RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 54.934/3
van 10 februari 2014

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot wijziging van het Vlaams personeelsstatuut van 13 januari 2006, wat betreft het modern hr-beleid op korte termijn en andere bepalingen’

Op 23 december 2013 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Bestuurszaken, Binnenlands Bestuur, Inburgering, Toerisme en Vlaams Rand verzocht binnen een termijn van dertig dagen, verlengd tot 10 februari 2014, een advies te verstrekken over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot wijziging van het Vlaams personeelsstatuut van 13 januari 2006, wat betreft het modern hr-beleid op korte termijn en andere bepalingen’.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 28 januari 2014. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Jan SMETS en Kaat LEUS, staatsraden, Lieven DENYS en Johan PUT, assessoren, en Annemie GOOSSENS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Wendy DEPESTER, adjunct-auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 10 februari 2014.

*

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.

*

STREKKING EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

2. Het om 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: VPS) op diverse punten te wijzigen.

2.1. De belangrijkste wijzigingen kunnen worden gerangschikt volgens verschillende strategische doelstellingen inzake personeelsbeleid.

2.1.1. Met het oog op de strategische doelstelling “personeelsbewegingen”, worden de hierna volgende wijzigingen in het VPS doorgevoerd:

- de mobiliteit van vastbenoemde personeelsleden van de onderwijssector (gemeentelijk, provinciaal, stedelijk, gemeenschap- en gesubsidieerd onderwijs, en hogescholen en universiteiten) en van de administratie van het Vlaams Parlement (en de instellingen die eraan zijn verbonden) naar de Vlaamse overheid wordt vergemakkelijkt, naar analogie van de mobiliteit vanuit federale en lokale overheidsinstellingen (artikelen 25 tot 28 van het ontwerp);

- de procedure met betrekking tot de beroepsongeschiktheid wordt gewijzigd teneinde ervoor te zorgen dat het verplichte ontslag na twee opeenvolgende negatieve evaluaties wordt vervangen door een verplicht ontslag nadat het personeelslid, na een (eerste) negatieve evaluatie, bij één van de twee daaropvolgende evaluaties, een (tweede) negatieve evaluatie krijgt (artikelen 70 en 71);

- de contractuele personeelsleden aangeworven via een objectief wervingssysteem met algemene bekendmaking kunnen meedingen naar een statutaire bevorderingsbetrekking (artikel 29 e.v.) of tijdelijk belast worden met de leiding van een project voor een beleidsdomein of voor alle beleidsdomeinen (dit is de projectleiderfunctie) (artikelen 49 tot 52);

- Jobpunt Vlaanderen staat in voor de selecties met het oog op bevordering van statutaire en contractuele personeelsleden naar een hoger niveau en, bij de Vlaamse ministeries, tevens voor de selecties met het oog op bevordering binnen het niveau (artikel 33);

- het principe “niet nodeloos hertesten” wordt in het VPS verankerd zodat het mogelijk wordt dat voor elke selectieprocedure vroeger behaalde testresultaten binnen bepaalde voorwaarden worden hergebruikt; naast een generieke vrijstelling (die behouden wordt) kan ook een beslissing over niet hertesten voor het generieke gedeelte voor een bepaalde functie een voorwaarde vormen om te kunnen meedingen via horizontale mobiliteit vanuit een contractuele functie naar een statutaire functie. Voor een voorbehouden statutaire betrekking is dergelijke beslissing of een vrijstelling van het generieke gedeelte bij aanwerving niet nodig (artikel 24).

2.1.2. Wat de strategische doelstelling “inzetbaarheid” betreft, wordt:

- de regeling in het VPS met betrekking tot de herplaatsing op verscheidene vlakken gewijzigd (artikelen 19 tot 23);

- de berekening van de duur van de proeftijd vereenvoudigd, namelijk door de berekening van de duur van de proeftijd voor ambtenaren af te stemmen op het eenvoudigere systeem voor de contractuele bedienden. Deze aanpassing gebeurt voor de proeftijd na aanwerving, evenals voor de proeftijd na bevordering (artikelen 5 en 42). De proeftijd na bevordering wordt veralgemeend (zowel voor de bevordering binnen het niveau als voor de bevordering naar een hoger niveau en zowel voor contractuele als voor statutaire personeelsleden);

- voorzien in een uitbreiding van de wijziging van dienstaanwijzing over de entiteiten heen zonder vacantverklaring, zodat flexibiliteit wordt bevorderd (artikel 1, 3°);

- het voortaan mogelijk ook contractuele personeelsleden, na proeftijd, tijdelijk aan te stellen tot projectleider of preventieadviseur. In het om advies voorgelegde ontwerp van besluit wordt enkel de contractuele aanstelling van de projectleider opgenomen (artikelen 49 tot 52); de contractuele aanstelling van de preventieadviseur zal in een ander, nog te nemen besluit worden geregeld;

- een generieke regeling voor graadverandering ingevoerd met als voorwaarden te slagen voor dezelfde proef of hetzelfde examen als voor een werving of een bevordering in die graad en te voldoen aan de diplomavoorwaarden bij werving in die graad (artikel 48);

- de bevorderingsmogelijkheid vanuit de graden van technisch assistent en vanuit deze van speciaal assistent identiek gemaakt (artikel 73).

2.1.3. Wat de strategische doelstelling “beloningsbeleid” betreft, worden de volgende wijzigingen doorgevoerd:

- de mogelijkheid om functierelevante privé-ervaring te valoriseren tot maximum 9 (of 15) jaar wordt opgetrokken tot maximum 20 jaar. Er wordt daarbij een onderscheid gemaakt tussen, enerzijds, de vaststelling van de geldelijke anciënniteit bij aanwerving of het opnemen van een nieuwe functie en, anderzijds, de opbouw van de geldelijke anciënniteit (periodieke salarisverhogingen) tijdens de loopbaan in de functie (artikel 58); de op het ogenblik van de inwerkingtreding van het te nemen besluit in dienst zijnde personeelsleden behouden de door hen opgebouwde geldelijke anciënniteit (artikel 68);

- de procedure voor projecten wordt hervormd met implicaties voor onder meer de opstart van de projecten, het aanwijzen van projectleiders en de mogelijkheid voor het toekennen van een projectleiderstoelage (artikelen 49 tot 52 en 61);

- er wordt een toelage voor tijdelijke functieverzwaring ingevoerd. Deze toelage wordt toegekend in geval van een tijdelijk zwaardere functie, het opnemen van een leidinggevende rol, om rekening te houden met toegenomen complexiteit, het leiden van of meewerken aan een project binnen de entiteit, enzovoort (artikel 62). De rechtsfiguur van de waarneming van een hoger ambt en de daaraan gekoppelde toelage houdt organiek op te bestaan en gaat op in de toelage voor tijdelijke functieverzwaring (artikelen 53 tot 55).

2.1.4. Wat, ten slotte, de strategische doelstelling “leiderschap” betreft, worden de volgende wijzigingen doorgevoerd:

- kandidaten voor een mandaatfunctie van het N-niveau of voor een mandaatfunctie van algemeen directeur (dit zijn de topkaderfuncties) die al ambtenaar zijn bij de diensten van de Vlaamse overheid (dit zijn de intern geselecteerde kandidaten) zullen voortaan, net als de extern geselecteerde kandidaten, een proeftijd moeten doorlopen (artikel 8); hetzelfde geldt voor de kandidaten voor een middenkaderfunctie van het N-1-niveau (artikel 13);

- ingeval de eindevaluatie van de proeftijd ongunstig is, krijgt (ook) de ambtenaar op proef in een mandaatfunctie van het N-niveau of in een mandaatfunctie van algemeen directeur voortaan het recht om te worden gehoord (artikel 8);

- personeelsleden van de topkaderfuncties zullen geen aanspraak kunnen maken op de toelage voor een tijdelijke functieverzwaring (artikelen 9 en 11); personeelsleden van de middenkaderfuncties daarentegen wel;

- vacatures voor functies van het niveau N-1 kunnen voortaan onmiddellijk intern én extern aangeboden worden zodat de verplichting om de vacature eerst intern vacant te verklaren, wordt verlaten, met dien verstande dat daartoe wel de mogelijkheid blijft bestaan (artikel 12, 1°);

- alle kandidaten voor een functie van het niveau N-1 dienen eenzelfde relevante beroepservaring te hebben, namelijk zes jaar (artikel 12, 2°).

2.2. Daarnaast wordt met het ontwerp nog beoogd enkele technische aanpassingen in het VPS aan te brengen en de wijzigingen die in de federale regelgeving met betrekking tot het verlof voor loopbaanonderbreking werden doorgevoerd, statutair te verankeren in het VPS (artikel 69).

2.3. Met artikel 75 van het ontwerp wordt voorzien in de inwerkingtreding van de bepalingen van het te nemen besluit.

3.1. Voor het ontwerp kan rechtsgrond worden gevonden, zoals in de aanhef is vermeld, in artikel 87, §§ 1 en 3, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’, evenals bijkomend in artikel 5 van het kaderdecreet bestuurlijk beleid van 18 juli 2003 (voor de departementen en de intern verzelfstandigde agentschappen zonder rechtspersoonlijkheid). In zoverre het te nemen besluit toepassing vindt op het personeel van de intern verzelfstandigde agentschappen met rechtspersoonlijkheid en van de publiekrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigde agentschappen, vindt het rechtsgrond in artikel 5 van het kaderdecreet, gelezen in samenhang met de bepalingen van de oprichtingsdecreten van de genoemde agentschappen waarbij de bepalingen van het kaderdecreet van toepassing worden gemaakt op de betrokken agentschappen. Wat de toepassing ervan betreft op het personeel van de strategische adviesraden, vindt het rechtsgrond in artikel 12, derde lid, van het decreet van 18 juli 2003 ‘tot regeling van strategische adviesraden’, gelezen in samenhang met de bepalingen van de oprichtingsdecreten van die raden waarbij de bepalingen van het kaderdecreet van toepassing worden gemaakt op de betrokken raden. Wat ten slotte de toepassing ervan betreft op het personeel van de administratieve diensten van de Raad van het Gemeenschapsonderwijs,

vindt het te nemen besluit rechtsgrond in artikel 67, § 2, van het bijzonder decreet van 14 juli 1998 ‘betreffende het gemeenschapsonderwijs’.

In de aanhef dient van de rechtsgrond biedende bepalingen uit de betrokken oprichtingsdecreten melding te worden gemaakt.

3.2. Voor artikel 2 (ontworpen artikel I 5*ter* van het VPS) van het ontwerp kan een specifieke rechtsgrond worden gevonden in artikel 3 van het decreet van 28 november 2008 ‘tot regeling van de overdracht van personeelsleden binnen de diensten van de Vlaamse overheid in geval van verschuiving van taken of bevoegdheden’. Bij artikel 3 van dat decreet wordt de Vlaamse Regering ertoe gemachtigd bij besluit de regels te bepalen van de overdracht van personeelsleden, samen met (de overdracht van) alle goederen die aan die personeelsleden verbonden zijn met het oog op de uitoefening van de hun toegewezen taken, tussen diensten van de Vlaamse overheid onderling (1°) in geval van wijziging, bij decreet of besluit van de Vlaamse Regering, van de opdrachten, de taken of de bevoegdheden van één of meer beleidsdomeinen, departementen, intern verzelfstandigde agentschappen of extern verzelfstandigde agentschappen, en van de secretariaten van de strategische adviesraden, of in geval van wijziging van de bevoegdheden van één of meer Vlaamse ministers en (2°) in geval van verschuiving van taken tussen de bovengenoemde departementen, agentschappen en secretariaten, zonder reglementaire wijziging van opdrachten, taken of bevoegdheden als vermeld in 1°. Overeenkomstig datzelfde artikel 3 bepaalt de Vlaamse Regering de noodzakelijke maatregelen om de rechten te waarborgen van het overgedragen personeel wat de anciënniteit, het pensioen en de bezoldiging betreft.

In de aanhef dient na het huidige vierde lid, een nieuw lid te worden toegevoegd waarbij naar die rechtsgrond biedende bepaling wordt verwezen.

VORMVEREISTEN

4. Met artikel 69 van het ontwerp wordt beoogd artikel X 34, § 2, van hoofdstuk III van het VPS (“Bijstand aan of verzorging van een zwaar ziek gezins- of familielid”) te wijzigen wat het verlof van loopbaanonderbreking betreft voor de bijstand of de verzorging van een zwaar ziek minderjarig kind. De ontworpen regeling strekt ertoe de wijzigingen die in de federale regelgeving met betrekking tot het verlof voor loopbaanonderbreking werden doorgevoerd bij artikel 11*bis* van het koninklijk besluit van 7 mei 1999 ‘betreffende de onderbreking van de beroepsloopbaan van het personeel van de besturen’, in het VPS te verankeren.

Krachtens artikel 3 van dat laatste besluit kan iedere rechtshandeling uitgaande van een niet-federale overheid die tot doel heeft bepalingen ervan van toepassing te maken op zijn personeel, slechts uitwerking hebben wanneer daartoe het voorafgaandelijke akkoord van de federale Ministerraad is verkregen.[1] Uit de adviesaanvraag blijkt dat de stellers van het ontwerp er zich van bewust zijn dat artikel 69 voor akkoord aan de federale Ministerraad moet worden voorgelegd. Het is onduidelijk of dit akkoord inmiddels reeds werd aangevraagd; in ieder geval lijkt het nog niet te zijn verkregen.

[1] De overeenstemming van deze bepaling met de bevoegdheidverdelende regels is thans niet aan de orde.

De stellers van het ontwerp zullen er op toezien dat in de aanhef van het te nemen besluit wordt verwezen naar dit akkoord.

Indien de aan de afdeling Wetgeving voorgelegde tekst ten gevolge van het nog te verkrijgen akkoord 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 voor een nieuw onderzoek aan de afdeling Wetgeving worden voorgelegd.[2]

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Aanhef

5. Er wordt verwezen naar hetgeen *sub* 3.1 en 3.2 is opgemerkt betreffende de rechtsgrond.

6. Tevens wordt verwezen naar hetgeen *sub* 4 is opgemerkt betreffende het in acht te nemen vormvereiste. Wanneer het vormvereiste is vervuld en het akkoord van de Ministerraad werd bekomen, voege men in de aanhef na het huidige zevende lid een nieuw lid toe teneinde te verwijzen naar dat akkoord.

7. In het huidige achtste lid van de aanhef schrijve men “13 december 2013” in plaats van “20 december 2013”.

Dispositief

8. Het is raadzaam de tekst van het ontwerp aan een bijkomend taalkundig nazicht te onderwerpen. Zo dient er onder meer op te worden toegezien dat er een correct gebruik wordt gemaakt van hoofdletters en kleine letters: zie bijvoorbeeld artikel 17 (ontworpen artikel VI 3), artikel 31 (ontworpen artikel VI 35) en artikel 32 (ontworpen artikelen VI 36 en VI 37).

Artikel 1 (ontworpen artikel I 5)

9. Gelet op de bewoordingen van artikel VI 11, § 1, 2°, van het VPS, schrijve men in de bij artikel 1 van het ontwerp te vervangen zinsnede “rang A2E en *rang* A2 of lager” in plaats van “rang A2E en A2 of lager”.

[2] Er wordt aan herinnerd dat de Raad van State principieel pas om advies kan worden gevraagd 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 (advies 41.417/AV tot 41.420/AV van de algemene vergadering van de afdeling Wetgeving van de Raad van State, *Parl.St.* Kamer 2005-06, nr. 51-2720/001). Gelet op het voorgaande, vraagt de Raad de adviesaanvrager om zich in de toekomst aan de in herinnering gebrachte regel te conformeren

Artikel 5 (ontworpen artikel III 15)

10.1. Artikel 5 van het ontwerp strekt ertoe de duur van de proeftijd voor *statutaire* en *contractuele* personeelsleden te regelen. Daarbij is er van uitgegaan dat de wet van 3 juli 1978 'betreffende de arbeidsovereenkomsten' nog in een arbeidsrechtelijke proeftijd voorziet. Echter, deze arbeidsrechtelijke proeftijd werd met ingang van 1 januari 2014 afgeschaft bij de wet van 26 december 2013 'betreffende de invoering van een eenheidsstatuut tussen arbeiders en bedienden inzake de opzeggingstermijnen en de carenzdag en begeleidende maatregelen'.[3]

Blijkens de memorie van toelichting bij de wet van 26 december 2013 wordt de afschaffing van de proeftijd als volgt verantwoord:

> "Afschaffing van de proeftijd (artikelen 13, 18, 19, 20, 28, 41, 42, 49, 55, 58 en 59)
>
> Deze bepalingen schaffen onder meer de proeftijd af voor alle arbeidsovereenkomsten geregeld door de wet van 3 juli 1978, met uitzondering van de overeenkomst voor tewerkstelling van studenten.
>
> De nieuwe algemene regeling over de opzeggingstermijnen bij ontslag bepaald door artikel 3 voorziet relatief korte termijnen tijdens het eerste jaar van tewerkstelling van de werknemer. Gedurende deze periode variëren zij, bij ontslag door de werkgever, tussen twee en zeven weken en, bij ontslag door de werknemer, tussen één en twee weken.
>
> De korte duur van deze nieuwe termijnen, van toepassing op de verschillende arbeidsovereenkomsten geregeld door de wet van 3 juli 1978, ontneemt immers de bestaansreden van de proeftijd.
>
> Zoals men weet zijn de huidige regels gebaseerd op het idee dat het van belang is om de partijen bij een arbeidsovereenkomst toe te laten om tijdens de beginfase van de arbeidsrelatie te beoordelen of deze voldoet aan hun respectievelijke verlangens en verwachtingen en, in voorkomend geval, om op korte termijn een einde te maken aan de arbeidsrelatie.
>
> Op dit ogenblik varieert de duur van de proeftijd van werklieden tussen zeven en veertien dagen. Gedurende deze periode kan elk van de partijen de arbeidsovereenkomst beëindigen zonder termijn noch vergoeding na de minimale periode van de eerste zeven dagen. Voor de bedienden varieert de duur van de proeftijd tussen een maand en zes of twaalf maanden. Gedurende deze periode kan elk van de partijen de arbeidsovereenkomst beëindigen met een opzeggingstermijn van zeven dagen (of een overeenkomstige opzeggingsvergoeding) na de minimale periode van de eerste maand.
>
> In het nieuwe systeem zullen de partijen bij de arbeidsovereenkomst de eerste momenten van de arbeidsrelatie nog steeds kunnen beschouwen als een periode om de kwaliteit van hun professionele samenwerking te beoordelen. Als blijkt dat deze geen genoegdoening geeft, zullen zowel de werkgever als de werknemer eenzijdig de arbeidsovereenkomst kunnen verbreken door gebruik te maken van voormelde korte opzeggingstermijnen.
>
> Dientengevolge worden de algemene normen die de proeftijd regelen in de arbeidsovereenkomst voor werklieden (art. 48), de arbeidsovereenkomst voor bedienden

[3] *BS* 31 december 2013.

(art. 67 en 81) en de arbeidsovereenkomst voor dienstboden (art. 109 en 117) respectievelijk opgeheven door de artikelen 28, 41, 49, 55 en 58."[4]

10.2. De aangelegenheid van het arbeidsrecht is een aan de federale overheid voorbehouden materie (artikel 6, § 1, VI, vijfde lid, 12°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980) zodat het de gemeenschappen en de gewesten niet toekomt een proeftijd terug in te voeren, ook niet ten aanzien van het contractueel personeel dat zij zelf in dienst hebben of dat in dienst is van instellingen of organismen die rechtstreeks of onrechtstreeks onder hun controle staan.[5]

Bovendien dient rekening te worden gehouden met artikel 6 van de wet van 3 juli 1978, dat bepaalt dat alle met de bepalingen van die 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.

Artikel 5 van het ontwerp dient in het licht hiervan te worden herwerkt. Een mogelijkheid kan erin bestaan een evaluatieperiode en -moment in te lassen om de kwaliteit van de professionele samenwerking te beoordelen zonder dat deze evenwel gevolgen kan hebben, in een voor de werknemer nadelige zin, op de opzegtermijnen zoals die bij de wet van 26 december 2013 werden herzien.

10.3. Bovendien lijkt het raadzaam dat de stellers van het ontwerp niet enkel hoofdstuk III ("De proeftijd, evaluatie in de proeftijd en gevolgen") van deel III ("Rekrutering en selectie van het personeel") doch ook de andere bepalingen van het VPS, in het licht van de voormelde gewijzigde federale arbeidsregeling, aan een bijkomend onderzoek onderwerpen. Immers, ook in andere bepalingen van het VPS wordt er gewag gemaakt van een proeftijd die door contractuele personeelsleden moet worden doorlopen (bijvoorbeeld artikel V 9, § 1ter, tweede lid, in fine, van het VPS).

Artikel 8 (ontworpen artikel V 9)

11.1. Zowel in het ontworpen artikel V 9, § 1bis, vijfde lid, als in het ontworpen artikel V 9, § 2, vijfde lid, van het VPS wordt gewag van gemaakt een "termijn van vijftien kalenderdagen, vanaf de dag die volgt op de betekening van het eindevaluatieverslag" waarbinnen de ambtenaar gebruik dient te maken van zijn recht om te worden gehoord. Het is evenwel onduidelijk wat wordt bedoeld met het begrip "betekening": is dit de dag van verzending of de dag van ontvangst?

Om nadere toelichting gevraagd, stelde de gemachtigde wat volgt:

"Voor de vaststelling van de inhoud van dit begrip baseren we ons op het advies van de Raad van State nr. A. 64.622/IX-9-1186 dd 26 juni 2006 inzake niet betwiste aangelegenheden. Uit dit advies blijkt dat de inhoud van het begrip en de daaraan

[4] *Parl.St.* Kamer 2013-14, nr. 53-3144/001, 28-29.

[5] J. VELAERS, *De Grondwet en de Raad van State, afdeling Wetgeving*, Antwerpen, Maklu, 1999, 771, nr. 85.

gekoppelde ingang van de beroepstermijn afhangt van de wijze waarop het negatieve evaluatieverslag aan het betrokken personeelslid werd betekend:

- In geval van betekening bij aangetekende brief met afgiftebewijs en met bericht van ontvangst, vindt de kennisneming van het evaluatieverslag plaats op de dag van de aftekening voor ontvangst. De beroepstermijn van 15 kalenderdagen vangt aan daags na de aftekening voor ontvangst van deze zending.

- In geval van kennisgeving bij aangetekende brief met afgiftebewijs, doch zonder bericht van ontvangst, wordt de kennisneming van het evaluatieverslag vermoed plaats te vinden de werkdag volgend op deze waarop de brief aan de post wordt toevertrouwd. Dit vermoeden is weerlegbaar. De dag waarop de brief aan de post is toevertrouwd blijkt uit het afgiftebewijs. De beroepstermijn vangt in beginsel aan twee dagen na de afgifte.

- In geval van kennisgeving bij gewone brief, wordt de kennisneming van het evaluatieverslag vermoed plaats te vinden de werkdag volgend op deze waarop de brief door de post wordt verzonden. Dit vermoeden is weerlegbaar. De dag waarop de brief wordt verzonden, blijkt uit de datum van poststempel figurerend op de briefomslag. De beroepstermijn vangt in beginsel aan twee dagen na de verzending.

- In geval van kennisgeving per bode met bericht van ontvangst, vindt de kennisneming van het evaluatieverslag plaats op de dag van de aftekening voor ontvangst. De beroepstermijn vangt aan daags na de aftekening voor ontvangst van deze zending."

Aangezien het begrip "betekening" op verschillende manieren kan worden ingevuld en er in het VPS in verscheidene andere artikelen uitgegaan wordt van de ontvangst van een welbepaalde beslissing (bijvoorbeeld de artikelen VIII 10, § 1bis, VIII 13, VIII 14, VIII 16, eerste lid, en VIII 21, § 4, tweede lid, van het VPS (tuchtprocedure) en de artikelen IV , § 3, IV 6, tweede lid, en IV 8, §§ 2 en 3, van het VPS (evaluatieprocedure)), verdient het, in het licht van een gelijke behandeling, nu ook de ontworpen maatregelen kunnen leiden tot het beëindigen van de uitoefening van de betrokken functie, aanbeveling om in het ontwerp, zowel wat het ontworpen artikel V 9, § 1bis, vijfde lid, als wat het ontworpen artikel V 9, § 2, vijfde lid, betreft, het woord "betekening" te vervangen door de woorden "dag van ontvangst".

11.2. Gelet op de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, zal moeten kunnen worden verantwoord waarom er voor de ambtenaren op proef voor een management- en projectleiderfunctie van N-niveau en voor de functie van algemeen directeur geen georganiseerd administratief beroep openstaat.

Artikel 13 (ontworpen artikel V 39)

12. Ook in het ontworpen artikel V 39 worden de begrippen "betekend" en "betekening" gehanteerd. Zoals hiervoor *sub* 11.1 is opgemerkt, verdient het ook hier aanbeveling deze begrippen nauwkeuriger te verwoorden omdat het onduidelijk is of het begrip "betekend" slaat op "de datum van verzending", dan wel op "de datum van ontvangst".

Daarnaast dient te worden vastgesteld dat, wat de uitoefening van het hoorrecht betreft, zowel in het ontworpen artikel V 9, § 1*bis*, vijfde lid, als in het ontworpen artikel V 9, § 2, vijfde lid, van het VPS (artikel 8 van het ontwerp) gewag wordt gemaakt van een termijn van "vijftien kalenderdagen, *vanaf de dag die volgt op de betekening* van het

eindevaluatieverslag", terwijl, met betrekking tot de uitoefening van het hoorrecht, in het ontworpen artikel V 39 van het VPS (artikel 13 van het ontwerp) een termijn van "15 kalenderdagen *na de betekening* van het eindevaluatieverslag" wordt gehanteerd.

Beide termijnen dienen bij voorkeur op elkaar te worden afgestemd.

Artikelen 19 en 20 (ontworpen artikelen VI 11 en VI 12)

13.1. De ontworpen regeling die het voorwerp is van de artikelen 19 en 20 van het ontwerp strekt ertoe de regeling inzake de herplaatsing van ambtenaren aan te passen. De herplaatsing geschiedt in beginsel zonder verandering van graad behoudens in die gevallen waarin de herplaatsing plaats vindt om persoonlijke of functionele redenen waarbij de betrokkene kan worden herplaatst in een andere graad van dezelfde rang of, nog, de herplaatsing gebeurt om medische redenen in welk geval de betrokkene kan worden herplaatst in een graad van een lagere rang. De ontworpen regeling strekt ertoe om de herplaatsing mogelijk te maken (om dezelfde redenen als in de huidige regeling) naar om het even welke gelijke of lagere graad.[6] Een herplaatsing naar een functie in een lagere rang zal evenwel enkel mogelijk zijn om medische redenen of wanneer het herplaatsingsbureau vaststelt dat de ambtenaar "niet langer geschikt is" om functies uit te oefenen van dezelfde rang en de ambtenaar hiermee akkoord gaat.

Evenwel, uit artikel VI 12, § 6, van het VPS, dat ongewijzigd blijft, dient te worden afgeleid dat finaal aan het akkoord van de ambtenaar kan worden voorbijgegaan "[a]ls de ambtenaar tweemaal een aangeboden betrekking weigert". Immers, in dat geval, "wordt hij ambtshalve herplaatst naar de eerstvolgende betrekking, die hem wordt aangeboden". Uit niets blijkt dat de betrokken ambtenaar bij ambtshalve herplaatsing het recht heeft om te worden gehoord, zelfs niet wanneer hij wordt herplaatst naar een lagere graad met inbegrip van een herplaatsing naar een lagere graad van een lagere rang in hetzelfde niveau of, zelfs, een lager niveau.

13.2. Ook al wordt de herplaatsing in de fase die het ambtshalve optreden voorafgaat omkaderd onder meer door tussenkomst van het herplaatsingsbureau van Jobpunt Vlaanderen met een aanmeldingsgesprek, een intakegesprek en een opvolgingsgesprek, het afleggen van psychotechnische proeven, een interview en een persoonlijkheidsvragenlijst, hetgeen moet resulteren in de opmaak van een rapport, zulks neemt niet weg dat de ambtshalve herplaatsingsmaatregel die gepaard gaat met een verlaging in graad een zwaarwichtige maatregel is met nadelige gevolgen voor het betrokken personeelslid. In de toelichting bij de ontworpen regeling wordt daaromtrent nog wat volgt vooropgesteld:

> "Voortaan (...) herplaatsing (om dezelfde redenen als in de huidige regeling) mogelijk [wordt] naar om het even welke gelijke of lagere graad. Dit betekent dus ook naar een graad van een andere rang of naar een graad van een lagere rang in hetzelfde

[6] In de toelichting bij artikel 19 van het ontwerp wordt daarover het volgende vooropgesteld: "Voortaan wordt herplaatsing (om dezelfde redenen als in de huidige regeling) mogelijk naar om het even welke gelijke of lagere graad. Dit betekent dus ook naar een graad van een andere rang of naar een graad van een lagere rang in hetzelfde niveau of een lager niveau. Dit is de essentie van herplaatsing. De mogelijkheid wordt voorzien om personeelsleden die niet meer (kunnen) functioneren op een bepaald niveau, rang of graad te herplaatsen naar een lager 'niveau' omdat dit beter in overeenstemming is met het jobprofiel."

niveau of een lager niveau. Dit is de essentie van herplaatsing. De mogelijkheid wordt voorzien om personeelsleden die niet meer (kunnen) functioneren op een bepaald niveau, rang of graad te herplaatsen naar een lager 'niveau' omdat dit beter in overeenstemming is met het jobprofiel."

Naast medische redenen kan het personeelslid worden herplaatst wanneer het herplaatsingsbureau vaststelt dat het personeelslid "niet langer geschikt is om functies uit te oefenen van dezelfde rang", wat een ruime, open en vage norm is waarbij het bovendien onduidelijk is (de "niet-geschikte" manier van dienen[7]) of het al dan niet gaat of kan gaan om een in hoofde van de betrokkene verwijtbaar gedrag. In ieder geval zal daarover verschil van inzicht en dus betwisting kunnen ontstaan. Ook al strekt een herplaatsingsmaatregel tot de goede werking van de dienst en betreft het in beginsel geen strafmaatregel, noch een tuchtmaatregel, en ook al wordt dergelijke ordemaatregel als louter administratief voorgesteld, toch is ze een ernstige maatregel voor de persoon die het voorwerp ervan is. Die maatregel moet dus steeds gebaseerd zijn op motieven die in concreto beoordeeld worden, hetgeen betekent dat de betrokken maatregel slechts kan worden genomen na afweging van alle betrokken belangen met inbegrip van de belangen van het betrokken personeelslid. Op het ogenblik dat wordt overwogen om jegens een personeelslid een ambtshalve herplaatsingsmaatregel te nemen met dergelijke zwaarwichtige gevolgen (verlaging in graad, rang of niveau), dient precies omwille van het zwaarwichtige en het ingrijpende karakter ervan het hoorrecht in acht te worden genomen zodat het betrokken personeelslid de kans krijgt om op nuttige wijze zijn standpunt uiteen te zetten alvorens de daartoe bevoegde overheid tot die ambtshalve maatregel beslist. Dit klemt des te meer omdat het niet steeds duidelijk zal zijn of het "niet (langer) geschikt" zijn voor de functie al dan niet gestoeld is op een gedrag dat de betrokkene wordt verweten of aan hem kan worden toegerekend.

De ontworpen regeling dient op dat punt te worden aangevuld.

Artikelen 25 tot 28 (ontworpen artikelen VI 30bis tot VI 30quinquies)

14. Met de bij de artikelen 25 tot 28 van het ontwerp wordt beoogd het toepassingsgebied van de externe mobiliteit te verruimen tot de vastbenoemde personeelsleden uit de onderwijssector, hetgeen inhoudt dat de betrokkene minstens 720 dagen dienstanciënniteit heeft verworven waarvan minstens 600 dagen effectief werden gepresteerd. Uit de toelichting bij deze bepalingen blijkt dat de vastbenoemde personeelsleden uit de onderwijssector geen ambtenaren zijn.

Daartoe wordt met de ontworpen regeling in hoofdstuk 2bis "Externe Mobiliteit" van titel 4 ("Mobiliteit") van deel VI ("De administratieve loopbaan") telkens een onderscheid gemaakt tussen, enerzijds, de "ambtenaar van de externe overheid" en, anderzijds, het "vastbenoemde personeelslid uit de onderwijssector". De stellers van het ontwerp maken dit onderscheid evenwel enkel wat de ontworpen artikelen VI 30*bis* tot VI 30*quinquies* betreft. Echter, ook in andere artikelen van voormeld hoofdstuk 2bis worden de begrippen "ambtenaar" (bijvoorbeeld in de artikelen VI 30sexies, VI 30*octies*, § 1, eerste lid, VI 30*decies* en

[7] Zie, in dat verband, I. OPDEBEEK, "Hoofdstuk 5. De hoorplicht", in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, in *Administratieve Rechtsbibliotheek*, Brugge, die Keure, 2006, p. 258, nr. 339.

VI 30*duodecies*) en “de externe overheid waartoe de ambtenaar behoort” (bijvoorbeeld in artikel VI 30*novies*, eerste lid) gehanteerd, zodat de stellers van het ontwerp dienen na te gaan of deze bepalingen ook geen aanpassing behoeven, rekening houdende met het verruimde toepassingsgebied van dit hoofdstuk 2*bis*.

Artikelen 29 en 33 (ontworpen artikelen VI 32, VI 37*bis* en VI 37*ter*)

15.1. Artikel 29 van het ontwerp strekt ertoe in de mogelijkheid te voorzien voor contractuele personeelsleden die geslaagd zijn voor een objectief wervingssysteem met algemene bekendmaking om, zoals de statutaire ambtenaren, aan een bevorderingsprocedure deel te nemen. In de toelichting bij deze bepaling wordt benadrukt dat de voorwaarde van het aangeworven zijn op basis van een objectief wervingssysteem met algemene bekendmaking aldus op gelijke wijze voor de statutaire en de contractuele personeelsleden geldt hetgeen, luidens die toelichting, inhoudt dat “[h]et contractueel personeelslid (...) bijgevolg enkel [kan] bevorderen als het in dienst kwam met een selectieprocedure zoals voor de statutaire personeelsleden geldt, dit wil zeggen met de nodige waarborgen inzake gelijke behandeling, verbod van willekeur, onafhankelijkheid en onpartijdigheid (art. III 6 VPS), met algemene aankondiging van de selectieprocedure (III 7), het opstellen van een selectiereglement (III 9), waarbij de generieke en functiespecifieke competenties getest worden (III 8), en de lijnmanager op basis van deze procedure de meest geschikte kandidaat voor de functie kiest (III 10)”.

15.2. Vooreerst kan worden vastgesteld dat de overheid wanneer zij gebruik maakt van de privaatrechtelijke techniek van de arbeidsovereenkomst, onderworpen blijft aan het grondwettelijke gelijkheidsbeginsel wat de keuze van haar wederpartij betreft, zodat het vereiste van aanwerving van contractuele *personeelsleden* op basis van een objectief wervingssysteem met algemene bekendmaking hierbij aansluit. Bovendien wordt zo ook aansluiting gezocht bij artikel 9, §§ 2 en 3, van het 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 op de publiekrechtelijke rechtspersonen die ervan afhangen’ (hierna: APKB). Dit artikel, dat weliswaar enkel betrekking heeft op de aanwervingsprocedure van statutaire personeelsleden, blijft *in casu* immers relevant. Daarin wordt bepaald dat de selectieprocedures voor vacante betrekkingen “ten minste in het Belgisch Staatsblad [worden] gepubliceerd” met inachtneming van een redelijke termijn tussen de publicatie van de vacature en de uiterste datum van kandidaatstelling (artikel 9, § 2, van het APKB) en dat het statuut de procedure, de wijze van vaststelling van de wervings- en selectieproeven en criteria, evenals de bekendmaking ervan, dient te regelen. De werving en de selectie geschiedt in ieder geval op grond van een objectief wervingssysteem dat, naar vorm en inhoud, de nodige waarborgen biedt inzake gelijke behandeling, verbod van willekeur, onafhankelijkheid en onpartijdigheid (artikel 9, § 3, van het APKB).

Hoewel de aanwerving van contractuele personeelsleden via een objectief wervingssysteem met algemene bekendmaking inderdaad vergelijkbaar is met de aanwerving van statutaire personeelsleden, bestaat er in dat geval tussen de aanwerving van contractuele

personeelsleden en statutaire personeelsleden mogelijks nog een verschil, namelijk daar waar er voor de aanwerving van statutaire personeelsleden ten behoeve van de Vlaamse ministeries verplicht een beroep moet worden gedaan op bemiddeling door SELOR met toepassing van artikel 87, § 2, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980, terwijl deze verplichting niet bestaat voor de aanwerving van contractuele personeelsleden.[8]

Enkel wanneer kan worden aangetoond dat de selector die de vergelijkende selecties voor generieke en specifieke functies organiseert via voormeld objectief wervingssysteem gelijk(w)aardige waarborgen inzake gelijke behandeling, verbod van willekeur, onafhankelijkheid en onpartijdigheid biedt in vergelijking met de waarborgen die door SELOR worden geboden, lijkt er van uit te kunnen worden gegaan dat artikel 29 van het ontwerp de toets aan de artikelen 10 en 11 van de Grondwet zou kunnen doorstaan. De grondwettelijke beginselen van de gelijkheid en de niet-discriminatie vereisen immers dat aan eenieder een gelijke toegang tot het openbaar ambt (en dus eveneens tot een bevorderingsfunctie) wordt gewaarborgd. Dit beginsel verplicht de overheid ertoe om op een objectieve wijze de aanspraken van de verschillende kandidaten te vergelijken en zowel bij indienstneming als bij bevordering de voorrang te geven aan diegene die vanuit het oogpunt van het algemeen belang de meest geschikte kandidaat is.[9]

15.3. Artikel 33 van het ontwerp (ontworpen artikel VI 37*ter*) strekt ertoe te bepalen dat Jobpunt Vlaanderen optreedt als selector voor de bevordering naar het hogere niveau en bij de ministeries tevens voor de bevordering binnen het niveau en naar het hogere niveau.

In de toelichting bij deze bepaling wordt in dat verband wat volgt vooropgesteld:

> "Gelet op de juridische verplichting van de BWHI om SELOR te betrekken als partner in het recruteringsproces voor de statutaire wervingen in de ministeries (departementen en intern verzelfstandigde agentschappen zonder rechtspersoonlijkheid) wordt bepaald dat de bemiddeling van Jobpunt nodig is bij alle bevorderingen in de ministeries. Dit betekent dat voor de bevorderingen binnen het niveau bij de ministeries de MOD of personeelsfunctie niet langer kan optreden als selector. De entiteiten buiten het ministerie kunnen met een selector naar keuze (desgevallend personeelsfunctie zelf) werken voor de bevordering binnen het niveau.
>
> Voor de bevordering naar het hogere niveau was Jobpunt reeds de selector voor het geheel van de diensten van de Vlaamse overheid. De afwijking die er mogelijk was om bij beleidsdomeinspecifieke bevorderingsvacatures geen beroep te doen op Jobpunt vervalt bij de ministeries aangezien men de vacature verplicht moet openstellen voor zowel statutaire als contractuele personeelsleden en het voor contractuele personeelsleden bij bevordering om een eerste tewerkstelling in statutair verband gaat."

Er dient te worden opgemerkt dat waar artikel 87, § 2, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 weliswaar niet van toepassing is op de werving van contractuele

---

[8] B. WEEKERS, "Personeel en organisatie", in G. VAN HAEGENDOREN en B. SEUTIN (ed.), *De bevoegdheidsverdeling in het federale België*, Brugge, die Keure, 2003, p. 38, nr. 13.

[9] Zie bijv. adv.RvS 39.103/3 van 4 oktober 2005 over een voorontwerp dat heeft geleid tot het decreet van 31 maart 2000 'tot overname van personeelsleden van VZW Info-Toerisme door het Intern Verzelfstandigd Agentschap Toerisme Vlaanderen', *Parl.St.* Vl.Parl. 2005-06, 643/1; zie ook RvS 26 juni 1996, nr. 60.526, Messens.

personeelsleden,[10] de tussenkomst van SELOR, overeenkomstig datzelfde artikel 87, § 2, wel degelijk is vereist op het ogenblik dat de contractuele personeelsleden voor het eerst toegang krijgen tot (en dus zullen worden benoemd in) een statutair bevorderingsambt bij de diensten van de Vlaamse Regering. Artikel 87, § 2, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 vereist, wat de diensten van de Vlaamse Regering betreft, 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 Vlaamse Regering in te vullen.[11] De rol van Jobpunt Vlaanderen kan derhalve niet slaan op de "bemiddeling" zelf.[12] Een wervingsprocedure georganiseerd door Jobpunt, zelfs indien in een samenwerking met SELOR wordt voorzien doch deze laatste elke inrichtingsbevoegdheid zou ontberen, beantwoordt niet aan de verplichte tussenkomst van SELOR zoals bepaald in artikel 87, § 2, van de bijzondere wet. Er zal dan ook moeten worden op toegezien dat overeenkomstig artikel 87, § 2, van de bijzondere wet de tussenkomst van SELOR op het vlak van zijn inrichtingsbevoegdheid gegarandeerd blijft zodat de gelijkwaardigheid bij de toegang van statutaire ambtenaren en contractuele personeelsleden tot de bevorderingsambten bij de diensten van de Vlaamse Regering wordt gewaarborgd.

15.4. Aangezien het voor contractuele personeelsleden om een eerste aanwerving gaat in een statutair (bevorderings)ambt, zullen zij met het oog op hun vaste benoeming een proeftijd met gunstig gevolg moeten doorlopen zoals bepaald bij (het ontworpen) artikel III 15 van het VPS. Het verdient aanbeveling, desgevallend door de techniek van de verwijzing, dit ten behoeve van de betrokken personeelsleden in de tekst van het ontworpen artikel VI 37*ter* te verduidelijken, evenals welke gevolgen er zijn verbonden aan een negatieve eindevaluatie van de proefperiode, in het bijzonder ook ten aanzien van hun vroegere contractuele rechtspositie en de toepassing van artikel III 19 van het VPS.

15.5. De vraag rijst of deze bevorderingsmogelijkheid ook toegankelijk mag zijn voor contractuele personeelsleden die wel geslaagd zijn voor een objectief wervingssysteem met algemene bekendmaking, maar van wie het selectiereglement voor de contractuele functie niet vermeldt dat deze selectie toegang geeft tot een latere bevorderingsprocedure.

In de toelichting bij artikel 29 van het ontwerp (ontworpen artikel VI 32) wordt verduidelijkt dat het openstellen van de loopbaan voor contractuele personeelsleden onder bepaalde voorwaarden een generieke beleidskeuze is in het VPS. Met toepassing van het veranderlijkheidsbeginsel kan worden verantwoord dat dergelijke nieuwe beleidskeuze wordt gemaakt en dat ook contractuele personeelsleden (die vóór de inwerkingtreding van het te nemen besluit werden aangeworven) de kans moeten krijgen om deel te nemen aan een bevorderingsprocedure, op voorwaarde uiteraard dat zij moeten zijn geslaagd voor een objectief wervingssysteem met algemene bekendmaking om te kunnen deelnemen aan een bevorderingsprocedure om in een (statutair) bevorderingsambt te worden bevorderd. Het gegeven dat het selectiereglement voor de contractuele functie niet vermeldde dat deze selectie toegang geeft (of, beter, zou geven) tot een latere bevorderingsprocedure, lijkt daarbij niet

[10] RvS 16 december 2008, nr. 188.837, Godard (*in fine*); RvS 19 april 2010, nr. 203.044, Zeeuws; RvS 15 maart 2011, nr. 212.043, Aerts.

[11] Zie GwH 1 juni 2005, nr. 96/2005, B.10 tot B.12.3.

[12] In de toelichting bij het ontworpen artikel VI 37*ter* wordt nochtans uitdrukkelijk gewag gemaakt van "de bemiddeling van Jobpunt (…) bij alle bevorderingen in de ministeries".

doorslaggevend. Bovendien, wanneer het aantal personen dat de kans krijgt (om met inachtneming van de gestelde voorwaarden) te kandideren voor een vacante bevordering toeneemt, dan vergroot dit de kans op het vinden van de meest geschikte kandidaat voor die welbepaalde functie, wat het algemeen belang ten goede komt.

Het transparantiebeginsel (en het rechtszekerheidsbeginsel) vereist daarentegen wel dat er vanaf de inwerkingtreding van het te nemen besluit bij de (toekomstige) selectie van contractuele personeelsleden steeds uitdrukkelijk gewag van wordt gemaakt of deze personeelsleden in de toekomst al dan niet zullen kunnen deelnemen aan een (statutaire) bevorderingsprocedure. Kandidaten voor die selectie zullen op die wijze van bij het begin zicht hebben op de toekomstperspectieven die de betrokken functie al dan niet biedt.

15.6.1. Zoals *sub* 15.3 is opgemerkt, strekt artikel 33 van het ontwerp *(*ontworpen artikel VI 37*ter*) ertoe te bepalen dat Jobpunt Vlaanderen zowel bij de bevordering van statutaire personeelsleden als bij de bevordering van contractuele personeelsleden optreedt als selector voor de bevordering naar het hogere niveau en bij de ministeries tevens voor de bevordering binnen het niveau en naar het hogere niveau.

Jobpunt Vlaanderen heeft, overeenkomstig artikel 3, § 1, 1°, 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’ onder meer tot taak “in [te] staan voor de uitvoering van opdrachten inzake werving, selectie en bevordering van statutair en contractueel overheidspersoneel welke haar worden toevertrouwd door haar leden”.

Overeenkomstig artikel 3, § 2, 1°, van datzelfde decreet is Jobpunt Vlaanderen exclusief bevoegd voor “de taken vermeld in artikel 3, § 1, 1°, die het agentschap uitoefent ten behoeve van de Vlaamse ministeries, wat betreft de statutaire personeelsleden”. Omdat de bevordering van een contractueel personeelslid in een (statutair) bevorderingsambt dient te worden beschouwd als een eerste aanwerving in statutair verband, kan worden aanvaard dat Jobpunt Vlaanderen, wat de diensten van de Vlaamse Regering betreft, ook in dat verband over een exclusief recht beschikt dat haar door de decreetgever is toegekend.

Wat echter de bevordering van contractuele en statutaire personeelsleden buiten de diensten van de Vlaamse Regering betreft, beschikt Jobpunt Vlaanderen niet over een exclusief decretaal recht.

15.6.2. In advies nr. 44.432/3 van 13 mei 2008[13] merkte de afdeling Wetgeving in dat verband wat volgt op:

[13] Adv.RvS 44.432/3 van 13 mei 2008 over een voorontwerp dat heeft geleid tot het decreet van 12 december 2008 ‘tot 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 en het 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’, *Parl.St.* Vl.Parl. 2007-08, nr. 1827/1, 22-25.

"4.1. Hoewel in het ontwerp van decreet enkel de taken worden bepaald van het agentschap, en als zodanig de Vlaamse overheid en de vennoten niet verplicht worden om een beroep te doen op het agentschap, blijkt evenwel uit de verklaringen van de gemachtigde dat het de bedoeling is dat de Vlaamse overheid voor bepaalde taken effectief een beroep zal doen op het agentschap, reden waarom decretaal wordt voorzien in het toekennen van een dotatie aan het agentschap (zie het ontworpen artikel 5*bis* van het decreet van 2 maart 1999), zodat de vraag naar de conformiteit met de regelgeving op de overheidsopdrachten toch kan rijzen.

Uit de memorie van toelichting valt eveneens af te leiden dat de achterliggende bedoeling van het decreet is om de structuren van het agentschap aan te passen, om rekening te houden met die regelgeving. In de artikelsgewijze bespreking bij artikel 3 van het ontwerp wordt dienaangaande uitdrukkelijk bepaald:

'Gelet op de Europese Richtlijn met betrekking tot overheidsopdrachten wordt de Vlaamse Vereniging voor Steden en Gemeenten geschrapt als vennoot'[14].

4.2. Ook hier dient, wat de toepassing van de regelgeving inzake overheidsopdrachten betreft, te worden herinnerd aan de opmerkingen die de Raad van State dienaangaande heeft gemaakt in het voornoemde advies 44.250/3 en luidende als volgt:

> '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[15].
>
> 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[16].
>
> 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[17] ,
>
> - deze persoon het merendeel van zijn activiteiten verricht ten behoeve van de aanbestedende overheid of overheden[18], en,

---

[14] *Voetnoot 3 uit het geciteerde advies*: Memorie van toelichting, p. 2.

[15] *Voetnoot 3 uit advies 44.250/3*: 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.

[16] *Voetnoot 4 uit advies 44.250/3*: 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.

[17] *Voetnoot 5 uit advies 44.250/3*: 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.

[18] *Voetnoot 6 uit advies 44.250/3*: 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

- 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.

Bij decreet van 7 mei 2004[19] wordt Jobpunt Vlaanderen omgevormd tot het privaatrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigd Vlaams Agentschap voor Rekrutering en Selectie[20].

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'.

4.3.1. Met het ontworpen decreet lijkt gedeeltelijk tegemoet te worden gekomen aan de opmerkingen die de Raad van State in advies 44.250/3 heeft geformuleerd met verwijzing naar de rechtspraak van het Hof van Justitie, nu de Vlaamse Vereniging voor Steden en Gemeenten niet langer meer vennoot zal zijn van het agentschap en het agentschap alzo geen privaatrechtelijke deelgenoten meer zal kennen.

4.3.2. Blijft echter nog de vraag of de Vlaamse overheid op het agentschap een toezicht of controle kan uitoefenen zoals op haar eigen diensten.

---

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.

[19] *Voetnoot 7 uit advies 44.250/3*: 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.

[20] *Voetnoot 8 uit advies 44.250/3*: 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.

Voor zover de Raad van State heeft kunnen nagaan, blijkt dit niet het geval te zijn, zodat het toevertrouwen aan het agentschap van een bijna exclusieve, minstens bevoorrechte rol inzake de bemiddeling en de begeleiding voor de selectie van het personeel van de Vlaamse overheid daardoor op gespannen voet blijft staan met de regelgeving inzake overheidsopdrachten.

Om hieraan tegemoet te komen, zou de decreetgever zelf in een meer sluitend toezicht en sluitende controle dienen te voorzien, opdat de Vlaamse overheid op het agentschap een toezicht of controle kan uitoefenen zoals op haar eigen diensten."

15.6.3. Weliswaar kan worden opgemerkt dat het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft erkend dat "het toezicht zoals op de eigen diensten" ook een gezamenlijk (uitgeoefend) toezicht kan zijn dat uitgeoefend wordt door de in het samenwerkingverband deelnemende vennoten.[21] Het blijft evenwel zo dat door het Hof van Justitie, geval per geval, rekening houdende met de concrete juridische en feitelijke omstandigheden van de samenwerking, wordt onderzocht of aan de voorwaarden van het Teckal-arrest[22] is voldaan en dus ook of aan het vereiste van het effectieve toezicht in hoofde van de aanbestedende overheid die de opdracht aan het samenwerkingsverband toevertrouwt, daadwerkelijk is voldaan. De *sub* 15.6.2 aangehaalde opmerkingen blijven dan ook relevant.

15.7. In het ontworpen artikel VI 37*ter* van het VPS schrappe men de woorden "en naar het hogere niveau" nu zij niets toevoegen.

15.8. In hetzelfde ontworpen artikel VI 37*ter* van het VPS, zowel in het eerste als in het tweede lid, schrijve men, in lijn met artikel I 2, 2°, van het VPS, telkens "de Vlaamse ministeries" in plaats van "de ministeries".

15.9. Hoewel in de toelichting bij het ontworpen artikel VI 37*ter*, tweede lid, van het VPS wordt vooropgesteld dat "[d]e entiteiten buiten het ministerie (…) met een selector naar keuze (desgevallend de personeelsfunctie zelf) [kunnen] werken voor de bevordering binnen het niveau", blijkt zulks niet uit de tekst van het ontworpen artikel VI 37*ter*, tweede lid. Daarin wordt immers enkel bepaald dat voor functies buiten de Vlaamse ministeries die specifiek zijn voor een bepaald beleidsdomein of voor bepaalde entiteiten, raden of instellingen, de personeelsfunctie het vergelijkend overgangsexamen kan organiseren. Zo het inderdaad de bedoeling is ervoor te zorgen dat deze entiteiten de selector vrij kunnen kiezen voor de bevordering binnen het niveau, dient dit alsnog te worden verduidelijkt in de tekst zelf van het ontworpen artikel VI 37*ter*, tweede lid.

15.10. In de inleidende zin van artikel 33 van het ontwerp dient ten slotte te worden verduidelijkt dat de ontworpen artikelen VI 37*bis* en VI 37*ter* van het VPS zullen worden ingevoegd aan het einde van hoofdstuk 1 "Definitie en algemene bepalingen" van titel 5 ("Bevorderingen") van deel VI ("De administratieve loopbaan"), en niet aan het begin van hoofdstuk 2 "Bevordering binnen het niveau" van diezelfde titel 5.

---

[21] Zie onder meer HvJ 13 november 2008, nr. C-324/07 *Coditel Brabant NV*; HvJ 10 september 2009, nr. C-573/07, *Sea Srl v. Comune di Ponte Nossa*; HvJ 29 november 2012, nrs. C-182/11 en C-183/11, *Econord SpA v. Comune di Cagno en Comune di Varese* (C-182/11) en *Comune di Solbiate en Comune di Varese* (C-183/11). Zie ook RvS 27 november 2012, nr. 221.540, NV Cleaneleasefortex.

[22] HvJ 18 november 1999, nr. C-107/99, *Teckal Srl v. Comune de Viano e.a.*

Artikelen 42 tot 47 (ontworpen artikelen VI 53 tot VI 58)

16. Door de opheffing van artikel VI 58 van het VPS (artikel 47 van het ontwerp) is het onduidelijk op welk tijdstip de ambtenaar op proef (die is geslaagd voor een overgangsexamen of een competentieproef) wordt teruggeplaatst in zijn vorige graad (conform het ontworpen artikel VI 53, tweede lid, van het VPS – artikel 42 van het ontwerp).

Artikel 58 (ontworpen artikel VII 2)

17. In het ontworpen artikel VII 2, § 1, van het VPS wordt er telkens gewag gemaakt van “ervaring uit de private sector of als zelfstandige”, terwijl in het ontworpen artikel VII 2, § 3, de term “privé-ervaring” wordt gehanteerd. Het is raadzaam om in de tekst van de ontworpen bepaling te bepalen of met “privé-ervaring” enkel “ervaring uit de private sector” wordt bedoeld, dan wel – wat beter lijkt aan te sluiten met de bedoeling ervan – “ervaring uit de private sector of als zelfstandige”.

Artikelen 63 en 66 (ontworpen artikel VII 44*ter* en opheffing van artikel VII 80, § 2)

18. Noch uit de tekst van het ontworpen artikel VII 44*ter*, noch uit de toelichting erbij kan worden afgeleid of de toelage voor carpooling wordt berekend per meegenomen personeelslid, dan wel onveranderd vastgesteld wordt ongeacht het aantal meegenomen personeelsleden.

Hierover om toelichting gevraagd, antwoordde de gemachtigde wat volgt:

> “De carpooltoelage kan gevraagd worden voor elke keer dat aan carpooling wordt gedaan.
>
> Bij gebreke aan een bepaling dat de carpooltoelage per meegevoerde persoon wordt toegekend, is het voor de figuur ‘carpooling’ als zodanig. De definitie van carpooling is dat meerdere personen gebruik maken van één voertuig om een verplaatsing (woon-werk of dienstreis) te maken. Meerdere personen kan zowel 2 of meer zijn.
>
> Bij de invoering van carpooling als ‘vergoeding’ in het VPS bij besluit van de Vlaamse Regering van 8 maart 2002 tot wijziging van het Vlaams personeelsstatuut van 24 november 1993 wat de reis- en maaltijdvergoeding betreft (B.S. 10/7/2002) was dit evenmin gespecifieerd. Toen heeft de Raad van State daar geen opmerking over gemaakt. In een reglementaire tekst toevoegen dat de carpooltoelage wordt toegekend ongeacht het aantal meegenomen personen is overbodige regelgeving, gelet op de gangbare definitie van het begrip carpooling.”

Die uitleg overtuigt niet. Het is raadzaam de tekst op dit punt te verduidelijken. Het ontworpen artikel VII 44*ter*, eerste lid, zou als volgt kunnen worden geformuleerd:

“Art. VII 44*ter*. Het personeelslid dat voor een dienstreis gebruik maakt van een eigen voertuig, en *één of meerdere andere personeelsleden* meeneemt, ontvangt een toelage voor carpooling.”

Artikel 73 (vervanging van bijlage 4 bij het VPS)

19. Aangezien er bij het om advies voorgelegde ontwerp van besluit twee bijlagen zijn gevoegd, namelijk een eerste bijlage waarbij bijlage 4 bij het VPS wordt vervangen en een tweede bijlage die als bijlage 10 aan het VPS wordt toegevoegd, verdient het aanbeveling om in artikel 73 de woorden “die bij dit besluit is gevoegd” te vervangen door de woorden “die *als bijlage 1* bij dit besluit is gevoegd” (*cfr*. artikel 74).

Artikel 75

20.1. Artikel 75, inleidende zin, van het ontwerp strekt ertoe (de meeste van de bepalingen van) het te nemen besluit in werking te doen treden “op de eerste dag van de maand volgend op de datum van goedkeuring ervan”.

Er dient te worden opgemerkt dat een inwerkingtreding waarbij de datum van goedkeuring door de regering als uitgangspunt wordt genomen, dient te worden vermeden. Die regeling strookt niet met de vereisten inzake rechtszekerheid en transparantie: zolang het besluit door de Vlaamse Regering niet is bekendgemaakt weten de rechtzoekenden immers niet wanneer het besluit goedgekeurd werd en kunnen ze niet weten dat het besluit in werking is getreden, zodat het feitelijke retroactieve werking heeft, die dan ook nog zou moeten worden getoetst aan de beginselen die van toepassing zijn op de retroactieve werking van besluiten omdat dergelijke retroactieve werking in beginsel verboden is. Bovendien doet zulk een wijze van inwerkingtreding problemen rijzen ten aanzien van artikel 190 van de Grondwet naar luid waarvan “[g]een wet, geen besluit of verordening van algemeen, provinciaal of gemeentelijk bestuur (...) verbindend [is] dan na te zijn bekendgemaakt in de vorm bij wet bepaald”.

Tenzij er een specifieke reden bestaat om af te wijken van de gangbare termijn van inwerkingtreding voor besluiten bepaald bij artikel 84, 2°, eerste lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980, is een bepaling van inwerkingtreding overbodig.

20.2. Artikel 75 van het ontwerp strekt ertoe aan sommige bepalingen van het te nemen besluit retroactieve werking verlenen, hetgeen slechts onder bepaalde voorwaarden geoorloofd is, namelijk ingeval er voor de terugwerkende kracht een wettelijke grondslag bestaat, de terugwerkende kracht betrekking heeft op een regeling die, met inachtneming van het gelijkheidsbeginsel, voordelen toekent of in zoverre de retroactiviteit noodzakelijk is voor de continuïteit of de goede werking van het bestuur en erdoor, in beginsel geen verkregen situaties worden aangetast. Enkel indien de retroactiviteit van de betrokken bepalingen in één van de opgesomde gevallen valt in te passen, kan deze worden gebillijkt.

20.3. Gevraagd om toelichting waarom de carpooltoelage wordt ingevoerd vanaf 1 januari 2014 (artikel 75, 2°, van het ontwerp), antwoordde de gemachtigde het volgende:

“De carpooltoelage wordt ingevoerd vanaf 1/1/2014 om 3 redenen:

- de RSZ was na inspectiecontroles niet akkoord met de vergoeding waarop geen RSZ afgehouden wordt. Verder uitstel kon ten aanzien van de RSZ niet meer verantwoord worden.

- aangezien de DmFa-aangiften (RSZ) per kwartaal worden ingediend, was het ook om praktische redenen aanbevolen deze toelage op de eerste dag van een nieuw kwartaal te laten ingaan.

- op de carpooltoelage zal in tegenstelling tot de vergoeding ook bedrijfsvoorheffing worden ingehouden, m.a.w. de toelage komt op de fiscale fiche 281.10.

Om deze reden is het aan te bevelen deze toelage in te voeren bij de aanvang van een nieuw fiscaal inkomstenjaar."

Die verantwoording kan worden aanvaard. Het verdient evenwel aanbeveling om artikel 75, 2°, van het ontwerp aan te passen als volgt:

"2° de artikelen 63 en 66, *die uitwerking hebben* met ingang van 1 januari 2014;".

20.4. Om toelichting gevraagd waarom artikel 67 uitwerking heeft met ingang van 1 december 2012 (artikel 75, 3°, van het ontwerp), antwoordde de gemachtigde het volgende:

"Wat de compenserende toelage maaltijdcheques betreft het volgende. Het betreft een technische correctie.

In het sectoraal akkoord 2010 – 2012 is omtrent de compenserende toelage onder punt 3.7 het volgende bepaald:

'M.b.t. de nominale waarde van de maaltijdcheques wordt overeengekomen om de nominale waarde van de maaltijdcheques m.i.v. 1 december 2012 via verhoging werkgeversbijdrage op te trekken tot 7 euro. De meerkost voor de maand december die ingevolge de inwerkingtreding van het Rekendecreet per 1 januari 2012 toch op de begroting 2012 drukt i.p.v. ten laste te komen van de begroting 2013, zal door de entiteiten opgevangen worden binnen de kredieten 2012;

in samenhang daarmee de compenserende toelage m.i.v. 1 december 2012 uitdovend te maken ; dit impliceert dat de personeelsleden die vanaf die datum in dienst treden bij de betrokken entiteiten deze toelage niet meer zullen ontvangen;'

De compenserende toelage werd als uitdovende maatregel in het VPS ingevoerd in uitvoering van bovenvermeld sectoraal akkoord 2010 – 2012 (besluit van de Vlaamse Regering van 8 juni 2012 (B.S. 6 juli 2012)).

In het thans bij de Raad van State voorliggende ontwerpbesluit gaat het enkel om een technische correctie, waarbij verduidelijkt wordt dat de compenserende toelage behouden blijft totdat het personeelslid de entiteit vrijwillig verlaat of ontslagen wordt. Deze regel bestond reeds eerder bij de compenserende toelage voor de personeelsleden van ex-VLAO, maar werd hier vergeten.

Het is evident dat een technische correctie van een artikel op dezelfde datum uitwerking heeft als de datum waarop het artikel zelf in werking trad, m.a.w. 1 december 2012."

Ook deze verantwoording kan worden aanvaard.

20.5. Luidens artikel 75, 4°, van het ontwerp treedt artikel 69 van het te nemen besluit in werking "op de datum van het akkoord van de federale ministerraad". Om dezelfde redenen als opgemerkt *sub* 20.1 strookt ook deze regeling niet met de vereisten inzake rechtszekerheid en transparantie van de regelgeving.

Rekening houdende met hetgeen *sub* 4 is opgemerkt, is het beter om de Vlaamse minister, bevoegd voor het algemeen beleid inzake personeel en organisatieontwikkeling in de Vlaamse administratie, ermee te belasten om artikel 69 in werking te stellen zodra de federale ministerraad zijn akkoord heeft verleend.

Bijlage 1 (die bijlage 4 bij het VPS vervangt)

21. Het opschrift van de bijlage 1 die bij het om advies voorgelegde ontwerp is gevoegd, dient beter te worden afgestemd op het opschrift van het ontwerp. Om die reden schrappe men de woorden “, de raad van beroep”.

DE GRIFFIER DE VOORZITTER

Annemie GOOSSENS Jo BAERT