijke tuchtoverheid is voor de centrale beroepscommissie het bestuurlijk aanspreekpunt. De beroepscommissie kan geen rechtstreekse opdrachten geven aan een door het bestuur voorheen aangeduide interne tuchtonderzoeker. Als een verzoek om een aanvullend onderzoek meer behelst dan het bezorgen van bijkomende bestaande inlichtingen, maar effectieve onderzoeksdaden noodzakelijk maakt, dan zal de tuchtoverheid die het verzoek ontvangt het aanvullend onderzoek moeten laten verrichten door de bevoegde tuchtonderzoeker in het voorgelegde dossier. Het Gemeentedecreet en het Provinciedecreet voorzien nergens dat de tuchtoverheid zelf onderzoeksdaden stelt, maar wel dat die worden opgedragen aan een afzonderlijke tuchtonderzoeker. De tekst van artikel 13 moet bijgevolg eveneens in die zin worden begrepen."

Die toelichting volstaat niet. Het is immers niet raadzaam om de tuchtoverheid in de fase voor de Beroepscommissie als een "partij" te beschouwen, nu de hervormingsbevoegdheid van de Beroepscommissie in de rechtsleer terecht wordt gekwalificeerd als eigen aan een hiërarchische bestuursvorm (welke de absolute uitzondering is in het licht van de autonome beslissingsbevoegdheid van de organen van een gedecentraliseerd bestuur) ⁶, en er dus geen sprake van kan zijn dat de tuchtoverheid zou worden beschouwd als een partij in de procesrechtelijke betekenis van dat begrip ⁷.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

Ontwerp 41.581/3

⁵Hetgeen voorts bevestigd wordt in de artikelen 12 en 16 van het ontwerp 41.581/3.

⁶A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Kluwer, 2006, p. 116-118 (randnummer 99).

⁷Aldus wordt ook vermeden dat de indruk zou worden gewekt dat de tuchtoverheid zich zou kunnen richten tot de Raad van State, afdeling administratie, om de uitspraak van de Beroepscommissie te betwisten.

Artikel 2

6. Gevraagd naar de wijze waarop potentiële gegadigden op de hoogte worden gesteld van een vacature als lid of plaatsvervanger bij de Beroepscommissie, verklaart de gemachtigde ambtenaar:

"Er mag worden van uitgegaan dat de Vlaamse Regering via een oproep in het Belgisch Staatsblad de vacatures voor de Beroepscommissie zal bekendmaken, zoals in dergelijke gevallen gebruikelijk is."

Het verdient dan ook aanbeveling deze werkwijze uitdrukkelijk in het ontworpen besluit op te nemen.

Artikel 3

7. In artikel 3, 2°, dient de term "werkend rechter" nader gespecificeerd te worden.

8. De woorden "academisch personeel" in artikel 3, 3°, hebben, in hun algemeenheid genomen, zowel betrekking op het "zelfstandig" als op het "assisterend" academisch personeel. Indien zulks niet de bedoeling zou zijn, dienen ook hier de bedoelde woorden gespecificeerd te worden.

Artikel 4

9. In verband met dit artikel verklaart de gemachtigde ambtenaar het volgende:

"Het allereerste ontwerp van besluit was uitsluitend opgesteld in het kader van het Gemeentedecreet. Bij de uitbreiding naar het Provinciedecreet werd in dit geval de tekst niet eenduidig aangepast. Tevens kunnen we meedelen dat op vraag van het comité C het woord «leidinggevende» geschrapt zal worden. Tekstvoorstel: «Art. 4. De assessor, afkomstig uit een lokaal of provinciaal bestuur, moet minstens zeven jaar een functie op A-niveau uitoefenen in een lokaal of provinciaal bestuur.»"

.../...

Met dit tekstvoorstel kan worden ingestemd.

Artikel 5

10. Het is niet duidelijk wat in het eerste en het tweede lid van dit artikel precies wordt bedoeld met de woorden "een academische graad of een graad van academisch niveau". Hieromtrent verstrekt de gemachtigde ambtenaar de volgende toelichting:

"De gebruikte formulering is overgenomen uit andere recente regelgevende teksten, in een poging om rekening te houden met de aan gang zijnde hervorming van het volledige hoger onderwijs binnen alle landen van de Europese Unie. De term «een academische graad» verwijst naar een universitaire graad, gelijkwaardig aan de indeling waar men in België decennialang mee vertrouwd is geweest. Een «graad van academisch niveau» verwijst dan naar alle graden die als gelijkwaardig aan dit universitair niveau kunnen worden beschouwd binnen het hoger onderwijs, zowel in België als in de andere EU-landen. Omdat naar een equivalent gezocht werd voor het vroegere begrip «universitair onderwijs van twee niveaus of hoger onderwijs van het lange type», wordt voorgesteld de ontwerptekst aan te vullen. Tekstvoorstel: Art. 5. De assessor-deskundige met ... moet een academische graad of een graad van academisch niveau in de rechtswetenschappen, ten minste op master-niveau, bezitten en minstens ... Kandidaten die een academische graad of een graad van academisch niveau ten minste op master-niveau hebben, komen ...".

Artikel 9

11. Uit dit artikel, gelezen in samenhang met artikel 2 van het ontwerp, volgt dat, zelfs indien er meerdere kamers worden ingericht binnen de Beroepscommissie, er steeds (in totaal) slechts drie leden zijn. Daaromtrent verklaart de gemachtigde ambtenaar het volgende:

"Ingeval van meerdere kamers wordt elke kamer van de beroepscommissie afzonderlijk samengesteld volgens de bepalingen van de artikel 2-5, met voor elke kamer een voorzitter en 2 assessoren. De voorziene mogelijkheid om eventueel, en desgevallend per kamer -indien er meerdere kamers zouden zijn- meer plaatsvervangers aan te wijzen door het aantal voorzien in artikel 2 uit te breiden, beoogt de commissie, of de commissiekamers, toe te laten (tijdelijke) samenstellingproblemen (bijvoorbeeld ziekte) te ondervangen met een groter aantal beschikbare plaatsvervangers, indien zou blijken dat de commissie met het

.../...

voorziene aantal leden en plaatsvervangers niet normaal kan functioneren binnen redelijke en/of de voorgeschreven termijnen."

Artikel 9 van het ontwerp zal dan ook in voornoemde zin moeten worden aangepast.

Artikel 10

12. Luidens paragraaf 2 van dit artikel krijgt een lid van de Beroepscommissie dat een vrijstelling van dienst krijgt om de uitoefening van zijn mandaat tijdens de diensturen te kunnen vervullen, geen vergoeding.

Die bepaling blijkt van toepassing te zijn op alle leden, ook op deze die bijvoorbeeld magistraat of professor zijn. Het hanteren van de zeer specifieke begrippen "vrijstelling van dienst" en "diensturen" lijkt alleszins niet geschikt te zijn ten behoeve van magistraten en professoren.

Artikel 18

13. De gemachtigde ambtenaar stelt voor om in dit artikel de woorden "op de dag van de bekendmaking in het Belgisch Staatsblad" te vervangen door de woorden "op 1 januari 2007".

Ontwerp 41.582/3

Artikel 1

14. Paragraaf 1, eerste lid, van dit artikel bepaalt:

"De tuchtoverheid die feiten vaststelt die mogelijk een tuchtvergreep uitmaken, of er kennis van krijgt, geeft, conform het artikel 124 van het Gemeentedecreet en het artikel 120 van het Provinciedecreet, opdracht tot het voeren van een tuchtonderzoek, het opmaken van een tuchtverslag en de samenstelling van een tuchtdossier."

.../...

Zoals die bepaling is geredigeerd, lijkt de tuchtoverheid verplicht om opdracht te geven tot het voeren van het onderzoek. Daarom trent verklaart de gemachtigde ambtenaar het volgende:

"De verplichtingen van een tuchtoverheid die feiten vaststelt die mogelijk een tuchtvergriep uitmaken, worden niet als een totaal discretionaire bevoegdheid ervaren. Een tuchtoverheid beschikt niet over de bevoegdheid om willekeurig op te treden, of zijn tuchtrechtelijke verplichtingen in sommige gevallen te verwaarlozen. Dit lijkt moeilijk verzoenbaar met het recht op gelijke behandeling en het recht op rechtszekerheid. De decreten maken overigens een onderscheid tussen het vragen om een tuchtonderzoek en het eventueel later opstarten van een effectieve tuchtvervolgung. De hier bedoelde bepaling van artikel 1 kadert uitsluitend in het eerste."

De toelichting van de gemachtigde ambtenaar gaat voorbij aan de vaststelling dat het wezen van het tuchtrecht er juist in bestaat dat de tuchtoverheid vrij oordeelt over de feiten. Die vrijheid is moeilijk verzoenbaar met een gebonden bevoegdheid om een tuchtonderzoek op te starten naar aanleiding van om het even welke kennisgeving van feiten die mogelijk een tuchtvergriep uitmaken.

15. In het tweede lid van dezelfde paragraaf lijkt het aanbevelingswaardig dat de kennisgeving tevens zou vermelden wanneer de tuchtoverheid de in aanmerking komende feiten heeft vastgesteld of ervan kennis kreeg opdat er verder in de procedure geen discussie zou kunnen zijn omtrent de verjaring. Zulks kan gebeuren door toevoeging van de woorden "met vermelding van de aard en de datum van vaststelling of kennisneming van de vastgestelde feiten".

Artikel 6

16. Dit artikel bepaalt dat, indien de tuchtoverheid oordeelt dat de betrokkene niet moet verschijnen, zij bijkomend de mogelijkheid van het schriftelijk verweer in de oproeping kan vermelden.

De gemachtigde ambtenaar geeft omtrent die bepaling de volgende toelichting:

.../...

"Dit artikel beoogde in sommige gevallen het personeelslid te laten weten dat een fysische aanwezigheid tijdens de hoorzitting niet als onmisbaar wordt beschouwd, en bovendien eventueel ook kan vervangen worden door een schriftelijk verweer. Vermits een personeelslid feitelijk nooit kan gedwongen worden te verschijnen en het bovendien nuttig lijkt de indiening van schriftelijke verweervormen toe te laten, onafhankelijk van het al dan niet verschijnen tijdens de hoorzitting, worden volgende wijzigingen voorgesteld: 1°) artikel 6 wordt geschrapt; 2°) in artikel 5, § 2, tweede lid wordt een punt 7° toegevoegd luidend als volgt: tekstvoorstel: 7° het recht om schriftelijk verweer in te dienen tot op de dag van de hoorzitting."

Met deze suggesties kan worden ingestemd.

Artikel 8

17. Er is geen nadere verantwoording voor de minder gunstige behandeling van het vervolgte personeelslid, welke onmiddellijk na de hoorzitting wordt geconfronteerd met de vraag om het proces-verbaal te ondertekenen en waarbij er niet uitdrukkelijk gewag wordt gemaakt van de mogelijkheid om opmerkingen te maken (artikel 8, tweede lid), vergeleken met het vervolgte personeelslid, dat zeven dagen de tijd krijgt om opmerkingen te maken en het proces-verbaal te ondertekenen (artikel 8, derde lid).

Artikel 8, tweede lid, moet dan ook uit het ontwerp worden weggelaten en in artikel 8, derde lid, ervan schrijve men "Het proces-verbaal wordt uiterlijk binnen zeven dagen na de hoorzitting aan de betrokkene overhandigd ...".

18. In het vierde lid van artikel 8 dienen de woorden "van afstand van geding of" te worden weggelaten. De vervolgte partij kan immers zelf geen afstand doen van het geding, maar ten hoogste afstand doen van het recht om zich te verdedigen (door niet-verschijning, door zich niet te laten bijstaan of vertegenwoordigen of door geen schriftelijke verweermiddelen in te dienen).

Artikel 10

19. In dit artikel wordt herhaalde malen verwezen naar de in artikel 5, § 1, van

.../...

het ontwerp, bedoelde termijn van twee maanden. Die verwijzingen hebben echter geen zin en moeten dus worden weggelaten. Immers, de in voornoemd artikel 5, § 1, bedoelde termijn van twee maanden om te oordelen over het gevolg dat de tuchtoverheid geeft aan de voorgelegde zaak, kan niet wordt begrepen als de termijn waarbinnen de tuchtoverheid de verdere procedure moet afwerken, met inbegrip van onder meer de hoorzitting, en kan alleen maar worden begrepen als de termijn waarbinnen de tuchtoverheid, nadat het volledige tuchtonderzoek al werd afgerond, zich kan beraden over het al dan niet verderzetten van de procedure.

Artikel 10 van ontwerp dient dan ook op dit punt te worden herwerkt.

Artikel 11

20. Aangezien ook de adjunct-gemeentesecretaris bij wraking van de gemeentesecretaris optreedt als tuchtoverheid, dient in artikel 11 van het ontwerp ook van die ambtenaar gewag te worden gemaakt.

Artikel 12

21. Luidens artikel 12, § 1, eerste lid, doet de tuchtoverheid binnen twee maanden na het afsluiten van het proces-verbaal van de laatste hoorzitting, van afstand of van niet-verschijnen, uitspraak over de op te leggen tuchtmaatregel.

Die bepaling voorkomt niet dat het vervolgde personeelslid, zo er geen uitspraak volgt binnen twee maanden, geen kennis heeft van het ogenblik waarop de twee maanden beginnen te lopen.

In elk geval moeten, rekening houdende met opmerking nr. 18, de woorden "van afstand of" worden weggelaten.

Artikel 15

.../...

22. In het eerste lid van dit artikel moet enkel worden verwezen naar het eerste lid van artikel 131 van het Provinciedecreet.

Artikel 19

23. In dit artikel worden de verplichte vermeldingen opgesomd die de oproepingsbrief moet bevatten. Er zou van de gelegenheid gebruik moeten worden gemaakt om ook de mededeling van de termijn waarbinnen de Beroepscommissie een uitspraak moet doen ⁸, op te nemen in dit artikel. De gemachtigde ambtenaar is het hiermee eens.

SLOTOPMERKING

24. Te dezen werd herhaaldelijk de verwevenheid van de ontwerpen 41.581/3 en 41.582/3 aangetoond. Het verdient dan ook aanbeveling beide ontwerpen te integreren in één enkel besluit met als opschrift

"Ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering houdende nadere regeling van de tuchtprocedure voor het statutair gemeente- en provinciepersoneel".

⁸In de rechtsleer wordt opgemerkt dat de betrokkenen niet in staat zullen zijn te berekenen wanneer de termijn van zestig dagen begint te lopen die de Beroepscommissie heeft om een uitspraak te doen (artikel 142, eerste volzin, van het Gemeentedecreet, artikel 138, eerste volzin, van het Provinciedecreet), aangezien nergens wordt bepaald - ook niet in bijvoorbeeld artikel 17 van het ontwerp 41.582/3 - dat de betrokkenen vanwege de Beroepscommissie mededeling krijgen van de datum waarop het tuchtdossier in het bezit van de Beroepscommissie kwam. Meteen zijn de betrokkenen overigens ook niet in de gelegenheid om te beoordelen of de Beroepscommissie correct handelt in het geval van verlenging van de beslissingstermijn (zie artikel 142, tweede volzin, van het Gemeentedecreet, en artikel 138, tweede volzin, van het Provinciedecreet). Zie J. GORIS, "De georganiseerde bestuurlijke beroepen in personeelszaken volgens het Gemeentedecreet: wat verschijnt, wat verdwijnt?", *Tgem* 2006/1, 27-28.

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