



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 60.622/3
van 9 januari 2017

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot wijziging van het Vlaams personeelsstatuut van 13 januari 2006, wat betreft de dienstreizen en andere bepalingen’

Op 8 december 2016 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Binnenlands Bestuur, Inburgering, Wonen, Gelijke Kansen en Armoedebestrijding verzocht binnen een termijn van dertig dagen 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 de dienstreizen en andere bepalingen’.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 27 december 2016. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Jan SMETS en Jeroen VAN NIEUWENHOVE, staatsraden, Bruno PEETERS, assessor, en Greet VERBERCKMOES, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Frederic EGGERMONT, auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 9 januari 2017.

*

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.¹

*

STREKKING EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

2. Het om advies voorgelegde ontwerpbesluit van de Vlaamse Regering strekt tot het aanbrengen van diverse wijzigingen aan het Vlaams Personeelsstatuut van 13 januari 2006 (hierna: VPS), onder meer om de regeling inzake de binnenlandse dienstereizen te vereenvoudigen en om een aantal bepalingen van het VPS af te stemmen op wijzigingen die zijn aangebracht aan de federale pensioenwetgeving.

3. Wat de toepassing betreft op de departementen van het Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap en op de intern verzelfstandigde agentschappen zonder rechtspersoonlijkheid, vindt het ontworpen besluit rechtsgrond in artikel 87, §§ 1 en 3, eerste lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’ en, bijkomend, in artikel 5 van het kaderdecreet bestuurlijk beleid van 18 juli 2003 (hierna: het kaderdecreet).

In zoverre het ontworpen besluit van toepassing is 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, in samenhang gelezen met de bepalingen van de oprichtingsdecreten van de genoemde agentschappen waarbij de bepalingen van het kaderdecreet erop van toepassing worden gemaakt.

In zoverre het ontworpen besluit van toepassing is 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’, in samenhang gelezen met de bepalingen van de oprichtingsdecreten van die raden waarbij de bepalingen van het kaderdecreet bestuurlijk beleid erop van toepassing worden gemaakt.

Wat betreft de toepassing op het personeel van de administratieve diensten van de Raad van het Gemeenschapsonderwijs, vindt het ontworpen besluit rechtsgrond in artikel 67, § 2, van het bijzonder decreet van 14 juli 1998 ‘betreffende het Gemeenschapsonderwijs’.

¹ Gelet op de aanhoudende overbevraging van de afdeling Wetgeving en de opgelegde termijn, heeft de Raad van State geen diepgaand onderzoek over elk van de bepalingen van het ontwerp kunnen verrichten, zelfs niet met betrekking tot de genoemde punten. Het advies dient dan ook met dit voorbehoud te worden gelezen.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 5

4. In het ontworpen artikel I 5, § 4, achtste lid, van het VPS (artikel 5, 3°, van het ontwerp) wordt ten voordele van contractuele personeelsleden met een arbeidshandicap die recht hebben op een langdurige loonkostensubsidie, afgeweken van artikel I 5, § 2, negende lid, van het VPS,² waardoor een onderscheid wordt gemaakt tussen twee categorieën van personeelsleden. Gevraagd naar de verantwoording van dit onderscheid in het licht van het grondwettelijke beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie, meer bepaald in het licht van de gelijke toegang tot het openbaar ambt, antwoordde de gemachtigde:

“Het betreft hier een aanpassing in de selectievoorwaarden voor personeelsleden met een arbeidshandicap die recht hebben op een langdurige loonkostensubsidie.

Volgens artikel 5 § 4 van het decreet van 8 mei 2002 houdende evenredige participatie op de arbeidsmarkt moet de Vlaamse overheid voorzien in redelijke aanpassingen voor zijn werknemers met een handicap. Dit gaat zowel over aanpassingen in de selectie, toegang tot tewerkstelling als het uitbouwen van een loopbaan.

Ondanks mogelijke redelijke aanpassingen in de selectie hebben mensen met ernstige beperkingen het moeilijk om als beste uit de bus te komen bij de selectie. Daarom voorziet het VPS in de mogelijkheid om deze mensen met een arbeidshandicap te selecteren voor een voorbehouden betrekking via aanwerving zonder vergelijkende selectie en/of via horizontale mobiliteit zonder geslaagd geweest te zijn voor een objectief wervingssysteem. De huidige wijziging heeft tot doel om ook de overgang van een contract van bepaalde duur naar een contract van onbepaalde duur te vergemakkelijken voor deze groep en om dit voor hen mogelijk te maken zonder dat ze geslaagd geweest zijn voor een objectief wervingssysteem.

Het betreft hier de toepassing van het principe vermeld in artikel 5 § 3 van het decreet van 8 mei 2002: de beginselen van evenredige participatie en gelijke behandeling beletten niet dat, om volledige gelijkheid in het beroepsleven te waarborgen, specifieke maatregelen gehandhaafd of getroffen worden om de nadelen die verband houden met een handicap te voorkomen of te compenseren.

Het handhaven van de maatregel om een bepaald percentage van de betrekkingen voor te behouden voor personen met een ernstige handicap wordt niet beschouwd als een schending van het gelijkheidsbeginsel aangezien deze maatregel in verhouding staat tot het nagestreefde doel (minimale vertegenwoordiging van personen met een zware arbeidshandicap). Indien men dit vooropgestelde doel wenst te bereiken is een maatregel tot positieve discriminatie van deze groep noodzakelijk.

In tegenstelling tot de andere doelgroepen kan van de doelgroep van personen met een ernstige arbeidshandicap worden aanvaard dat ze niet dezelfde kansen hebben als andere kandidaten wanneer ze aan dezelfde wervingsexamens deelnemen.”

Deze verantwoording kan worden aanvaard.

² Luidens die bepaling zijn een hernieuwing of een verlenging van een bestaande arbeidsovereenkomst zonder wijziging van betrekking en zonder selectie, en de vervanging van een bestaande arbeidsovereenkomst door een andere, zonder selectie enkel mogelijk voor het contractuele personeelslid dat geslaagd is voor een objectief wervingssysteem als vermeld in deel III, hoofdstuk 2, van het VPS en voor topsporters en hun omkadering.

Artikel 7

5. Luidens het ontworpen artikel I 14^{septies}, § 1, eerste lid, van het VPS stelt de beroepscommissie Functieclassificatie een huishoudelijk reglement vast, dat ten minste de procedureregels en de praktische werking van de commissie bepaalt. In dit verband dient eraan te worden herinnerd dat in een huishoudelijk reglement enkel praktische regels van interne aard kunnen worden opgenomen, maar geen eigenlijke procedureregels, zeker niet wanneer ze gevolgen zouden hebben voor de indieners van beroepen bij de betrokken beroepsinstantie. In het licht hiervan dienen in de genoemde bepaling de woorden “de procedureregels en” te worden weggelaten.

6. Luidens het tweede lid van ontworpen artikel I 14^{septies}, § 3, van het VPS ontvangen de voorzitters van de beroepscommissie Functieclassificatie “in afwijking van het eerste lid” een treinbiljet eerste klasse heen en terug of de tegenwaarde ervan. Luidens dat eerste lid ontvangen de voorzitters en de leden van de genoemde commissie een reis- en maaltijdvergoeding overeenkomstig de regeling die van toepassing is op de ambtenaren van de diensten van de Vlaamse overheid. De bedoelde afwijking heeft derhalve enkel betrekking op de regeling inzake reiskosten, wat in het genoemde tweede lid tot uiting zou moeten komen.

Artikel 8

7. De in artikel 8, 2^o, van het te nemen besluit opgenomen wijziging van artikel III 1, § 4, van het VPS strekt ertoe de thans verplichte toewijzing aan Belgen van functies die een rechtstreekse deelneming aan de uitoefening van het openbaar gezag inhouden of die werkzaamheden omvatten strekkende tot de bescherming van de algemene belangen van de Vlaamse Gemeenschap, om te vormen tot een mogelijkheid.

In dit verband dient vooreerst te worden opgemerkt dat het krachtens artikel 10, tweede lid, van de Grondwet aan de decreetgever, en niet aan de Vlaamse Regering, toekomt om de uitzonderingen op het bij die bepaling ingestelde nationaliteitsvereiste te regelen.³

Daarenboven moet erop worden gewezen dat van het nationaliteitsvereiste, onder voorbehoud van hetgeen voortvloeit uit het recht van de Europese Unie,⁴ slechts kan worden afgeweken in “bijzondere gevallen”, die *in concreto* dienen te worden beoordeeld, wat uitsluit dat de verhouding tussen de grondwettelijke regel en de uitzondering geheel wordt omgekeerd, zoals

³ Adv.RvS 35.857/VR van 9 oktober 2003 over een voorontwerp van decreet ‘tot verruiming van de nationaliteitsvoorwaarde voor de toegang tot vaste betrekkingen in sommige Vlaamse openbare diensten’, *Parl.St.* Vl.Parl. 2003-04, nr. 2055/1, p.18, opmerking 3.

⁴ Uit het beginsel van vrij verkeer van werknemers en eruit afgeleide bepalingen van Europees recht vloeit voort dat enkel functies die een deelneming aan de uitoefening van het openbaar gezag inhouden, mogen worden voorbehouden aan burgers van de betrokken staat en derhalve niet moeten (maar wel kunnen) worden opengesteld voor burgers uit andere lidstaten van de Europese Unie en ermee gelijkgestelde landen. Andere functies moeten zonder meer worden opengesteld voor deze burgers (zie w.b.t. België: HvJ 17 december 1980, *Commissie v. België*, C-149/79, *Jur.* 1980, I-3881; HvJ 26 mei 1982, *Commissie v. België*, *Jur.* 1982, 1845; HvJ 2 juli 1996, *Commissie v. België*, C-173/94, *Jur.* 1996, I-3285; B. WEEKERS, “de toegang van niet-Belgen tot de Belgische publieke sector”, *TBP* 2005 (5), 9 - 11).

uit de in artikel 8, 2°, van het ontwerp vervatte wijziging voortvloeit. In dit verband kan worden verwezen naar advies 35.857/VR,⁵ waarin het volgende wordt opgemerkt:

“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* uitoefenen⁶. 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 Grondwet⁷.

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 uitzondering⁸.”⁹

De conclusie is dat artikel 8, 2°, van het ontwerp strijdt met artikel 10, tweede lid, van de Grondwet en derhalve geen doorgang kan vinden.

Artikel 26

8. In het ontworpen artikel VI 163 van het VPS dient de datum van het “BVR dienstreizen” te worden ingevuld zo dat besluit vóór het voorliggende te nemen besluit wordt uitgevaardigd. Zo dat laatste niet het geval is, dient artikel 26 uit het ontwerp te worden weggelaten en te worden ondergebracht in een afzonderlijk besluit dat wordt genomen na of gelijk met het nemen van het besluit “dienstreizen”.

Artikel 34

9. In het ontworpen artikel VII 75 van het VPS schrappe men het woord “extra”, nu in dat artikel alle kosten worden beoogd die worden gemaakt in het raam van een binnenlandse dienstreis.

⁵ Zie voetnoot 3.

⁶ Voetnoot 2 van het aangehaalde 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.*, VI. Parl., 1996-97, nr. 720/2, p. 22.

⁷ Voetnoot 3 van het aangehaalde 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.

⁸ Voetnoot 4 van het aangehaalde advies: Zie hetzelfde advies, *ibid.*

⁹ Adv.RvS 35.857/VR van 9 oktober 2003, *l.c.*, p.19-20.

10. Luidens het ontworpen artikel VII 80, § 3, tweede lid, van het VPS heeft de administrateur-generaal van het Agentschap Overheidspersoneel bij een ongewijzigde federale berekeningswijze “de bevoegdheid” om jaarlijks het bedrag van de kilometervergoeding mede te delen. De bepaling van dat bedrag wordt evenwel nergens gekoppeld aan de federale berekeningswijze van de kilometervergoeding.¹⁰ In het ontworpen artikel VII 80, § 1, eerste lid, van het VPS wordt de bevoegdheid tot het bepalen¹¹ van de kilometervergoeding daarentegen zonder nadere criteria gedelegeerd aan de Vlaamse minister bevoegd voor bestuurszaken.

De genoemde bepaling dient derhalve te worden herbekeken.

11. Luidens het ontworpen artikel VII 82, § 2, van het VPS kunnen de vergoeding voor middagmaal en de vergoeding voor avondmaal “uitzonderlijk” worden gecumuleerd voor dienstreizen die minstens twaalf uur duren. Het hanteren van het begrip “uitzonderlijk” doet uitschijnen dat de beide vergoedingen niet steeds kunnen worden gecumuleerd van zodra een dienstreis minstens twaalf uur duurt. Zo dat effectief het geval is, dienen criteria te worden bepaald op grond waarvan de cumulatie wel mogelijk is. Zo een dienstreis die langer dan twaalf uur duurt, steeds recht geeft op twee maaltijdvergoedingen, dient het woord “uitzonderlijk” te worden geschrapt.

Artikel 57

12. Luidens artikel 57, eerste lid, van het ontwerp treedt het te nemen besluit in werking “op de eerste dag van de maand die volgt op de datum van goedkeuring ervan”.

Er dient te worden opgemerkt dat een inwerkingtreding waarbij de datum van goedkeuring van het besluit door de Vlaamse Regering als uitgangspunt wordt genomen, dient te worden vermeden. Die regeling strookt niet met de vereisten inzake rechtszekerheid en transparantie: zolang het besluit niet is bekendgemaakt, weten de burgers immers niet wanneer het besluit door de Vlaamse Regering werd goedgekeurd. Zij kunnen dan ook niet weten dat het besluit in werking is getreden, zodat daardoor ook feitelijk terugwerkende kracht zou worden verleend aan het betrokken besluit, terwijl dergelijke retroactieve werking in beginsel is verboden. Overigens doet zo een wijze van inwerkingtreding ook 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 de wet bepaald”.

Opdat het te nemen besluit zou voldoen aan de eisen inzake rechtszekerheid, is het nodig om de gebruikelijke termijn van inwerkingtreding van besluiten te laten gelden (dit is op de tiende dag na de bekendmaking ervan in het Belgisch Staatsblad) of, zo daarvoor een verantwoording bestaat, te bepalen dat het besluit in werking treedt op de dag van de bekendmaking ervan in het Belgisch Staatsblad.

¹⁰ Wat overigens ook niet mogelijk zou zijn omdat de uitoefening van de eigen bevoegdheden van de gemeenschappen en de gewesten niet kan worden gedetermineerd door een federale bevoegdheidsuitoefening.

¹¹ Niet “herzien”, nu er niet noodzakelijk jaarlijks een herziening is.

13. In het tweede tot het vierde lid van artikel 57 van het ontwerp wordt aan een aantal bepalingen van het te nemen besluit terugwerkende kracht toegekend.

In dat verband moet worden opgemerkt dat het verlenen van terugwerkende kracht aan besluiten slechts onder bepaalde voorwaarden toelaatbaar kan worden geacht. Het verlenen van terugwerkende kracht aan besluiten is enkel toelaatbaar ingeval voor de retroactiviteit een wettelijke grondslag bestaat, de retroactiviteit betrekking heeft op een regeling waarbij, met inachtneming van het gelijkheidsbeginsel, voordelen worden toegekend of in zoverre de retroactiviteit noodzakelijk is voor de continuïteit of de goede werking van het bestuur en daardoor, in beginsel, geen verkregen situaties worden aangetast.

Enkel indien de retroactiviteit van de ontworpen regeling in één van de opgesomde gevallen valt in te passen, kan deze worden gebillijkt.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Greet VERBERCKMOES

Jo BAERT