

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 46.222/3
VAN 31 MAART 2009

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling Wetgeving, derde kamer, op 16 maart 2009 door de Voorzitter van het Vlaams Parlement verzocht haar, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een voorstel van decreet "houdende verruiming van de nationaliteitsvoorwaarde voor de toegang tot vaste betrekkingen in sommige Vlaamse openbare diensten" (*Parl. St.*, Vl. Parl., 2008-2009, nr. 2172/1), heeft het volgende advies gegeven:

STREKKING VAN HET VOORSTEL VAN DECREET

1. Het om advies voorgelegde voorstel van decreet strekt ertoe een aantal statutaire functies bij de Vlaamse overheid (de Vlaamse ministeries, de instellingen en de diensten die afhangen van de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest, en de lokale overheden, instellingen of diensten die ervan afhangen) open te stellen voor burgers die niet de nationaliteit bezitten van één van de staten die deel uitmaken van de Europese Economische Ruimte.

Het ontwerp bevat daartoe een opsomming van types van functies, "functiefamilies" genoemd. Voor een eerste reeks functiefamilies wordt zonder voorbehoud afgeweken van het vereiste de Belgische nationaliteit te bezitten. Voor een tweede reeks functiefamilies geldt de afwijking slechts voor zover de betrokken functies in hoofdzaak geen betrekking hebben op bepaalde met name genoemde activiteiten, of voor zover ze geen politionele bevoegdheid inhouden of geen "leidinggevende topfuncties betreffen". Voor een derde reeks functiefamilies tenslotte geldt de afwijking slechts voor zover de betrokken functie geen betrekking heeft op activiteiten die de veiligheid van de overheid aanbelangen.

GRONDWETTIGHEID VAN HET VOORSTEL

2. Het om advies voorliggende voorstel van decreet is in grote mate identiek aan het voorontwerp van decreet "tot verruiming van de nationaliteitsvoorwaarde voor de toegang tot vaste betrekkingen in sommige Vlaamse openbare diensten" ⁽¹⁾, waarover de Raad van State, afdeling Wetgeving, zitting houdend in verenigde kamers, op 9 oktober 2003, advies 35.857/VR heeft gegeven.

Slechts op de volgende punten verschilt het voorstel met het genoemde voorontwerp:

⁽¹⁾ *Parl. St.*, Vl. Parl., 2003-2004, nr. 2055/1.

- de omschrijving van het toepassingsgebied van het voorstel van decreet werd op terminologisch vlak aangepast in het licht van het kaderdecreet bestuurlijk beleid van 18 juli 2003;
- in het voorstel van decreet wordt het begrip "functiefamilie" opgenomen, terwijl dat begrip in het voorontwerp enkel in de memorie van toelichting werd gehanteerd;
- de term "onthaalfuncties" wordt vervangen door de term "ontvangstfuncties";
- in het voorstel van decreet wordt voorzien in retroactiviteit.

3. In het genoemde advies 35.857/VR merkte de Raad van State, afdeling Wetgeving, het volgende op:

"2. Het ontwerp dient getoetst te worden aan artikel 10, tweede lid, van de Grondwet. Die bepaling luidt als volgt:

«De Belgen zijn gelijk voor de wet; zij alleen zijn tot de burgerlijke en militaire bedieningen benoembaar, behoudens de uitzonderingen die voor bijzondere gevallen door een wet kunnen worden gesteld.»

3. De voornoemde grondwetsbepaling huldigt het beginsel dat voor de toegang tot overheidsbetrekkingen de Belgische nationaliteit vereist is. Uitzonderingen op dat beginsel kunnen «door een wet» worden gesteld. Sinds de omvorming van de unitaire staat tot een federale staat moet te dezen onder «wet» ook «decreet» of «ordonnantie» verstaan worden, naargelang het geval. Essentieel is dat uitzonderingen alleen kunnen worden ingevoerd door een beslissing van de wetgevende macht.

Op dat punt doet het ontwerp geen vragen rijzen.

4. Zoals in de memorie van toelichting wordt uiteengezet, is het voorrecht van de Belgen, in zoverre het geldt voor alle soorten overheidsbetrekkingen, strijdig met het beginsel van het vrij verkeer van werknemers, gehuldigd in artikel 39 van het EG-Verdrag. De uitzondering die lid 4 van dat artikel maakt voor «betrekkingen in overheidsdienst», moet volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie immers beperkend geïnterpreteerd worden.

Uit die rechtspraak volgt meer bepaald dat onderdanen van een lidstaat van de Europese Economische Ruimte zonder meer toegang moeten hebben tot betrekkingen die geen rechtstreekse of onrechtstreekse deelneming aan de uitoefening van het openbaar gezag inhouden, en die geen werkzaamheden

.../...

omvatten ter bescherming van de algemene belangen van de staat of van andere openbare lichamen ⁽²⁾.

Het ontwerp laat de rechten van de onderdanen van de bedoelde staten buiten beschouwing, en beperkt zich ertoe de toegankelijkheid van overheidsbetrekkingen voor onderdanen van andere staten te regelen.

5. De in artikel 10, tweede lid, van de Grondwet aan «de wet» verleende bevoegdheid heeft betrekking op «bijzondere gevallen». Uit die woordkeuze blijkt dat een afwijking van het nationaliteitsvereiste slechts kan worden toegestaan gelet op de eigen kenmerken van elke soort «bediening» afzonderlijk. De wetgever kan m.a.w. niet op een algemene wijze afwijken van het beginsel dat de Belgische nationaliteit vereist is, maar hij moet zijn bevoegdheid telkens in concreto uitoefenen ⁽³⁾.

Weliswaar verzet artikel 10, tweede lid, zich niet tegen het verlenen van de afwijking voor categorieën van overheidsbetrekkingen. Niettemin moet de wetgever nauwkeurig aangeven voor welke bijzondere gevallen het voorrecht van de Belgen moet zwichten. Een wet, een decreet of een ordonnantie die in een uitzondering op de regel zou voorzien, zonder het geval of de gevallen voldoende nauwkeurig te omschrijven, is niet verenigbaar met de Grondwet ⁽⁴⁾.

Bovendien volgt uit de door de Grondwet gevestigde verhouding tussen het beginsel en de uitzondering, met betrekking tot de benoembaarheid tot burgerlijke en militaire bedieningen, dat de wetgever niet zover mag gaan dat de gelijkstelling van vreemdelingen met Belgen het beginsel wordt, en het voorrecht van de Belgen de uitzondering ⁽⁵⁾.

6. Te dezen bevat het ontwerp de opsomming van een aantal «functiefamilies». Verre van «bijzondere gevallen» te bepalen, worden in feite zeer algemene categorieën van overheidsbetrekkingen omschreven. Afgezien van de onduidelijkheid van de ontworpen regelgeving ⁽⁶⁾, moet vastgesteld worden dat het

⁽²⁾ Voetnoot 1 uit het geciteerde advies: Zie, o.m., H.v.J., 17 december 1980, Commissie t. België, 149/79, Jur., 1980, 3881.

⁽³⁾ Voetnoot 2 uit het geciteerde advies: Zie R.v.St., advies 26.661/1/V van 7 augustus 1997 over een voorstel van decreet houdende instelling van de Vlaamse ombudsdienst, Parl. St., Vl. Parl., 1996-97, nr. 720/2, p. 22.

⁽⁴⁾ Voetnoot 3 uit het geciteerde advies: Zie R.v.St., advies 18.564/2 van 11 juli 1988 over een wetsvoorstel op de gelijkstelling en de gelijke behandeling van vreemdelingen en Belgen, Parl. St., Kamer, B.Z. 1988, nr. 331/2, p. 2.

⁽⁵⁾ Voetnoot 4 uit het geciteerde advies: Zie hetzelfde advies, ibid.

⁽⁶⁾ Voetnoot 5 uit het geciteerde advies: Het zal niet altijd gemakkelijk zijn om uit te maken of een welbepaalde functie behoort tot de functies waartoe vreemdelingen toegang hebben. Dit kan een reden zijn om de benoeming van een vreemdeling in die functie te betwisten.

ontwerp aldus voorbijgaat aan het voorschrift van artikel 10, tweede lid, van de Grondwet.

Bovendien is de lijst van functies waarvoor in een afwijking van het nationaliteitsvereiste wordt voorzien, van die aard dat de verhouding tussen regel en uitzondering, als bedoeld in artikel 10, tweede lid, van de Grondwet, in feite wordt omgekeerd. Ook vanuit dit oogpunt bekeken, strookt het ontwerp niet met het genoemde grondwettelijke voorschrift.

De conclusie is dan ook dat het ontwerp strijdig is met de Grondwet.

7. Opdat het ontworpen decreet aangenomen zou kunnen worden, is vereist dat eerst de Grondwet gewijzigd wordt."

4. De opname van het begrip "functiefamilie" in het om advies voorgelegde voorstel, dat in vergelijking met het genoemde voorontwerp voor het overige slechts terminologische wijzigingen en een andere temporele werking bevat, is niet van die aard om het in het geciteerde advies opgeworpen grondwettigheidsbezwaar weg te nemen. Conclusie is dan ook dat het voorstel in de huidige stand van de regelgeving geen doorgang kan vinden ⁽⁷⁾. De Raad van State, afdeling Wetgeving, onthoudt zich dan ook van een nader onderzoek ervan.

⁽⁷⁾ Voor zoveel nodig wordt eraan herinnerd dat artikel 10, tweede lid, tweede zinsdeel, van de Grondwet in de verklaring tot herziening van de Grondwet van 27 april 2007 (*Belgisch Staatsblad*, 2 mei 2007, 2^{de} editie, 23369) aangemerkt wordt als een voor herziening vatbare bepaling.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	J. SMETS,	staatsraad, voorzitter,
	B. SEUTIN,	
	P. BARRA,	staatsraden,
	H. COUSY,	assessoren van de
	J. VELAERS,	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