

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 42.169/3

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, derde kamer, op 24 januari 2007 door de Vlaamse minister van Bestuurszaken, Buitenlands Beleid, Media en Toerisme verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering "tot wijziging van het Vlaams personeelsstatuut van 13 januari 2006, wat betreft de integratie van de administratieve loopbaan en het geldelijk statuut", heeft op 13 februari 2007 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 beperkt tot het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond, alsmede van de te vervullen vormvereisten.

*
* *

STREKKING EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

2. Het voor advies voorgelegde ontwerp van besluit strekt ertoe het besluit van de Vlaamse Regering van 13 januari 2006 houdende vaststelling van de rechtspositie van het personeel van de diensten van de Vlaamse overheid (hierna: het Vlaams personeelsstatuut) te wijzigen.

Met het ontwerp wordt in hoofdzaak beoogd de bepalingen van de oude personeelsstatuten ¹ inzake de loopbaan en het geldelijk statuut te integreren in het Vlaams personeelstatuut.

3.1. Voor wat de toepassing betreft op de departementen en de IVA's zonder rechtspersoonlijkheid, vindt het ontworpen besluit in de eerste plaats rechtsgrond in artikel 87, §§ 1 en 3, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen.

Een specifieke rechtsgrond vindt het ontworpen besluit voorts in artikel 5 van het kaderdecreet bestuurlijk beleid van 18 juli 2003 (hierna: kaderdecreet).

⁽¹⁾ Zie o.m. het besluit van de Vlaamse Regering van 28 januari 1997 houdende statuut en organisatie van de Vlaamse wetenschappelijke instellingen en de regeling van de rechtspositie van het personeel (PSWI), en het besluit van de Vlaamse Regering van 30 juni 2000 houdende de regeling van de rechtspositie van het personeel van sommige Vlaamse openbare instellingen (Stambesluit VOI).

3.2. Voor wat de toepassing betreft op de IVA's met rechtspersoonlijkheid en de publiekrechtelijk vormgegeven EVA's, vindt het ontworpen besluit in beginsel rechtsgrond in artikel 5 van het voornoemde kaderdecreet.

Voor wat de toepassing betreft op de strategische adviesraden, vindt het ontworpen besluit rechtsgrond in artikel 12, derde lid, van het decreet van 18 juli 2003 tot regeling van strategische adviesraden.

Wat deze agentschappen en adviesraden betreft, moet bovendien de rechtsgrond voor de betreffende bepalingen van het ontworpen besluit worden gezocht in de decreten tot oprichting van die agentschappen, respectievelijk van die adviesraden ².

3.3. Voor wat de toepassing betreft op het personeel van de administratieve diensten van de Raad van het Gemeenschapsonderwijs, vindt het ontworpen besluit rechtsgrond in artikel 67 van het bijzonder decreet van 14 juli 1998 betreffende het Gemeenschapsonderwijs.

ALGEMENE OPMERKINGEN

4. Wat de draagwijdte van de ontworpen regeling betreft, heeft de gemachtigde het volgende verklaard:

"Met het oog op de integratie van de bepalingen van de 3 personeelsstatuten (VPS van 15 juli 2002, SB VOI en PSWI) inzake de administratieve loopbaan en het geldelijk statuut in het VPS van 13 januari 2006 werden de huidige bepalingen van de 3 personeelsstatuten inzake administratieve loopbaan en geldelijk statuut zoveel mogelijk samengevoegd in één tekst met het VPS van 15 juli 2002 als uitgangspunt omdat het stambesluit VOI en het PSWI niet werden herschreven (=deregulering) zoals het VPS van 15 juli 2002 en vervolgens aangepast aan de nieuwe structuur in het kader van BBB (waaronder ook de procedures). Bij de overgangsbepalingen zijn wel enkele bepalingen overgenomen uit het Stambesluit VOI en PSWI maar dit wordt dan wel vermeld in het betreffende artikel".

In zoverre het voor advies voorgelegde ontwerp gelijklopende bepalingen bevat als die welke voorkomen in "oude personeelsstatuten", en er mede toe strekt om een

⁽²⁾ Voor zover de betrokken bepalingen van de oprichtingsdecreten ook effectief in werking getreden zijn op het ogenblik dat het ontworpen besluit wordt genomen.

bestaand verschil in behandeling te bestendigen, verwijst de Raad van State, afdeling wetgeving, naar de adviezen die hij toen over die besluiten heeft gegeven.

Louter bij wijze van voorbeeld worden hierna enkele van die opmerkingen herhaald.

4.1. In bijlage 1 bij het ontworpen besluit wordt een lijst gevoegd van "contractuele betrekkingen die in overgangsregeling als bijkomende of specifieke opdracht worden beschouwd, in de entiteit, raad of instelling waaraan de titularis ervan is toegewezen ingevolge het op hem toepasselijk migratiebesluit". Op bladzijde 9 van die lijst wordt de betrekking van landbouwattaché opgenomen.

In advies 39.439/3 van 6 december 2005 over een ontwerp dat heeft geleid tot het besluit van de Vlaamse Regering van 27 januari 2006 tot wijziging van het Vlaams personeelsstatuut van 15 juli 2002, wat betreft de klokkenluiders, de landbouwattachés, het bevallingsverlof, de pensioenleeftijd, de coördinator integriteitszorg en andere bepalingen, heeft de Raad van State een voorbehoud gemaakt omtrent de deugdelijkheid van de aangevoerde gegevens met betrekking tot het "specifieke" karakter van de betrekking van landbouwattaché (zie opmerking bij artikel 22 van dat ontwerp).

4.2. Het ontworpen artikel VII 56, § 2, van het Vlaams personeelsstatuut (artikel 56 van het ontwerp) voorziet in een "woonstplicht" en de verplichting om een ter beschikking gestelde woning te betrekken.

In advies 29.488/3 van 14 december 1999 over een ontwerp dat heeft geleid tot het besluit van de Vlaamse Regering van 5 mei 2000 tot wijziging van het Vlaams personeelsstatuut van 24 november 1993 wat betreft de harmonisering van vergoedingen en toelagen en de incorporatie van sociale voordelen, heeft de Raad van State opmerkingen gemaakt bij de "woonstplicht" en de verplichting om een ter beschikking gestelde woning te betrekken (zie de opmerking 3 bij artikel 1 van dat ontwerp).

4.3. In verscheidene artikelen van het ontwerp wordt gewag gemaakt van een regelgevend optreden bij wege van omzendbrief of dienstorder, bijvoorbeeld wat het optreden bij dienstorder betreft, inzake het bepalen van een moeilijk of niet met het

.../...

gemeenschappelijk openbaar vervoer te bereiken werkplaats, in het ontworpen artikel VII 98 van het Vlaams personeelsstatuut (artikel 56 van het ontwerp).

In advies 27.308/3 van 10 februari 1998 over een ontwerp dat heeft geleid tot het besluit van de Vlaamse Regering van 26 mei 1998 tot wijziging van het Vlaams personeelsstatuut van 24 november 1993 inzake de uitvoering van het sectoraal akkoord 1995-1996, heeft de Raad van State de criteria geschetst waaronder kan worden gebillijkt dat wordt afgeweken van het gewone procédé van regelgeving (zie de opmerking bij artikel XIII 131^{quater} van dat ontwerp).

4.4. In het ontworpen artikel VII 32, § 2, van het Vlaams personeelsstatuut (artikel 56 van het ontwerp) wordt het personeelslid van niveau A uitgesloten van het recht op toelagen voor prestaties buiten de normale arbeidstijdregeling.

In advies 28.435/3 van 15 juli 1999 over een ontwerp dat heeft geleid tot het besluit van de Vlaamse Regering van 29 oktober 1999 houdende organisatie van de Openbare Afvalstoffenmaatschappij voor het Vlaamse Gewest en de regeling van de rechtspositie van het personeel, heeft de Raad van State betreffende een regeling, waarbij de ambtenaar of de stagiair van niveau A geen aanspraak kan maken op het voordeel van de toelagen voor het presteren van overuren, er op gewezen dat een dergelijk onderscheid tussen personeelsleden van niveau A en die van de andere niveaus enkel verantwoord is indien daarvoor objectieve redenen voorhanden zijn (zie de opmerking bij artikel XIII 47).

5. Het ontworpen besluit voorziet op tal van plaatsen in een verschillende behandeling, zonder dat hiervoor een verantwoording wordt gegeven.

Bij wijze van voorbeeld kan op het volgende worden gewezen.

5.1. Luidens het ontworpen artikel I 5, § 2, zesde lid, 1/, van het Vlaams personeelsstatuut kan, als herplaatsing niet mogelijk is, of als het gaat om een contractuele betrekking met een salarisschaal of beginsalarisschaal hoger dan rang A2, de contractuele betrekking onder meer worden ingevuld via de horizontale mobiliteit.

Hiervan worden echter uitgesloten "de contractuele personeelsleden die vervangingsopdrachten verrichten en die gedurende minder dan twee jaar ononderbroken in dienst zijn".

Zelfs indien voor die uitzondering een verantwoording zou kunnen worden gegeven, rijst de vraag of een analoge beperking niet eveneens moet worden ingevoerd voor contractuelen die uitzonderlijke of tijdelijke opdrachten vervullen ³.

5.2. Het ontworpen artikel III 22, 3/, van het Vlaams personeelsstatuut voorziet in een onbeperkte vrijstelling van het generiek gedeelte voor de "personen die wat betreft de generieke competenties voor de betrokken graad geschikt worden bevonden na inwerkingtreding van dit besluit en vóór 1 januari 2009".

Het is niet duidelijk wat de verantwoording is voor de keuze van de datum van 1 januari 2009.

5.3. De stellers van het ontwerp zullen zich er dan ook moeten van vergewissen dat alle verschillen in behandeling kunnen worden verantwoord.

Indien ervoor wordt gekozen bij het ontwerp een verslag aan de Regering te voegen waarin de ontworpen regeling wordt toegelicht - wat gelet op het belang van de ontworpen regeling aanbeveling verdient - kan in dat verslag een verantwoording worden gegeven voor de verschillen in behandeling.

6. De artikelen 18 en 19 van het ontwerp, die respectievelijk de artikelen III 8 en III 10 van het Vlaams personeelsstatuut vervangen, voorzien in een specifiek selectiesysteem.

Zo wordt in het ontworpen artikel III 10 aan de lijnmanager een niet aan nadere criteria gebonden prerogatief verleend om "de voor hem meest geschikte kandidaat" te kiezen.

De Raad van State wenst erop te wijzen dat met een systeem waarin de meest geschikte kandidaat niet langer wordt geselecteerd op grond van de resultaten van een vergelijkend examen of een vergelijkende selectie, maar wel op grond van een

(3) Vgl. met de opmerking die de Raad van State, afdeling wetgeving, dienaangaande heeft gemaakt in advies 31.112/3 van 13 maart 2001 over een ontwerp dat heeft geleid tot het besluit van de Vlaamse Regering van 1 juni 2001 houdende creatie van een globale arbeidsmarkt tussen het ministerie van de Vlaamse Gemeenschap, sommige Vlaamse Openbare Instellingen en de Vlaamse Wetenschappelijke Instellingen (zie de opmerking bij artikel 6 van dat ontwerp).

appreciatie van de benoemende overheid waarbij aan die overheid een keuzevrijheid wordt gelaten, een regel wordt opgegeven die steeds is beschouwd als een essentiële waarborg voor de objectiviteit van de aanwervingen ⁴, vereiste dat zelf voortvloeit uit het grondwettelijke beginsel van de gelijke toegang tot het openbaar ambt, dat uitdrukkelijk is ingeschreven in artikel 10, tweede lid, van de Grondwet.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

Aanhef

7. Overeenkomstig hetgeen in verband met de rechtsgrond van het ontworpen besluit is opgemerkt (opmerkingen 3.1 en 3.2), dient derhalve in het derde lid van de aanhef de verwijzing naar de artikelen 2 en 3 van het aldaar vermelde kaderdecreet te worden weggelaten.

Artikel 10

8. Het ontworpen artikel I 18, eerste lid, 1/, van het Vlaams personeelsstatuut (artikel 10 van het ontwerp) strekt ertoe de N-functies en de functie van algemeen directeur aan te merken als "bijkomende of specifieke opdrachten" in de zin van artikel 2, § 1, tweede lid, 3/, van het APKB ⁵, waarvoor de werving bij arbeidsovereenkomst mag gebeuren.

Die voormelde functies lijken evenwel geen "bijkomende of specifieke opdrachten" te zijn, doch veeleer taken die een bijzondere kennis of ruime ervaring op hoog niveau vereisen.

(4) D. BATSELE, O. DAURMONT, en Ph. QUERTAINMONT, *Le contentieux de la fonction publique*, Brussel, Nemesis, 1992, p. 64, nr. 23; SAROT, J., e.a., *Précis de fonction publique*, Brussel, Bruylant, 1994, p. 158, nr. 196.

(5) Koninklijk besluit van 22 december 2000 tot bepaling van de algemene principes van het administratief en geldelijk statuut van de rijksambtenaren die van toepassing zijn op het personeel van de diensten van de Gemeenschaps- en Gewestregeringen en van de Colleges van de Gemeenschappelijke Gemeenschaps- commissie en van de Franse Gemeenschapscommissie, alsook op de publiekrechtelijke rechtspersonen die ervan afhangen.

Hoewel het aan de bevoegde overheid staat om de functies aan te wijzen die bijkomende of specifieke opdrachten inhouden, toch mag zij bij de uitoefening van die bevoegdheid het begrip "bijkomende of specifieke opdracht" niet miskennen ⁶.

Bij gebreke aan enige nadere toelichting in het administratief dossier, kan de Raad van State niet anders dan vaststellen dat geen gegevens worden aangevoerd met betrekking tot het "bijkomende of specifieke" karakter van de in het ontworpen artikel I 18, eerste lid, 1/, van het Vlaams personeelsstatuut bedoelde opdrachten.

Artikelen 74 tot 76

9. De artikelen XII 1 tot XII 3 van het Vlaams personeelsstatuut hebben verschillende besluiten van de Vlaamse Regering betreffende de rechtspositie van de ambtenaren opgeheven "met uitzondering van de artikelen die de administratieve loopbaan en het geldelijk statuut regelen".

Met de artikelen 74 en 76 van het ontwerp wordt beoogd in respectievelijk de artikelen XII 1 en XII 3 van het Vlaams personeelsstatuut de woorden "met uitzondering van de artikelen die de administratieve loopbaan en het geldelijk statuut regelen" te schrappen. Met artikel 75 van het ontwerp wordt beoogd diezelfde woorden te vervangen door een andere bepaling.

In tegenstelling met wat in de voornoemde artikelen XII 1 tot XII 3 thans is bepaald, had de Vlaamse Regering in die voormelde artikelen uitdrukkelijk moeten bepalen welke artikelen van de aldaar vermelde besluiten van de Vlaamse Regering betreffende de rechtspositie van de ambtenaren werden opgeheven.

Gelet evenwel op de in het verleden verkeerde gehanteerde wetgevingstechniek, die zeker niet heeft bijgedragen tot de rechtszekerheid, kan de thans ontworpen opheffing en wijziging worden gebillijkt.

⁽⁶⁾ Arbitragehof, nr. 39/97, 14 juli 1997, B.8.3.

Artikel 79

10. Uit artikel 79, §§ 2 tot 9, volgt dat aan verscheidene ontworpen bepalingen terugwerkende kracht wordt verleend.

In dit verband moet worden opgemerkt dat het verlenen van terugwerkende kracht aan besluiten slechts onder bepaalde voorwaarden geoorloofd is, met name ingeval er voor de retroactiviteit een wettelijke grondslag bestaat, de retroactiviteit betrekking heeft op een regeling die, met inachtneming van het gelijkheidsbeginsel, voordelen toekent, of in zoverre de retroactiviteit noodzakelijk is voor de goede werking van de diensten en daardoor, in beginsel, geen verkregen situaties worden aangetast.

Enkel indien de retroactiviteit van de ontworpen regeling in één van de opgesomde gevallen valt in te passen, kan deze worden gebillijkt. Met name zal dienen te worden nagegaan of de retroactiviteit van sommige bepalingen van het ontworpen besluit geen afbreuk doet aan bestaande rechten, in welk geval ze ontoelaatbaar zou zijn.

Bij gebreke van een inzicht in alle relevante feitelijke gegevens, moet de Raad van State zich ertoe beperken op dit punt een voorbehoud te maken.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	D. ALBRECHT,	kamervoorzitter,
	J. SMETS, B. SEUTIN,	staatsraden,
	H. COUSY,	assessor van de afdeling wetgeving,
Mevrouw	G. VERBERCKMOES,	griffier.

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

DE GRIFFIER,

DE VOORZITTER,

G. VERBERCKMOES

D. ALBRECHT