

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 44.250/3
VAN 8 APRIL 2008

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, derde kamer, op 10 maart 2008 door de Vlaamse minister van Bestuurszaken, Buitenlands Beleid, Media en Toerisme verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, verlengd tot 23 april 2008, 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 uitvoering van het sectoraal akkoord 2005-2007 en andere bepalingen", heeft 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 vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

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.

*
* *

STREKKING EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

2. Het voor advies voorgelegde ontwerp van besluit strekt ertoe een aantal wijzigingen aan te brengen in 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).

De ontworpen wijzigingen hebben in hoofdzaak betrekking op de verankering van de opdracht van Jobpunt Vlaanderen, de horizontale mobiliteit, de interfederale mobiliteit en de bevorderingen, de geldelijke regelingen, de maaltijdcheques en de toelagen, de detachering, de terbeschikkingstelling en het politiek verlof, de opruststelling, en ten slotte op het doorvoeren van enkele terminologische aanpassingen. Een deel van die wijzigingen zijn bedoeld om uitvoering te geven aan het sectoraal akkoord 2005-2007.

3.1. Voor wat de toepassing betreft op de departementen en de intern verzelfstandigde agentschappen (hierna: 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 hiervoor vindt het ontworpen besluit voorts in artikel 5 van het kaderdecreet bestuurlijk beleid van 18 juli 2003 (hierna: het kaderdecreet).

.../...

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

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, § 2, van het bijzonder decreet van 14 juli 1998 betreffende het Gemeenschapsonderwijs.

ALGEMENE OPMERKINGEN

4.1. Bij artikel 7 van het ontwerp wordt in het Vlaams personeelsstatuut een artikel III 21^{ter} ingevoegd, luidende:

"Jobpunt Vlaanderen of zijn rechtsopvolger begeleidt de selector, vermeld in artikel III 3, § 1, a, laatste lid, zolang hiervoor geen vrije keuze van selector bestaat."

Die ontworpen bepaling wordt toegelicht als volgt:

"De exclusieve opdracht van Jobpunt Vlaanderen met betrekking tot de begeleiding van de selector bij de organisatie van de statutaire wervingen voor de Vlaamse ministeries wordt hiermee statutair verankerd.

Met het oog op de samenwerking met Selor wordt een delegatieovereenkomst gesloten tussen Jobpunt Vlaanderen en Selor, waarbij Selor een aantal bevoegdheden inzake de organisatie van statutaire wervingen delegeert aan Jobpunt Vlaanderen."

4.2. Volgens artikel 87, § 2, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 wordt het personeel van een gemeenschaps- of gewestregering aangeworven door bemiddeling van het Vast Secretariaat voor werving van het Rijkspersoneel (lees: Selor). Dat voorschrift is enkel van toepassing op statutaire aanwervingen.

Daarentegen moet geen beroep worden gedaan op Selor voor de werving van de bij arbeidsovereenkomst aangeworven personeelsleden van de eigen administratie van een gemeenschaps- of gewestregering en van het personeel van gedecentraliseerde diensten, instellingen en ondernemingen. Evenmin dient Selor op te treden op andere ogenblikken van de beroepsloopbaan van het statutair personeel, zoals bijvoorbeeld bij bevorderingen ¹.

4.3. Het ontworpen artikel III 21^{ter} van het Vlaams personeelsstatuut heeft betrekking op de statutaire aanwerving.

Uit de toelichting bij dat artikel blijkt dat, wat die aanwervingen betreft, Jobpunt Vlaanderen een aantal taken van Selor zal overnemen inzake de organisatie van statutaire wervingen.

De Raad van State wenst erop te wijzen dat die bepaling op gespannen voet kan komen te staan en zelfs kan strijden met artikel 87, § 2, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980, indien de begeleiding door Jobpunt Vlaanderen slaat op de "bemiddeling" zelf, aangezien de bijzondere wetgever die taak heeft voorbehouden aan Selor. Volgens de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof vereist het genoemde artikel 87, § 2, dat Selor de proeven inricht voor de selectie van de kandidaten die het meest geschikt zijn om de openbare ambten in de diensten van de regeringen van de deelentiteiten in te vullen, en beantwoordt een wervingsprocedure die weliswaar in een samenwerking met Selor voorziet, maar Selor elke inrichtingsbevoegdheid ontnemt, niet aan die vereiste ².

⁽¹⁾ B. WEEKERS, "Personeel en organisatie", in G. VAN HAEGENDOREN en B. SEUTIN (ed.), *De bevoegdheidsverdeling in het federale België*, Brugge, 2003, blz. 38, nr. 13.

⁽²⁾ Grondwettelijk Hof, nr. 96/2005, 1 juni 2005, B.10 en B.12.3.

De Vlaamse Regering zal dan ook bij de toepassing van het ontworpen artikel III 21^{ter} ervoor dienen te waken dat geen afbreuk wordt gedaan aan het voorschrift van artikel 87, § 2, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980.

5. Bij de ontworpen artikelen III 21^{ter} (artikel 7 van het ontwerp), V 38, § 2, tweede lid (artikel 15 van het ontwerp), en VI 44 (artikel 35 van het ontwerp) van het Vlaams personeelsstatuut wordt aan Jobpunt Vlaanderen een bijna exclusieve, minstens bevoorrechte rol toebedeeld inzake de bemiddeling en de begeleiding voor de selectie van het personeel van de Vlaamse overheid.

Aangezien het organiseren van wervings- en selectieproeven een dienst is, rijst de vraag of de regelgeving inzake overheidsopdrachten van toepassing is op de opdrachten die door de Vlaamse Regering worden toevertrouwd aan Jobpunt Vlaanderen.

5.1. De problematiek van de toepassing van de wetgeving inzake overheidsopdrachten op rechtsbetrekkingen tussen met elkaar verbonden openbare besturen is de afgelopen jaren uitdrukkelijk aan bod gekomen in de rechtspraak van het Hof van Justitie ³.

Uit die rechtspraak kan worden afgeleid dat de regelgeving inzake overheidsopdrachten van toepassing is wanneer een aanbestedende dienst een overeenkomst ten bezwarende titel over de levering van diensten wenst te sluiten met een lichaam dat formeel van haar onderscheiden is en zelfstandige beslissingen kan nemen, ongeacht of dat lichaam zelf een aanbestedende overheid is ⁴.

(3) Zie o.m. H.v.J., 9 september 1999, RI.San, zaak nr. C-108/98; H.v.J., 18 november 1999, Teckal, zaak nr. C-107/98; H.v.J., 7 december 2000, Arge Gewässerschutz, zaak nr. C-94/99; H.v.J., 11 januari 2005, Stadt Halle, zaak nr. C-26/03; H.v.J., 21 juli 2005, Coname, zaak nr. C-231/03; H.v.J., 13 oktober 2005, Parking Brixen, zaak nr. C-458/03; H.v.J., 10 november 2005, Commissie t. Oostenrijk, zaak nr. C-29/04; H.v.J., 6 april 2006, ANAV, zaak nr. C-410/04; H.v.J., 11 mei 2006, Carbotermo, zaak nr. C-340/04.

(4) G. LAENEN, "Aanbesteding, inbesteding, verzelfstandiging en PPS: de strenge hand van Europa en de gevolgen voor de (lokale) besturen. Een overzicht.", *C.D.P.K.*, 2006, 583-622.

Daarentegen volgt uit diezelfde rechtspraak dat de regelgeving inzake overheidsopdrachten geen toepassing vindt op opdrachten voor leveringen of diensten opgedragen door een aanbestedende overheid aan een persoon die in rechte onderscheiden is van de aanbestedende overheid wanneer:

- de aanbestedende overheid op deze persoon een toezicht of controle uitoefent zoals op haar eigen diensten ⁵,
- deze persoon het merendeel van zijn activiteiten verricht ten behoeve van de aanbestedende overheid of overheden ⁶, en,
- deze persoon geen privaatrechtelijke deelgenoten kent, zelfs niet voor een minderheidsparticipatie van één aandeel.

5.2. Wanneer de voorgaande criteria worden betrokken op Jobpunt Vlaanderen, dient tot het volgende te worden geconcludeerd.

5.2.1. Jobpunt Vlaanderen is opgericht ter uitvoering van het decreet van 2 maart 1999 tot machtiging van de Vlaamse regering om een coöperatieve vennootschap met beperkte aansprakelijkheid op te richten voor de uitvoering van opdrachten met betrekking tot de werving en selectie van overheidspersoneel.

⁽⁵⁾ Aanwijzingen hiervoor zijn o.m. de rechtsvorm, het maatschappelijk doel, de aard van het aandeelhouderschap, en de (on)afhankelijkheid van het bestuur: zie o.m. G. LAENEN, *l.c.*, 590, met verwijzing naar H.v.J., 6 april 2006, ANAV, zaak nr. C-410/04.

⁽⁶⁾ Daarbij is de daadwerkelijke activiteit doorslaggevend, niet de activiteiten die volgens de wet of de statuten mogen worden verricht en zelfs niet de activiteiten die de onder toezicht staande entiteit moet verrichten: zie de conclusie van advocaat-generaal C. Stix-Hackl, 23 september 2004, nr. 83, bij H.v.J., 11 januari 2005, Stadt Halle, zaak nr. C-26/03.

Bij decreet van 7 mei 2004⁷ wordt Jobpunt Vlaanderen omgevormd tot het privaatrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigd Vlaams Agentschap voor Rekrutering en Selectie⁸.

5.2.2. Wat het toezicht of de controle op Jobpunt Vlaanderen betreft, dient te worden vastgesteld dat deze beperkt is.

Overeenkomstig artikel 31 van het kaderdecreet wordt tussen een privaatrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigd agentschap en de Vlaamse Regering, die optreedt voor de Vlaamse Gemeenschap of het Vlaamse Gewest, na onderhandeling een samenwerkingsovereenkomst gesloten betreffende de samenwerking tussen de Vlaamse Gemeenschap of het Vlaamse Gewest, enerzijds, en het privaatrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigde agentschap, anderzijds, en, in voorkomend geval, betreffende de aanwending van de aan het agentschap ter beschikking gestelde personeelsleden, middelen en infrastructuur. Wat Jobpunt Vlaanderen betreft, bepaalt artikel 4 van het voornoemde decreet van 2 maart 1999 bovendien dat zij de haar door haar leden toevertrouwde opdrachten uitvoert overeenkomstig de voorwaarden en nadere regels bepaald in een beheersreglement vastgesteld door haar raad van bestuur, dat door de Vlaamse Regering moet worden goedgekeurd.

Van een toezicht door de Vlaamse Regering op Jobpunt Vlaanderen, waardoor eerstgenoemde de beslissingen van laatstgenoemde kan beïnvloeden, wordt helemaal geen gewag gemaakt, zodat er geenszins een toezicht bestaat zoals de Vlaamse Regering op haar eigen diensten uitoefent.

(7) Decreet van 7 mei 2004 betreffende het privaatrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigde agentschap "Vlaams Agentschap voor Rekrutering en Selectie" en houdende wijziging van het decreet van 2 maart 1999 tot machtiging van de Vlaamse regering om een coöperatieve vennootschap met beperkte aansprakelijkheid op te richten voor de uitvoering van opdrachten met betrekking tot de werving en selectie van overheidspersoneel.

(8) Hoewel de wijzigingsbepalingen van dat decreet nog niet in werking zijn getreden, zal bij de beoordeling van de vraag of de wetgeving op de overheidsopdrachten al dan niet van toepassing is, in de eerste plaats toch met die wijzigingsbepalingen rekening worden gehouden.

A fortiori dient tot eenzelfde besluit te worden gekomen indien men zich zou beperken tot de regelgeving zoals die thans nog van toepassing is op Jobpunt Vlaanderen.

5.3. De conclusie is dan ook dat het toevertrouwen aan Jobpunt Vlaanderen van een bijna exclusieve, minstens bevoorrechte rol inzake de bemiddeling en de begeleiding voor de selectie van het personeel van de Vlaamse overheid, op gespannen voet staat met de regelgeving inzake overheidsopdrachten.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

Aanhef

6. Overeenkomstig hetgeen in verband met de rechtsgrond voor het ontworpen besluit is opgemerkt (opmerkingen 3.1 en 3.2), dient in het derde lid van de aanhef enkel te worden verwezen naar artikel 5 van het kaderdecreet.

7. Overeenkomstig hetgeen in verband met de rechtsgrond voor het ontworpen besluit is opgemerkt (opmerking 3.2), dienen, voor elk van de betrokken agentschappen en adviesraden, vóór het vijfde lid van de aanhef in chronologische volgorde de oprichtingsdecreten te worden vermeld, met precisering van de artikelen die rechtsgrond bieden voor de desbetreffende wijzigende bepalingen van het ontworpen besluit.

Artikel 2

8. De gemachtigde heeft aan de auditeur-verslaggever bevestigd dat in het ontworpen artikel I 5, § 4, eerste lid, eerste volzin, van het Vlaams personeelsstatuut, waar gewag wordt gemaakt van "1 % van de betrekkingen", betrekkingen uitgedrukt in voltijdse equivalenten (VTE) worden bedoeld. De tekst dient dan ook in die zin te worden gepreciseerd.

9. Luidens het ontworpen artikel I 5, § 4, eerste lid, tweede volzin, van het Vlaams personeelsstatuut beoordeelt de Vlaamse Dienst voor Arbeidsbemiddeling en Beroepsopleiding wie in aanmerking komt voor een voorbehouden betrekking, volgens de criteria die afgesproken worden tussen de Vlaamse minister, bevoegd voor de bestuurszaken, en de Vlaamse minister, bevoegd voor het tewerkstellingsbeleid.

Aangezien die criteria van reglementaire aard zijn, moet die bepaling worden herschreven in die zin dat aan de voormelde ministers delegatie wordt verleend om gezamenlijk bij ministerieel besluit die criteria te bepalen.

10. In het ontworpen artikel I 5, § 4, vierde lid, eerste volzin, van het Vlaams personeelsstatuut wordt bepaald dat de lijnmanager van de entiteit waar de betrekking vacant is, in overleg met de selector beslist over de geschiktheid van de kandidaat voor de in paragraaf 4, derde lid, bedoelde betrekking.

Het verdient aanbeveling de uitoefening van de bevoegdheid van de lijnmanager te binden aan objectieve criteria, eerder dan ze over te laten aan zijn appreciatievrijheid.

11. Bij artikel 2, 4/, van het ontwerp wordt in artikel I 5 van het Vlaams personeelsstatuut een paragraaf 7 ingevoegd, luidende:

"§ 7. In afwijking van § 1 en § 2 hebben de personeelsleden die tewerkgesteld zijn in een continudienst met ploegenwerk, voorrang bij de vervulling van vacatures in dagdienst in hun eigen entiteit via wijziging van dienstaanwijzing. Zij hebben voorrang op de personeelsleden die in aanmerking komen voor herplaatsing."

In het licht van de gelijke toegang tot het openbaar ambt is het aan te raden dat de stellers van het ontwerp een verantwoording geven waarom de personeelsleden in een continudienst voorrang krijgen voor de invulling van vacatures.

Artikel 16

12. In het ontworpen artikel V 39, § 1, eerste lid, van het Vlaams personeelsstatuut wordt bepaald dat het opdrachtgevende hoofd van de entiteit, raad of instelling een kandidaat kiest uit de lijst van geschikte kandidaten.

Ook hier verdient het aanbeveling de uitoefening van de bevoegdheid van het opdrachtgevende hoofd te binden aan objectieve criteria, eerder dan ze over te laten aan zijn appreciatievrijheid.

Artikel 33

13. Bij artikel 33 van het ontwerp wordt in het Vlaams personeelsstatuut een artikel VI 34*bis* ingevoegd, luidende:

"Art. VI 34*bis*. Voor de berekening van de «relevante beroepservaring» worden deeltijdse prestaties als voltijds beschouwd."

Naar een verantwoording gevraagd voor die bepaling, heeft de gemachtigde het volgende geantwoord:

"Bij bevordering binnen het niveau vereist artikel VI 39 - VI 41 VPS om te kunnen bevorderd worden een aantal jaar «relevante beroepservaring». Bij bevordering door overgang naar een ander niveau spreekt men niet over relevante beroepservaring, maar over jaren anciënniteit (artikel VI 46 VPS).

Indien 6 jaar relevante beroepservaring wordt gevraagd, kan een persoon die 6 jaar relevante ervaring heeft opgedaan in een deeltijds arbeidsregime, ook bevorderd worden. De relevante ervaring moet niet voltijds zijn. (Dit is bedoeld als vrouwvriendelijke maatregel, omdat het meestal de vrouwen zijn die deeltijds werken).

Art. 33 (invoeging artikel VI 34*bis*) zal geschrapt worden, en artikel 34 zal als volgt aangepast worden (toevoeging derde lid aan artikel VII 38), zodat deze zin komt te staan bij het hoofdstuk «bevordering binnen het niveau»:

«Art. VI 38. De bevordering door verhoging in graad binnen het niveau wordt verleend na het slagen voor een competentieproef.

Om zich kandidaat te stellen voor een bevordering door verhoging in graad binnen het niveau mag de ambtenaar geen functioneringsevaluatie hebben die besloten werd met een «onvoldoende».

.../...

Voor de berekening van de «relevante beroepservaring», vermeld in dit hoofdstuk, worden deeltijdse prestaties als voltijds beschouwd.»"

Artikel 64

14. Luidens de ontworpen artikelen VI 144 en VI 145 van het Vlaams personeelsstatuut kan de lijnmanager een ambtenaar met de graad van directeur of met de graad van adviseur eenmalig op de datum van de inwerkingtreding van het besluit dat thans in ontwerpvorm voorligt, een graadverandering toekennen naar de graad van, respectievelijk, adviseur of directeur.

Ook hier verdient het aanbeveling de uitoefening van de bevoegdheid van de lijnmanager te binden aan objectieve criteria, eerder dan ze over te laten aan zijn appreciatievrijheid.

Artikel 65

15. In het ontworpen artikel VII 1, § 3, 3/, van het Vlaams personeelsstatuut worden een aantal functies vermeld die als bijkomende of specifieke opdrachten worden beschouwd in de zin van artikel 2, § 1, tweede lid, 3/, van het koninklijk besluit van 22 december 2000 ⁹.

Zoals de Raad van State in zijn advies 44.268/3 van 25 maart 2008 over een ontwerp van ministerieel besluit "houdende vaststelling van de bijkomende of specifieke opdrachten bij de diensten van de Vlaamse overheid" heeft opgemerkt, staat het aan de bevoegde overheid 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 ¹⁰.

(9) 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 Gemeenschapscommissie en van de Franse Gemeenschapscommissie, alsook van de publiekrechtelijke rechtspersonen die ervan afhangen (hierna: APKB).

(10) Zie aldus wat specifieke opdrachten betreft: Grondwettelijk Hof, nr. 39/97, 14 juli 1997, B.8.3.

Terzake kan ook worden herinnerd aan de rechtspraak van de Raad van State, afdeling bestuursrechtspraak, krachtens dewelke voor de invulling van het begrip "specifieke opdracht" het takenpakket dat verbonden is aan de contractueel te begeven betrekking in acht wordt genomen ¹¹.

In wezen kunnen dan ook alleen als "specifieke opdrachten" in de zin van de voormelde bepaling van het APKB worden aangemerkt, opdrachten waarvan de uitvoering een bijzondere deskundigheid vereist die normaal niet bestaat in de diensten van de betrokken regering of in de openbare instellingen die ervan afhangen ¹².

De vraag rijst of de in het ontworpen artikel VII 1, § 3, 3/, vermelde functies niet veeleer taken betreffen die een bijzondere kennis of ruime ervaring op hoog niveau vereisen, zoals bedoeld in artikel 2, § 1, tweede lid, 4/, van het APKB. In het verslag aan de Koning bij het APKB worden immers ICT-kaderpersoneel en management- en HRM-functies uitdrukkelijk als behorend tot deze categorie van taken vermeld ¹³.

Artikel 100

16. Bij artikel 100 van het ontwerp wordt in deel X, titel 7, van het Vlaams personeelsstatuut het bestaande hoofdstuk 1 vervangen door een nieuw hoofdstuk 1, bestaande uit de artikelen X 42 en X 43.

De in de ontworpen artikelen X 42 en X 43 vervatte regeling strekt ertoe in de mogelijkheid te voorzien dat ambtenaren tijdelijk tewerk kunnen worden gesteld buiten de diensten van de Vlaamse overheid voor de uitoefening van taken in het belang van de Vlaamse overheid.

⁽¹¹⁾ R.v.St., Moras, nr. 90.162, 11 oktober 2000; R.v.St., Fagard, nr. 90.291, 18 oktober 2000.

⁽¹²⁾ Rpl. F. LEURQUIN-DE VISSCHER, "Le personnel contractuel dans la fonction publique régionale en Belgique", in *Les agents contractuels dans la fonction publique régionale*, Brussel, 1997, blz. 37 tot 55.

⁽¹³⁾ Verslag aan de Koning bij het APKB, B.S. 9 januari 2001, blz. 422.

Uit de samenhang van voormelde artikelen kan worden afgeleid dat de ambtenaren tijdelijk worden "uitgeleend" aan een privaatrechtelijke werkgever. De "uitlenende overheid" kan het loon van de ambtenaren doorbetalen om het vervolgens te verhalen op de privaatrechtelijke werkgever.

In zoverre de toepassing van de ontworpen regeling tot gevolg zou kunnen hebben dat daardoor één of meerdere privaatrechtelijke werkgevers worden bevoordeeld, zou dit als een ongeoorloofde staatssteun kunnen worden beschouwd in de zin van artikel 87 van het EG-Verdrag.

Artikel 102

17. Het huidige artikel X 44 van het Vlaams personeelsstatuut luidt:

"Art. X 44. De ambtenaar krijgt verlof wanneer hij door één van volgende instanties wordt aangewezen om een ambt uit te oefenen op hun kabinet, of in voorkomend geval bij de entiteiten met politieke functie ter vervanging van het kabinet:

- een minister;
- een staatssecretaris;
- een regeringscommissaris;
- een lid van de regering van een gemeenschap of gewest;
- een gouverneur van een Vlaamse provincie;
- de gouverneur of vice-gouverneur van het administratief arrondissement Brussel-Hoofdstad;
- een bestendig afgevaardigde;
- een burgemeester;
- een schepen;
- de fracties in de gemeenteraad of provincieraad;
- een OCMW-voorzitter;
- een voorzitter van een districtsraad;
- een Europees commissaris.

De aanwijzing gebeurt na akkoord van de functionele minister, die het advies inwint van de lijnmanager."

Het ontworpen artikel X 44 daarentegen strekt er, luidens de bij de adviesaanvraag gevoegde artikelsgewijze bespreking, toe een algemene omschrijving te geven van de "detacheringsmogelijkheden" en deze alzo uit te breiden ¹⁴. Die ontworpen bepaling luidt:

⁽¹⁴⁾ Artikelsgewijze bespreking, blz. 33.

"Art. X 44. Een ambtenaar krijgt verlof om een ambt uit te oefenen bij een kabinet:

- 1/ als hij door een persoon met een politiek mandaat of een ambt dat ermee gelijkgesteld kan worden, wordt aangewezen om een ambt uit te oefenen ter ondersteuning van die persoon bij het uitoefenen van zijn mandaat;
- 2/ als hij door een fractie in de gemeenteraad of provincieraad wordt aangewezen om een ambt uit te oefenen bij die fractie.

De ambtenaar wordt aangewezen na akkoord van de functionele minister, die het advies inwint van de lijnmanager."

De vraag vraagt rijst of deze bepaling daadwerkelijk een verruiming van de detacheringmogelijkheden inhoudt. Waar volgens het huidige artikel X 44 bijvoorbeeld een detachering mogelijk is om een ambt uit te oefenen bij een regeringscommissaris of een gouverneur van een Vlaamse provincie, lijkt dit niet het geval te zijn wat betreft het ontworpen artikel X 44. Ook is het niet duidelijk wat precies moet worden verstaan onder, of wat de draagwijdte is van, de woorden "een politiek mandaat of een ambt dat ermee gelijkgesteld kan worden". Betekent dit ook dat een gemeenteraadslid of een provincieraadslid, zijnde een politiek ambt, een personeelslid kan aanwijzen om een ambt uit te oefenen ter ondersteuning van die persoon? Mogelijks is dat niet de bedoeling, maar de tekst van de ontworpen bepaling sluit dit niet uit.

Hierover om toelichting gevraagd heeft de gemachtigde het volgende geantwoord:

"Voor het ambt van regeringscommissaris is er ook nu geen specifiek verlof voorzien. Enkel voor de ambtenaar die wordt aangewezen om een ambt uit te oefenen op het kabinet van een regeringscommissaris, voorziet het VPS «Verlof om een ambt uit te oefenen bij een kabinet».

Het is de bedoeling om deze mogelijkheid te behouden. Er wordt een 3/ toegevoegd bij artikel X 44:

«Art. X 44. Een ambtenaar krijgt verlof om een ambt uit te oefenen bij een kabinet:

- 1/ als hij door een persoon met een politiek mandaat of een ambt dat ermee gelijkgesteld kan worden, wordt aangewezen om een ambt uit te oefenen ter ondersteuning van die persoon bij het uitoefenen van zijn mandaat;
- 2/ als hij door een fractie in de gemeenteraad of provincieraad wordt aangewezen om een ambt uit te oefenen bij die fractie;
- 3/ als hij door een regeringscommissaris wordt aangewezen om een ambt uit te oefenen bij zijn kabinet.»"

Er dient te worden opgemerkt dat de hiervoor geciteerde toelichting niet van die aard is dat zij een afdoend antwoord geeft op al de hiervoor gerezen vragen. De stellers van het ontwerp dienen de ontworpen bepaling op dit punt aan een nieuw onderzoek te onderwerpen.

Artikel 109

18. In het ontworpen artikel XI 7 van het Vlaams personeelsstatuut dient de term "pensionering" te worden vervangen door de term "opruststelling".

Artikel 115

19. Luidens artikel 115 van het besluit dat thans in ontwerpvorm voorligt, treedt dit besluit in werking "op de datum van goedkeuring ervan voor de entiteiten, raden en instelling die op deze datum reeds in werking zijn getreden en op de datum dat de entiteit of raad in werking treedt, voor de entiteiten en raden die na deze datum in werking treden, met uitzondering van: ... (volgt dan een opsomming van verschillende artikelen van het besluit die op een andere datum uitwerking hebben of inwerking treden)".

19.1 Krachtens artikel 115 zouden een aantal artikelen van het besluit uitwerking hebben op verschillende tijdstippen in het verleden.

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 verkreten 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. Bij ontstentenis van een voldoende inzicht in de terzake relevante feitelijke gegevens, kan de Raad van State zich daarover niet uitspreken.

19.2. Luidens artikel 115, inleidende zin, treedt het besluit dat thans in ontwerpvorm voorligt, onder meer in werking "op de datum van goedkeuring ervan voor de entiteiten, raden en instelling die op deze datum reeds in werking zijn getreden".

Die regeling strookt niet met de vereisten inzake rechtszekerheid en transparantie van de regelgeving.

Zolang het ontworpen besluit niet is bekendgemaakt, weten de rechtsonderhorigen niet wanneer het besluit door de Vlaamse Regering goedgekeurd werd, en kunnen zij niet weten dat het besluit in werking is getreden. Opdat het ontworpen besluit zou voldoen aan de eisen inzake rechtszekerheid, is het nodig voor de bedoelde entiteiten, raden en instelling de gebruikelijke termijn van inwerkingtreding van besluiten te laten gelden, of, zo daarvoor een verantwoording bestaat, te bepalen dat het besluit voor hen in werking treedt op de dag van de bekendmaking ervan in het Belgisch Staatsblad.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	J. SMETS,	staatsraad, voorzitter,
	B. SEUTIN,	
	W. VAN VAERENBERGH,	staatsraden,
	H. COUSY,	assessor van de afdeling wetgeving,
Mevrouw	A.-M. GOOSSENS,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door Mevr. I. VERHEVEN, adjunct-auditeur.

DE GRIFFIER,

DE VOORZITTER,

A.-M. GOOSSENS

J. SMETS