

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 45.195/3
VAN 14 OKTOBER 2008

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, derde kamer, op 15 september 2008 door de Vlaamse minister van Binnenlands Bestuur, Wonen en Inburgering verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, verlengd tot 30 oktober 2008, van advies te dienen over een voorontwerp van decreet "tot wijziging van het gemeentedecreet", heeft het volgende advies gegeven:

1. Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft de afdeling wetgeving zich toegespitst op het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond ⁽¹⁾, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

* *

STREKKING VAN HET VOORONTWERP

2. Het om advies voorgelegde voorontwerp van decreet strekt ertoe een aantal wijzigingen van uiteenlopende aard aan te brengen in het gemeentedecreet van 15 juli 2005.

Volgens de memorie van toelichting zijn een deel van die wijzigingen een gevolg van "de redactie van het ontwerp van decreet [...] betreffende de organisatie van de openbare centra voor maatschappelijk welzijn" ⁽²⁾.

Daarnaast worden, volgens diezelfde toelichting, een aantal technische wijzigingen en terminologische correcties doorgevoerd. Bij wijze van voorbeeld wordt verwezen naar het volgende:

- "- in het provinciedecreet wordt niet meer gesproken over «gouverneur» maar wel over «provinciegouverneur». In het gemeentedecreet was hier en daar nog sprake van «gouverneur». Tevens is er nu geen sprake meer van een «bestendige deputatie» maar wel van «deputatie».
- er is geen sprake meer van «Arbitragehof» maar wel van «Grondwettelijk Hof».
- in het gemeentedecreet werd, als er sprake was over de Raad voor Verkiezingsbetwistingen, voornamelijk verwezen naar artikel 13. Dit wordt nu aangepast. De term «het rechtscollege, vermeld in artikel 13» wordt nu vervangen door «de Raad voor Verkiezingsbetwistingen».

⁽¹⁾ Aangezien het om een voorontwerp van decreet gaat, wordt onder rechtsgrond verstaan de overeenstemming met de hogere rechtsnormen.

⁽²⁾ *Parl. St.*, Vl. Parl., 2007-2008, nr. 1701/1.

- enkel de personen die een verklaring van wettelijke samenwoning, als vermeld in artikel 1475 van het Burgerlijk Wetboek, hebben afgelegd worden met echtgenoten gelijkgesteld. Dit wordt aangepast in het gemeentedecreet."

In de memorie wordt benadrukt dat met de ontworpen wijzigingen geen afbreuk wordt gedaan aan de algemene filosofie van het gemeentedecreet. Het zouden "vooral verfijningen [zijn], die bovendien mee als doel hebben de organisatie en de werking van de gemeenten en de openbare centra op elkaar af te stemmen".

VORMVEREISTEN

3. Blijkens de stukken gevoegd bij de adviesaanvraag heeft de Vlaamse Regering op 12 september 2008 beslist de Vlaamse minister, bevoegd voor de binnenlandse aangelegenheden, te gelasten over het voorliggende ontwerp het advies in te winnen van de Sociaal-Economische Raad van Vlaanderen en de Vlaamse Adviesraad voor Bestuurszaken, en om het ontwerp voor te leggen aan het Comité C1 voor de provinciale en plaatselijke overheidsdiensten ⁽³⁾.

Indien de aan de Raad van State voorgelegde tekst ten gevolge van de onderhandelingen met de representatieve vakorganisaties of ten gevolge van een advies nog wijzigingen zou ondergaan, moeten de gewijzigde bepalingen, ter inachtneming van het voorschrift van artikel 3, § 1, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, voor een nieuw onderzoek aan de afdeling wetgeving worden voorgelegd.

⁽³⁾ Er moet worden opgemerkt dat de Raad van State principieel pas om advies kan worden gevraagd dan nadat het betrokken ontwerp alle achtereenvolgende stadia van de administratieve voorbereiding heeft doorgemaakt 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. De adviesaanvrager wordt verzocht zich in de toekomst aan deze regel te conformeren.

BEVOEGDHEID VAN HET VLAAMSE GEWEST

4. Op grond van artikel 6, § 1, VIII, eerste lid, 1/, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen zijn de gewesten in beginsel bevoegd inzake "de samenstelling, organisatie, bevoegdheid en werking van de ... gemeentelijke instellingen". Op deze bevoegdheid zijn er een aantal uitzonderingen, waardoor bepaalde aspecten betreffende de gemeentelijke instellingen, voor sommige of voor alle gemeenten, aan de federale wetgever zijn voorbehouden.

Daarnaast zijn zowel het instellen van administratieve rechtscolleges als het regelen van de procedure voor de Raad van State in beginsel zaak van de federale overheid. Het ontwerp voorziet, met betrekking tot betwistingen inzake de voorwaarden waaraan een vertrouwenspersoon moet voldoen ⁽⁴⁾, in de toekenning van bepaalde bevoegdheden aan de Raad voor Verkiezingsbetwistingen, die een administratief rechtscollege is, evenals in bepalingen betreffende de procedure voor de Raad van State ⁽⁵⁾.

Met verwijzing naar de redenen uiteengezet in advies 39.080/AV/3 van 11 en 18 oktober 2005 ⁽⁶⁾, heeft de Raad van State, afdeling wetgeving, in advies 40.316/1 van 11 mei 2006 ⁽⁷⁾ aanvaard dat in dit verband voldaan is aan de voorwaarden voor de toepassing van artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980, zodat de decreetgever bevoegd kan worden geacht om de genoemde bepalingen aan te nemen.

⁽⁴⁾ Artikel 10, 4/, van het ontwerp.

⁽⁵⁾ Artikelen 10, 5/, 98, 9/, en 133 van het ontwerp.

⁽⁶⁾ Advies over een voorontwerp dat heeft geleid tot het decreet van 10 februari 2006 houdende wijziging van de Gemeentekieswet, gecoördineerd op 4 augustus 1932, de wet van 19 oktober 1921 tot regeling van de provincieraadsverkiezingen, de wet tot organisatie van de geautomatiseerde stemming van 11 april 1994 en het decreet van 7 mei 2004 houdende regeling van de controle van de verkiezingsuitgaven en de herkomst van de geldmiddelen voor de verkiezing van het Vlaams Parlement en tot het decreet van 10 februari 2006 houdende wijziging van de Gemeentekieswet, gecoördineerd op 4 augustus 1932, de wet van 19 oktober 1921 tot regeling van de provincieraadsverkiezingen en het decreet van 18 mei 1994 houdende regeling van het taalgebruik bij de verkiezingen (*Parl. St.*, Vl. Parl., 2005-2006, nr. 578/1 en nr. 579/1).

⁽⁷⁾ Advies over een voorontwerp dat heeft geleid tot het decreet van 7 juli 2006 tot wijziging van de organieke wet van 8 juli 1976 betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn (*Parl. St.*, Vl. Parl., 2005-2006, nr. 870/1, p. 53).

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 13

5. Het verdient aanbeveling in het ontworpen artikel 17, § 2, tweede lid, van het gemeentedecreet te preciseren dat het de gemeenteraad is die de presentiegelden kan verminderen.

Artikelen 14 en 44

6. Bij artikel 14 van het ontwerp wordt de wijziging beoogd van artikel 18, § 1, van het gemeentedecreet, in die zin dat wordt bepaald dat de vertrouwenspersoon die een gemeenteraadslid bijstaat die wegens een handicap zijn mandaat niet zelfstandig kan vervullen, wordt gekozen uit de gemeenteraadskiezers van een Vlaamse gemeente. In het ontworpen artikel 70bis van het gemeentedecreet (artikel 44 van het ontwerp), wordt in eenzelfde regeling voorzien voor de burgemeester en de schepenen met een handicap.

Die wijziging en invoeging worden in de memorie van toelichting verantwoord als volgt:

"Er wordt nu ook duidelijk gestipuleerd dat het lid zich kan laten bijstaan door een gemeenteraadskiezer van een Vlaamse gemeente. Dit is een gemeente die zich bevindt in het Vlaamse Gewest. Er werd voor geopteerd de in aanmerking komende vertrouwenspersonen te beperken tot de gemeenteraadskiezers van een Vlaamse gemeente aangezien er mag verondersteld worden dat zij de regelgeving die van toepassing is in het Nederlands taalgebied beter beheersen dan een gemeenteraadskiezer van een gemeente gelegen in Wallonië of in het tweetalig gebied van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest."

De ontworpen regeling heeft tot gevolg dat een gemeenteraadskiezer, woonachtig in het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad, in het Franse of in het Duitse taalgebied, geen vertrouwenspersoon kan zijn.

De Raad van State, afdeling wetgeving, vraagt zich af of die verantwoording wel pertinent is in het licht van het grondwettelijke beginsel van de gelijkheid en de niet-discriminatie, nu mag worden aangenomen dat een vertrouwenspersoon in de eerste plaats het vertrouwen dient te hebben van de mandataris, en zijn functie er voornamelijk in bestaat de mandataris bij te staan omwille van zijn handicap, veeleer dan de inhoudelijke taken van de mandataris (het politieke mandaat zelf) te vervullen.

.../...

Artikel 28

7. In het ontworpen artikel 43, § 2, van het gemeentedecreet worden de bevoegdheden vermeld die niet door de gemeenteraad aan het college van burgemeester en schepenen kunnen worden toevertrouwd.

In het ontworpen artikel 43, § 2, 24/, wordt gewag gemaakt van "de aan de gemeenteraad toegewezen bevoegdheden, vermeld in het decreet van 6 juli 2001 houdende de intergemeentelijke samenwerking". Die vermelding kan eventueel worden weggelaten aangezien ze reeds vervat is in het ontworpen artikel 43, § 2, 10/, waar gewag wordt gemaakt van "beslissingen die de wet, het decreet of het uitvoeringsbesluit uitdrukkelijk aan de gemeenteraad voorbehoudt".

Artikelen 46 en 47

8. De ontworpen artikelen 72 en 73 van het gemeentedecreet (artikelen 46 en 47 van het ontwerp) bevatten specifieke bepalingen in verband met de aansprakelijkheid voor de schade berokkend aan derden door de burgemeester of de schepen en in verband met de geldboeten waartoe de burgemeester of de schepen worden veroordeeld wegens een misdrijf begaan bij de uitoefening van hun mandaat.

In de mate dat ook de aansprakelijkheid van de federale staat wordt geregeld (namelijk wanneer de burgemeester of de schepen optreedt ter uitvoering van door de federale overheid toegewezen taken in het raam van het medebewind), beroepen de stellers van het ontwerp zich, volgens de memorie van toelichting, op artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980:

"Er wordt met toepassing van artikel 10 BWHI beroep gedaan op de impliciete bevoegdheden om de burgerrechtelijke aansprakelijkheid of de aansprakelijkheid voor geldboeten uitdrukkelijk ten laste van de federale staat te leggen. De specifieke regeling inzake de aansprakelijkheid van de federale staat in het kader van het medebewind is noodzakelijk voor de uitoefening van een gemeenschaps- of gewestbevoegdheid, leent zich tot een gedifferentieerde regeling en heeft slechts een marginale weerslag op de federale bevoegdheid inzake aansprakelijkheid."

Het komt de Raad van State, afdeling wetgeving, mede gelet op de principiële bevoegdheid van het Vlaamse Gewest om het statuut van de lokale

mandatarissen te bepalen, voor dat effectief aan de toepassingsvoorwaarden van artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 is voldaan.

Artikel 50

9. Luidens het ontworpen artikel 76, § 4, derde lid, van het gemeentedecreet (artikel 52, 2/, van het ontwerp), worden bij een vacature van financieel beheerder voor gemeenten die 20 000 inwoners of minder tellen, de gewestelijke ontvangers in statutair dienstverband vrijgesteld van de diplomaver-eisten.

Omtrent de verantwoording van dit gunstregime wordt in de memorie van toelichting geen uitleg verstrekt. Indien de stellers van het ontwerp menen dat er redenen zijn die het erdoor ontstane verschil in behandeling kunnen verantwoorden, dienen zij die in de memorie van toelichting uiteen te zetten.

Artikel 64

10.1. Bij artikel 64, 2/, van het ontwerp wordt beoogd in artikel 100 van het gemeentedecreet een paragraaf 3 toe te voegen, luidend:

"§ 3 De secretaris kan, na eensluidend advies van de financieel beheerder, de kasverrichtingen opdragen aan een of meer personeelsleden van de gemeente. De betrokken personeelsleden kunnen de aan hen toevertrouwde bevoegdheden niet weigeren als hun functieomschrijving erin voorziet.

Het personeelslid of de personeelsleden belast met de kas beschikken onder de voorwaarden bepaald in het interne controlesysteem over de bevoegdheid om geld af te halen van de door de financieel beheerder aangewezen rekening of rekeningen als het interne controlesysteem in deze mogelijkheid heeft voorzien."

In de memorie van toelichting wordt bij die ontworpen paragraaf opgemerkt dat uit die paragraaf voortvloeit dat voortaan ook de financieel beheerder kan worden belast met de kas. Wat dat laatste betreft, doet de ontworpen bepaling de vraag rijzen of dit nog te verenigen valt met het principe van de functiescheiding zoals bepaald in artikel 100, § 2, van het gemeentedecreet.

10.2. Luidens artikel 100, § 2, van het gemeentedecreet moet het interne controlesysteem ⁽⁸⁾ (van de gemeente) minstens beantwoorden aan het principe van functiescheiding waar mogelijk en dient het verenigbaar te zijn met de continuïteit van de werking van de gemeentelijke diensten.

Die bepaling is eertijds bij de totstandkoming ervan in de artikelsgewijze bespreking van de memorie van toelichting als volgt toegelicht:

"Door paragraaf twee wordt onder andere aangegeven dat het controlesysteem zodanig moet zijn dat de financieel beheerder de betalingen niet kan doen. Deze functiescheiding is dermate belangrijk dat het nodig geacht werd dit in [de] artikelen 86 en 163 van dit ontwerp te expliciteren. De betalingen in handen geven van de financieel beheerder zou immers een aantasting betekenen van de bepaling «aan het principe van functiescheiding waar mogelijk»" ⁽⁹⁾.

Uit de parlementaire voorbereiding blijkt ontegensprekelijk dat met de functiescheiding ernaar werd gestreefd de taken van controle van wettigheid en regelmatigheid (taak van de financieel beheerder) te scheiden van de taak betalingen te verrichten (taak en verantwoordelijkheid van de gemeentesecretaris) teneinde de controle te versterken ⁽¹⁰⁾.

De Raad van State kan niet anders dan vaststellen dat, indien met het ontworpen artikel 100, § 3, van het gemeentedecreet ook wordt beoogd dat voortaan de financieel beheerder kan worden belast met de kas, wordt afgeweken van het principe van de functiescheiding zoals bepaald in artikel 100, § 2, van hetzelfde decreet, en waardoor het als algemeen principe dan ook wordt afgezwakt.

⁽⁸⁾ Luidens artikel 100, § 1, tweede lid, van het gemeentedecreet bepaalt het interne controlesysteem op welke wijze de interne controle wordt georganiseerd, met inbegrip van de te nemen controlemaatregelen en -procedures en de aanwijzing van de personeelsleden die ervoor verantwoordelijk zijn, en de rapporteringsverplichtingen van de personeelsleden die bij het systeem van interne controle betrokken zijn.

⁽⁹⁾ *Parl. St.*, VI. Parl., 2004-2005, nr. 347/1, p. 76.

⁽¹⁰⁾ *Parl. St.*, VI. Parl., 2004-2005, nr. 347/1, p. 20.

Artikel 133

11. In artikel 259, eerste lid, van het gemeentedecreet wordt onder meer bepaald dat de termijn om een beroep in te stellen bij de Raad van State tegen een beslissing van de gemeenteoverheid wordt gestuit ten voordele van degene die een klacht indient bij de toezichthoudende overheid.

Artikel 133 van het ontwerp strekt ertoe het tweede lid van artikel 259 van het gemeentedecreet te wijzigen als volgt:

"De stuiting duurt tot de indiener van de klacht de aangetekende verzending heeft ontvangen over het gevolg dat aan zijn klacht wordt gegeven, voor zover die aangetekende verzending melding maakt van de beroepsmogelijkheden bij de Raad van State. Deze aangetekende verzending wordt geacht ontvangen te zijn bij de eerste aanbieding."

Uit die ontworpen bepaling volgt dat, indien in de aangetekende verzending over het gevolg dat aan zijn klacht wordt gegeven, geen melding wordt gemaakt van de beroepsmogelijkheden bij de Raad van State, de termijn voor het indienen van een beroep tot nietigverklaring bij de Raad van State niet begint te lopen.

Het ontworpen artikel 259, tweede lid, van het gemeentedecreet spoort evenwel niet met artikel 19, tweede lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, naar luid waarvan, indien de betekening door de administratieve overheid van de akte of van de beslissing met individuele strekking het bestaan van de beroepen bedoeld in artikel 14, § 1, van die gecoördineerde wetten, alsmede de in acht te nemen vormvoorschriften en termijnen niet vermeldt, de verjaringstermijnen een aanvang nemen de vierde maand nadat de betrokkene in kennis werd gesteld van de akte of van de beslissing met individuele strekking ⁽¹¹⁾.

Uit de memorie van toelichting kan echter worden afgeleid dat het niet de bedoeling is van de stellers van het ontwerp om in een afwijkende regeling te voorzien. Het ontworpen artikel 259, tweede lid, van het gemeentedecreet dient dan ook in overeenstemming te worden gebracht met het voornoemde artikel 19, tweede lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State.

⁽¹¹⁾ Die bepaling is laatst gewijzigd bij de wet van 15 september 2006 tot hervorming van de Raad van State en tot oprichting van een Raad voor Vreemdelingenbetwistingen.

Artikel 141

12. Het ontworpen artikel 313, § 1, tweede lid, van het gemeentedecreet luidt:

"Als de gemeenteraden in kwestie daarmee instemmen, kan de Vlaamse Regering voor welbepaalde gemeenten een datum van inwerkingtreding vaststellen voor het geheel of een gedeelte van de bepalingen van dit decreet."

In de memorie van toelichting word die bepaling toegelicht als volgt:

"Dit artikel beoogt een wijziging van artikel 313 van het gemeentedecreet. De minister, bevoegd voor binnenlandse aangelegenheden, kan met piloten werken voor de invoering van de vernieuwde boekhouding en rapportering."

Om bijkomende toelichting gevraagd, heeft de gemachtigde het volgende geantwoord:

"Deze bepaling geeft de Vlaamse Regering de mogelijkheid om een beperkt aantal besturen, op vrijwillige basis, als piloten te laten instappen in het nieuw financieel systeem. Deze wijze van inwerkingtreding werd ook al toegepast bij eerdere hervormingen (bv. NOB). Zonder deze bepaling zouden alle besturen tegelijk moeten overstappen naar het nieuw financieel systeem, zouden de softwarehuizen alle besturen tegelijk moeten ondersteunen, zouden de besturen die vroeger klaar zijn voor de omschakeling moeten wachten op de achterblijvers of zouden de besturen, die nog niet klaar zijn, verplicht worden toch al te starten.

Op het moment dat de eerste besturen het nieuw financieel systeem toepassen, dienen niet alleen de bepalingen inzake de boekhouding voor hen in werking te treden, maar ook alle resterende nog niet in werking zijnde bepalingen van titel IV. Het nieuw financieel instrumentarium behelst immers niet alleen het financieel registratiesysteem (de boekhouding), maar tevens de financiële rapporteringen die eruit voortvloeien (meerjarenplan, budget en jaarrekening). Het zijn immers deze rapporten die aan de gemeenteraadsleden worden voorgelegd en waaruit zij beleidsinformatie kunnen halen."

Volgens de toelichting van de gemachtigde is het de bedoeling van de stellers van het ontwerp om aldus in een afzonderlijke inwerkingtreding te voorzien voor de bepalingen van het ontwerp die titel IV van het gemeentedecreet wijzigen⁽¹²⁾. Dit blijkt niet als zodanig uit de tekst van het ontworpen artikel 313, § 1, tweede lid.

⁽¹²⁾ Zijnde de artikelen 78 tot 105 van het ontwerp.

Daarbij dient, wat die gedifferentieerde inwerkingtreding betreft, te worden opgemerkt dat hiervoor, in het licht van het gelijkheidsbeginsel, een afdoende verantwoording moet bestaan, en dat geen afbreuk mag worden gedaan aan de rechten van de burger. Ook mag die gedifferentieerde inwerkingtreding niet langer blijven bestaan dan strikt noodzakelijk.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	J. SMETS,	staatsraad, voorzitter,
	B. SEUTIN, W. VAN VAERENBERGH,	staatsraden,
	H. COUSY, J. VELAERS,	assessoren 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