

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 45.239/3
VAN 21 OKTOBER 2008

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, derde kamer, op 23 september 2008 door de Vlaamse minister van Binnenlands Bestuur, Stedenbeleid, Wonen en Inburgering verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, verlengd tot 10 november 2008, van advies te dienen over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering "tot wijziging van het besluit van de Vlaamse Regering van 11 juni 2004 tot vaststelling van het statuut van de gewestelijke ontvangers, inzake de uitvoering van het sectoraal akkoord 2005-2007, het sectoraal akkoord 2008-2009 en andere bepalingen", 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, 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 VOORONTWERP

2. Het om advies voorgelegde ontwerp van besluit strekt ertoe een aantal wijzigingen van uiteenlopende aard aan te brengen in het besluit van de Vlaamse Regering van 11 juni 2004 tot vaststelling van het statuut van de gewestelijke ontvangers.

Met het ontworpen besluit wordt beoogd uitvoering te geven aan het sectoraal akkoord van 2005-2007 en het sectoraal akkoord 2008-2009, alsmede bepalingen uit het Vlaams Personeelsstatuut ⁽¹⁾ van overeenkomstige toepassing te maken op de gewestelijke ontvangers.

3. De rechtsgrond voor het ontworpen besluit wordt geboden door artikel 43, § 4, van de organieke wet van 8 juli 1976 houdende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn en door artikel 76, § 2, tweede lid, tweede volzin, van het gemeentedecreet van 15 juli 2005.

⁽¹⁾ Besluit van de Vlaamse Regering van 13 januari 2006 houdende vaststelling van de rechtspositie van het personeel van de diensten van de Vlaamse overheid.

ALGEMENE OPMERKING

4. Zoals er in de nota aan de Vlaamse Regering aan wordt herinnerd, werd er bij de vaststelling van het personeelsstatuut van de gewestelijke ontvangers gestreefd naar een parallelisme met het personeelsstatuut van het personeel van de diensten van de Vlaamse overheid. Om te vermijden dat de bepalingen die analoog zijn aan deze van het Vlaams Personeelsstatuut van 13 januari 2006 telkens moeten worden aangepast, wordt volgens diezelfde nota het personeelsstatuut van de gewestelijke ontvangers thans herschreven in die zin dat bepalingen van het Vlaams Personeelsstatuut van overeenkomstige toepassing worden gemaakt mits een aantal aanpassingen.

Ongeacht deze verdienste, moet worden vastgesteld dat deze werkwijze de lezing van het ontwerp er niet op vereenvoudigt. Ook dient te worden opgemerkt dat deze werkwijze niet uitsluit dat naar aanleiding van een wijziging van het Vlaams Personeelsstatuut nog een tussenkomst van de Vlaamse Regering vereist kan zijn om de rechtspositieregeling van de gewestelijke ontvangers af te stemmen op het Vlaams Personeelsstatuut of nog, om wijzigingen aangebracht in het Vlaams Personeelsstatuut desgevallend niet van toepassing te maken op de gewestelijke ontvangers. Dat moge onder meer blijken uit de nu reeds veelvuldige afwijkingen en uitzonderingen, zoals die worden geformuleerd in het voorliggende ontwerp, en waarbij bij de artikelsgewijze bespreking, in voorkomend geval, opmerkingen zullen worden geformuleerd.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

Aanhef

5. In het eerste lid van de aanhef dient de verwijzing naar de artikelen 6, § 1, VIII, en 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen te worden weggelaten. Deze artikelen bieden immers geen rechtsgrond voor het ontworpen besluit.

6. Volgens de nieuwe richtlijnen van de wetgevingstechniek wordt aanbevolen om in de aanhef de verwijzing naar het advies van de Raad van State te redigeren als volgt:

"Gelet op advies 45.239/3 van de Raad van State, gegeven op 21 oktober 2008, met toepassing van artikel 84, § 1, eerste lid, 1/, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;" ⁽²⁾.

Artikel 6

7. Gevraagd of de woorden "zijn lijnmanager en/of functionele chef in art. II 1, § 1, VPS" met betrekking tot de gewestelijke ontvangers moeten worden gelezen als "provinciegouverneur en de arrondissementscommissaris", heeft de gemachtigde bevestigend geantwoord.

Artikel 6, 2/, van het ontwerp moet dan ook in die zin worden aangepast.

8. Aangezien het de bedoeling is dat onregelmatigheden worden gerapporteerd aan de externe auditcommissie bij de gemeente, dient het eerste zinsdeel van artikel 6, 3/, van het ontwerp als volgt te worden geredigeerd:

"3/ in artikel II 2, § 2, dienen de woorden «de Interne Audit van de Vlaamse Administratie op de hoogte brengen overeenkomstig artikel 34, § 3, van het kaderdecreet Bestuurlijk Beleid van 18 juli 2003» te worden gelezen als «de externe auditcommissie bij de gemeente» en (verder zoals in het ontwerp)".

9. Gevraagd of het wel degelijk de diensten zijn van de Vlaamse overheid die de vormingsactiviteiten bekostigen (artikel II 6, § 3, van het Vlaams Personeelsstatuut wordt immers in het ontworpen artikel 5 van het voornoemde besluit van de Vlaamse Regering van 11 juni 2004 van toepassing verklaard op de gewestelijke ontvangers), heeft de gemachtigde het volgende geantwoord:

⁽²⁾ *Beginselen van de wetgevingstechniek. Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, Raad van State, 2008, nr. 36, formule F-3-5-2.

"De vormingskosten van de gewestelijk ontvangers worden aangerekend op de basisallocatie BA 12.74B - uitgaven m.b.t. de werkingskredieten voor de bij Lambermont overgehevelde provinciegouverneurs, arrondissementscommissarissen en gewestelijke ontvangers van de Vlaamse begroting. Wellicht is het beter te spreken over de «Vlaamse overheid» i.p.v. «de diensten van de Vlaamse overheid» gelet op het specifiek statuut van de gewestelijk ontvangers".

Voor de duidelijkheid verdient het aanbeveling dat in artikel 6 van het ontwerp een nieuw 4/ wordt ingevoegd waarin wordt bepaald dat in artikel II, 6, § 3, tweede lid, (van het Vlaams Personeelsstatuut) de woorden "door de diensten van de Vlaamse overheid" moeten worden gelezen als "Vlaamse overheid". Het huidige 4/ van artikel 6 kan dan worden hernummerd tot 5/.

10. De gemachtigde heeft aan de auditeur-verslaggever bevestigd dat artikel II 7, § 2, van het Vlaams Personeelsstatuut, dat van toepassing wordt verklaard op de gewestelijke ontvangers, en dat betrekking heeft op de vaststelling van een aanvullende code door de hoofden van een entiteit, raad of instelling, zonder voorwerp is voor de gewestelijke ontvangers.

Het eerste zinsdeel van de inleidende zin van het ontworpen artikel 5 van het besluit van de Vlaamse Regering van 11 juni 2004 dient dan ook te worden geredigeerd als volgt:

"Art. 5. De bepalingen van deel II van het VPS, met uitzondering van de artikelen II 3, II 4 en II 7, § 2, (verder zoals in het ontwerp)".

Artikel 11

11. Luidens het ontworpen artikel 23, § 1, tweede lid, van het besluit van de Vlaamse Regering van 11 juni 2004 beslist de provinciegouverneur of de stage deeltijds kan worden uitgevoerd.

Gevraagd op basis van welke criteria de provinciegouverneur zijn beslissing dient te nemen, heeft de gemachtigde het volgende geantwoord:

.../...

"Deze bepaling is analoog aan de bepaling in art. II 15, § 1, tweede lid, (lees: art. III 15, § 1, tweede lid) VPS. Ook daar zijn geen specifieke criteria bepaald. De provinciegouverneur kan dit toestaan op vraag van de stagedoende gewestelijk ontvanger, meer bepaald als de stagedoende gewestelijk ontvanger verlof voor deeltijdse prestaties heeft gekregen van de arrondissementscommissaris".

Het verdient aanbeveling de provinciegouverneur te binden aan objectieve criteria, eerder dan ze over te laten aan zijn appreciatievrijheid.

Artikel 20

12. Krachtens het ontworpen artikel 52 van het besluit van de Vlaamse Regering van 11 juni 2004 is artikel VIII 20 van het Vlaams Personeelsstatuut van toepassing op de gewestelijke ontvangers.

Op de vraag wie voor de gewestelijke ontvanger de "administratieve overheid" is, heeft de gemachtigde het volgende geantwoord:

"Onder de woorden «administratieve overheid» in art. VIII 20 wordt verstaan de provinciegouverneur, maar ook de arrondissementscommissaris die een voorstel van tuchtstraf kan formuleren".

Het ontworpen artikel 52 dient op dat punt te worden gespecificeerd.

Artikel 24

13. Uit het ontworpen artikel 61 van het besluit van de Vlaamse Regering van 11 juni 2004 volgt dat ook artikel IX 2 van het Vlaams Personeelsstatuut van toepassing is.

Hierop gewezen, en gevraagd naar het nut ervan, heeft de gemachtigde het volgende geantwoord:

"Art. IX 2 VPS is eigenlijk overbodig aangezien de bevoegde overheden voor de schorsing in het belang van de dienst al bepaald zijn in art. 62 van het personeelsstatuut van de gewestelijk ontvangers".

.../...

In het ontworpen artikel 61 dient dan ook artikel IX 2 te worden uitgezonderd.

14. Bij het ontworpen artikel 61 wordt ook artikel IX 4 van het Vlaams Personeelsstatuut van toepassing verklaard.

Het is slechts uit de samenhang met artikel 62 van het besluit van de Vlaamse Regering van 11 juni 2004, dat duidelijk is dat het de provinciegouverneur is die bevoegd is het recht tot bevordering of verhoging van salaris te ontzeggen.

Voor de duidelijkheid voege men dan ook in het laatste zinsdeel van het ontworpen artikel 61, na de woorden "waarbij in" de woorden "artikel IX 4 VPS de woorden «de overheid bevoegd voor het uitspreken van de schorsing in het belang van de dienst» moeten worden gelezen als «de provinciegouverneur» en in artikel IX 13 (volgt dan de verdere tekst zoals in het ontwerp)".

Artikel 29

15. Luidens het ontworpen artikel 77 van het besluit van de Vlaamse Regering van 11 juni 2004 moet de dienstvrijstelling worden aangevraagd bij de arrondissementscommissaris.

Bij artikel 77 van het ontwerpbesluit worden in het besluit van de Vlaamse Regering van 11 juni 2004 de artikelen 158*octies* tot 158*decies* ingevoegd, welke voorzien in een recht op maaltijdcheques.

Het ontworpen artikel 158*decies*, § 2, bepaalt:

"In geval van dienstvrijstelling die een volledige werkdag in beslag neemt, beslist de arrondissementscommissaris naar gelang de aard van de dienstvrijstelling of het recht op maaltijdcheques behouden blijft".

Gevraagd naar de criteria waarop de arrondissementscommissaris zich moet steunen voor het nemen van een beslissing hierover, heeft de gemachtigde de volgende toelichting gegeven:

"Het toe te voegen artikel 158*decies*, § 2, bepaalt de weerslag van een dienstvrijstelling die een volledige werkdag in beslag neemt, op het recht op maaltijdcheques, en kent in dit verband een beoordelingsbevoegdheid toe aan de arrondissementscommissaris die de dienstvrijstelling toestaat.

De regeling inzake de toekenning van maaltijdcheques aan de gewestelijk ontvangers is geïnspireerd op de regeling inzake de toekenning van maaltijdcheques aan de personeelsleden van de diensten van de Vlaamse overheid (die onder het Vlaams personeelsstatuut van 13.01.2006 ressorteren).

Echter, in tegenstelling tot wat is bepaald in het VPS van 13.01.2006, worden in het statuut van de gewestelijk ontvangers geen specifieke vormen van dienstvrijstellingen vastgesteld, doch is er enkel een generieke bepaling die de arrondissementscommissaris toestaat op een discretionaire wijze dienstvrijstelling te verlenen aan de gewestelijk ontvanger.

Om die reden wordt in artikel 158*decies*, § 2, dan ook niet gespecificeerd welke soorten dienstvrijstellingen recht geven op een maaltijdcheque en welke niet, maar wordt deze beoordelingsbevoegdheid eveneens overgelaten aan de arrondissementscommissaris die de dienstvrijstelling toestaat.

Het is uiteraard niet de bedoeling dat de arrondissementscommissaris hierbij op een willekeurige wijze te werk gaat. Daarom wordt in de toelichting bij artikel 158*decies*, § 2, verduidelijkt welk criterium hij hierbij dient te hanteren (naar analogie met de redenering die aan de grondslag ligt van de bepalingen hieromtrent in het VPS):

"Voor het behoud van maaltijdcheques bij dienstvrijstelling wordt een onderscheid gemaakt tussen dienstvrijstelling die de gewestelijk ontvanger 'vrijwillig' neemt (vb. bloed geven, vrijwillige brandweer, e.d.) en dienstvrijstellingen die verband houden met het werk of uitgaan van de werkgever (vb. oproeping medisch onderzoek, voorbereiding bevorderingsexamen, e.d.) of worden toegestaan naar aanleiding van gebeurtenissen waaraan de gewestelijk ontvanger niet 'vrijwillig' deelneemt (vb. getuige van een ongeval, oproeping gerecht). De arrondissementscommissaris die de dienstvrijstelling toestaat, beoordeelt tevens de aard van de dienstvrijstelling en beslist op basis hiervan of de gewestelijk ontvanger het recht op maaltijdcheques behoudt".

Er zal worden gezorgd dat er een uniforme beoordeling is over de vijf provincies. Er zal daarvoor overleg gepleegd worden tussen de betrokken arrondissementscommissarissen".

Artikel 78

16. Naar luid van het ontworpen artikel 158*undecies* van het besluit van de Vlaamse Regering van 11 juni 2004 krijgt de gewestelijke ontvanger die door derden gerechtelijk wordt vervolgd, rechtsbijstand onder de voorwaarden vermeld in een omzendbrief van de minister van Binnenlandse Aangelegenheden.

De Raad van State wenst er de stellers van het ontwerp op te wijzen dat, indien die omzendbrief verordenende bepalingen bevat die het statuut van de gewestelijke ontvanger regelen, die bepalingen dienen te worden opgenomen in het besluit van de Vlaamse Regering van 11 juni 2004.

Artikel 80

17. Artikel 80 van het ontwerp strekt ertoe in het besluit van de Vlaamse Regering van 11 juni 2004 een artikel 159*bis* in te voegen, naar luid waarvan de contractuele gewestelijke ontvanger, in geval van carenzdag, toch zijn bezoldiging voor die dag behoudt.

Op grond van artikel 71 van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten, gelezen in samenhang met artikel 52, § 1, van diezelfde wet, is voor de contractuele gewestelijke ontvanger die nog een proeftijd moet doorlopen de carenzdag in geval van ziekte toepasselijk. De ontworpen bepaling heeft als gevolg dat voor de betrokken contractuele gewestelijke ontvanger de carenzdag echter wordt geneutraliseerd.

Aangezien het ontworpen artikel 159*bis* ertoe strekt een aanvullend voordeel toe te kennen aan de gewestelijke ontvanger, komt het de Vlaamse Regering toe om op dit punt af te wijken van de voornoemde wet van 3 juli 1978, nu artikel 6 van de wet van 3 juli 1978 slechts bepaalt dat alle met de bepalingen van deze wet en van haar uitvoeringsbesluiten strijdige bedingen nietig zijn voor zover zij ertoe strekken de rechten van de werknemer in te korten of zijn verplichtingen te verzwaren, wat te dezen niet het geval is.

Artikel 84

18.1. In artikel 84 van het ontwerp wordt bepaald dat, enkele artikelen uitgezonderd, het besluit dat thans in ontwerpvorm voorligt, in werking treedt "op de datum waarop het in het Belgisch Staatsblad wordt bekendgemaakt met uitzondering van: (...)".

Gevraagd waarom wordt afgeweken van de normale regels van inwerkingtreding, heeft de gemachtigde het volgende geantwoord:

"Behoudens de artikelen die met terugwerkende kracht moeten in werking treden (o.m. ter uitvoering van het sectoraal akkoord voor de maaltijdcheques, voor de overdracht van vakantieverlof), is er geen bijzondere reden om af te wijken van de algemene regel van inwerkingtreding. We wensen het besluit wel zo snel mogelijk in werking te laten treden".

Gelet op de toelichting van de gemachtigde dient artikel 84 van het ontworpen besluit te worden herschreven.

18.2 Krachtens artikel 84 zouden enkele artikelen van het ontwerp uitwerking hebben op verschillende tijdstippen in het verleden.

Wat het verlenen van terugwerkende kracht aan die artikelen betreft, moet worden opgemerkt dat dit slechts geoorloofd is, namelijk ingeval 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 erdoor, in beginsel, geen verkregen situaties worden aangetast.

Enkel indien de retroactiviteit van de betrokken artikelen 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.

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	G. VERBERCKMOES,	griffier.

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

DE GRIFFIER,

DE VOORZITTER,

G. VERBERCKMOES

J. SMETS