

Kroniek van het Belgische ambtenarenrecht 1999-2008¹

Alexander DE BECKER
Docent V.U.B.

Dit artikel geeft een overzicht van de rechtspraak in het Belgisch ambtenarenrecht sinds 1999 tot en met 30 juni 2008. De rechtspraak aangaande de volgende onderwerpen wordt besproken: de tewerkstellingsvorm van de personeelsleden bij de overheid, het grondrecht van vrije meningsuiting van de ambtenaar, de aanwerving, de loopbaan, de doorwerking van art. 6 E.V.R.M. en de tucht. Omdat dit het eerste rechtspraakoverzicht in het ambtenarenrecht vormt, worden ook de belangrijke principiële arresten vóór de periode 1999-2008 belicht.

I. Inleiding

Een rechtspraakoverzicht van het ambtenarenrecht is tot op heden geen gebruik in de Belgische rechtsleer en al zeker niet in de Vlaamse rechtsleer.

Enkele jaren geleden heeft professor Jean Jacqmain een eerste rechtspraakoverzicht gemaakt dat tot nog toe als een unicum kan worden beschouwd in de Belgische rechtspraakoverzichten, aangezien het handelde over het recht van het overheidspersoneel.²

Het rechtspraakoverzicht van Jean Jacqmain vertrok echter van een specifieke invalshoek: het ging immers op zoek naar het sociaalrechtelijke karakter van het ambtenarenrecht.³ Hij trachtte aan de hand van zijn rechtspraakoverzicht aan te tonen dat er een groeiende sociaalrechtelijke invloed in het recht van het overheidspersoneel is. Hoewel deze analyse niet betwijfeld kan worden en ten dele ook uit deze kroniek zal blij-

AMBTENARENRECHT
4700 = Algemeen

¹ De stof is afgesloten op 30 juni 2008.

² J. JACQMAIN, «Droit social de la fonction publique – chronique de jurisprudence», *C.D.P.K.* 2001, 426-455.

³ Deze keuze was ingegeven door de overtuiging dat de rechtspositie van de ambtenaar vergelijkbaar is en vergeleken dient te worden met die van de contractuele werknemer bij de overheid (zie J. JACQMAIN, *o.c.*, *C.D.P.K.* 2001, 427. De vraag rijst of deze vergelijkbaarheid aansluit bij de rechtspraak van het Arbitragehof inzake de principiële onvergelijkbaarheid van beide rechtsposities, zie Arbitragehof, nr. 17/91, 4 juli 1991; Arbitragehof, 82/95, 14 december 1995; Arbitragehof, nr. 66/99, 27 augustus 1999; Arbitragehof, 127/2001, 16 oktober 2001). In dit laatste arrest oordeelt het Arbitragehof zelf expliciet dat «de statutaire personeelsleden in beginsel niet vergelijkbaar zijn met contractuele personeelsleden, aangezien ze zich in een grondig verschillende rechtspositie bevinden». Ook het arrest nr. 9/2005 besluit tot een onvergelijkbaarheid tussen beide rechtsposities (zie Arbitragehof, nr. 9/2005, 19 januari 2005). Zie hierover: A. DE BECKER, *Een onderzoek naar de juridische grondslagen van de rechtspositie van de ambtenaar*, Brussel, VUB-proefschrift, 2006, 228.

ken, hangt deze evolutie uiteraard samen met het steeds groeiend gebruik van arbeidsovereenkomsten bij de tewerkstelling van personeel in de overheidssector.⁴ Deze kroniek wil uiteraard niet voorbijgaan aan deze ontwikkeling, maar tracht vooral om een coherent overzicht te geven van de rechtspraak inzake het ambtenarenrecht *sensu stricto*.

Omdat er nog geen eigenlijk rechtspraakoverzicht in het ambtenarenrecht is verschenen, is het echter onmogelijk om in het bestek van deze bijdrage een volledig overzicht te geven van alle vonnissen en arresten in alle domeinen van het ambtenarenrecht. Bovendien is de rechtspraak in het ambtenarenrecht dermate talrijk dat er geen totaal overzicht van alle rechtspraak kan worden gegeven. Daarom is dit rechtspraakoverzicht beperkt tot een aantal bewust gekozen problemen in de rechtspraak in verband met het ambtenarenrecht.

Doordat er tot op heden geen rechtspraakoverzicht is gemaakt, dient in deze kroniek ook zogenaamde «oudere rechtspraak» te worden besproken. Sommige arresten dienen immers te worden beschouwd als werkelijke principiële arresten, die een uitermate grote invloed hebben gehad op de ontwikkeling van het Belgische ambtenarenrecht, in zoverre deze term werkelijk gehanteerd kan worden, aangezien het ambtenarenrecht in België beheerst wordt door een enorme verscheidenheid aan statuten.⁵ Niettemin is vooral getracht om een overzicht te geven van de recente rechtspraak in het ambtenarenrecht. Er is vooral gefocust op de rechtspraak vanaf het begin van de Copernicushervorming (in 1999), omdat deze hervor-

⁴ R. JANVIER en K. JANSSENS, *De mythe van het statuut voorbij? De nieuwe overheidswerknemer is opgestaan!*, Brugge, die Keure, 2003, 55-59.

⁵ Een overzicht van de inhoud van de verschillende statuten van de federale, de gemeenschaps- en gewestoverheden alsook van de reglementering voor de lokale besturen is te vinden in P. BERCKX, W. APPELS, F. FRANCEUS, M. VAN SANDE en A. DE BECKER, *Statutenzakboekje overheidspersoneel*, Mechelen, Kluwer, 2008, 971 p. Hierbij dient wel te worden onderstreept dat het K.B. 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 (B.S. 9 januari 2001) (hierna: APKB) minimale regels oplegt voor de personeelsstatuten van de ambtenaren bij de Gemeenschappen en de Gewesten en bij de publiekrechtelijke rechtspersonen die ervan afhangen. Eenzelfde techniek wordt door de Vlaamse Regering aangewend ten aanzien van de Vlaamse provincies en de Vlaamse gemeenten met het Besluit van de Vlaamse regering van 7 december 2007 houdende de minimale voorwaarden voor de personeelsformatie, de rechtspositieregeling en het mandaatstelsel van het gemeentepersoneel en het provinciepersoneel en houdende enkele bepalingen betreffende de rechtspositie van de secretaris en de ontvanger van de openbare centra voor maatschappelijk welzijn (B.S. 24 december 2007).

ming als één van de meest fundamentele hervormingen in het Belgisch openbaar ambt wordt beschouwd.

Ten slotte dient te worden beklemtoond dat het uiteraard onmogelijk is om een volledig overzicht te geven van de rechtspraak in alle domeinen van het ambtenarenrecht. Daarom is er in deze kroniek voor geopteerd om de rechtspraak op te nemen van een aantal *capita selecta* in het ambtenarenrecht. Er is hierbij gestreefd naar een zo evenwichtig mogelijke verdeling waarbij zoveel mogelijk aspecten van het ambtenarenrecht behandeld worden.

Het rechtspraakoverzicht wordt aangevat met een bespreking van de rechtspraak over de specifieke tewerkstellingsvorm van het overheidspersoneel (II), waarna een bespreking volgt van de rechtspraak inzake het recht op vrije meningsuiting van de ambtenaar (III). Daarna wordt er aandacht besteed aan de rechtspraak inzake de aanwerving in het openbaar ambt (IV) en aan de rechtspraak inzake de loopbaanontwikkeling (V). In onderdeel VI wordt de draagwijdte van artikel 6 E.V.R.M. onderzocht en in onderdeel VII ten slotte wordt sommige rechtspraak belicht inzake de tucht.

II. Tewerkstellingsvorm van het overheidspersoneel

A. Algemeen

Het ambtenarenrecht neemt in het gebied van het «personeelsrecht» een bijzondere plaats in.

In beginsel zijn de personeelsleden bij de organieke openbare diensten⁶ tewerkgesteld op statutaire basis. Dit is zowel het geval indien er een expliciete wettelijke of reglementaire grondslag voor bestaat als zonder expliciete wettelijke of reglementaire grondslag op basis van de werking van het beginsel van de veranderlijkheid van openbare dienst.

⁶ Het is raadzaam om hier de term «organieke openbare dienst» te hanteren en niet de termen «administratieve overheid» of «overheid» (zie hierover A. DE BECKER, *De overheid en haar personeel: juridische grondslagen van de rechtspositie van de ambtenaar*, Brugge, die Keure, 2007, 78-88). Zoals JACQMAIN (o.c., C.D.P.K. 2001, 428) terecht opmerkt is het begrip «overheid» niet eenduidig gedefinieerd. Hij geeft aan dat de tewerkstellende «overheid» een «administratieve overheid» dient te zijn in de zin van art. 14 van de Raad van State-Wet. Deze vaststelling dient enigszins te worden genuanceerd, omdat bepaalde entiteiten voor sommige beslissingen wel als administratieve overheid worden beschouwd in de zin van art. 14 van de Raad van State-Wet, maar voor andere beslissingen niet. Het schoolvoorbeeld bij uitstek zijn de vrije onderwijsinstellingen, die inzake personeelsaangelegenheden niet worden beschouwd als een administratieve overheid (zie Grondwettelijk Hof, nr. 87/2002 van 8 mei 2002, R.W. 2002-03, 815, met noot, en R.v.St., Devos, nr. 113.16, 17 september 2002), maar inzake de uitreiking van diploma's wel (zie bijvoorbeeld R.v.St., El Ouahabi, nr. 167.269, 30 januari 2007).

Voor de meeste personeelsleden bij de federale overheid is zulks uitdrukkelijk neergeschreven in art. 3 van de wet van 22 juli 1993 houdende enige maatregelen inzake ambtenarenzaken,⁷ terwijl voor de personeelsleden bij de Gemeenschappen en de Gewesten en de publiekrechtelijke instellingen die ervan afhangen dit beginsel expliciet staat neergeschreven in art. 87, § 2, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 op de Hervorming der Instellingen (hierna BWHI) en in art. 1, § 2, van het K.B. 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).⁸ Voor de Vlaamse gemeenten en provincies is het principe van statutaire tewerkstelling nu vastgelegd in art. 104 van het Vlaams Gemeentedecreet van 15 juli 2005⁹ respectievelijk

⁷ B.S. 14 augustus 1993. Weliswaar dient hier te worden aangestipt, zoals de afdeling wetgeving van de Raad van State terecht opmerkte, dat art. 3 niet zelf de grondslag vormt voor de statutaire tewerkstelling bij de federale overheidsdiensten (zie het advies van de afdeling wetgeving bij het voorontwerp van de wet van 22 juli 1993, *Parl. St.*, Senaat, 1992-93, nr. 661/1, p. 58). Dit vloeit voort uit de bewoordingen en de interpretatie van art. 107, tweede lid, van de Grondwet (De Koning benoemt de ambtenaren bij het algemeen bestuur en bij de buitenlandse betrekkingen behoudens de door de wetten gestelde uitzonderingen) voor de ambtenaren bij de «diensten» (zie Arbitragehof, nr. 99/2004, 2 juni 2004). Voor de personeelsleden bij de parastatale instellingen is de grondslag echter te vinden in art. 11 van de wet van 16 maart 1954 houdende de organisatie van sommige instellingen van openbaar nut.

⁸ Dit artikel vormt niet de werkelijke grondslag voor de ambtenaren van de eigenlijke diensten, maar wel art. 87, § 2, van de Bijzondere Wet op de Hervorming der Instellingen van 8 augustus 1980, dat bepaalt dat de Regering van de Gemeenschappen en de Gewesten de ambtenaren bij haar diensten benoemt. Doordat het APKB ook van toepassing is op de publiekrechtelijke rechtspersonen die afhangen van de Gemeenschappen en de Gewesten, vormt het wel de juridische basis van de principiële statutaire tewerkstelling bij de publiekrechtelijke rechtspersonen die afhangen van de Gemeenschappen en de Gewesten. Hierbij dient wel rekening te worden gehouden met de bepaling opgenomen in art. 2, § 2, van het APKB die voorschrijft dat de publiekrechtelijke instellingen opgericht door de Gemeenschappen en de Gewesten op basis van art. 9 van de Bijzondere Wet van 8 augustus 1980 op de Hervorming der Instellingen (hierna: BWHI) voor de activiteiten die worden uitgevoerd in concurrentie met een andere privaat- of publiekrechtelijke instelling, aan die personeelsbehoeften voldaan kan worden met arbeidscontractanten. Uit het Verslag aan de Koning blijkt dat het de bedoeling is om instellingen als de Lijn, de VDAB, ORBEM en BGDA, toe te laten (een gedeelte) van hun personeel bij arbeids-overeenkomst tewerk te stellen. Zie hierover: K. LEUS, «Zin en onzin van het koninklijk besluit houdende de algemene principes», in R. ANDERSEN en K. LEUS (red.), *Hervorming van het openbaar ambt*, Brugge, die Keure, 2002, 75.

⁹ B.S. 31 augustus 2005.

art. 100 van het Vlaams Provinciedecreet van 9 december 2005.¹⁰

Voorheen werd voor de gemeenten en de provincies het principe van de statutaire tewerkstelling afgeleid uit hetgeen was bepaald in art. 145 en 149 van de Nieuwe Gemeentewet en in art. 65 van de Provinciewet. Deze laatste bepalingen vormen trouwens nog steeds de grondslag voor de principiële statutaire rechtspositie van de gemeentelijke personeelsleden bij het Waalse en het Brusselse Gewest.¹¹

Voor de autonome overheidsbedrijven ten slotte is de grondslag voor de statutaire tewerkstelling te vinden in art. 29 van de wet van 21 maart 1991.¹²

Dit neemt niet weg dat elke regelgeving eveneens bepaalt dat publiekrechtelijke rechtspersonen ook personeel kunnen tewerkstellen met arbeidsovereenkomsten. Meestal zijn de mogelijkheden tot contractuele tewerkstelling (bij wege van uitzondering) expliciet opgenomen in een regelgevende tekst. Zo bepaalt art. 4 van de wet van 22 juli 1993, zoals het nog steeds van kracht is,¹³ dat in vier uitzonderingsgevallen personeel met arbeidsovereenkomsten kan worden aangeworven. In de volgende uitzonderingsgevallen mogen personeelsleden met een arbeidsovereenkomst worden aangeworven: 1) om tegemoet te komen aan uitzonderlijke en tijdelijke personeelsbehoeften; 2) ter vervanging van ambtenaren of contractuele personeelsleden; 3) ter vervulling van bijkomende en specifieke opdrachten; 4) ter invulling van betrekkingen of functies waarvoor een ruime ervaring of een specifieke kennis vereist is; allebei vereist voor de uitoefening van de betrokken functie.

Art. 2, § 1, van het APKB van 22 december 2000 geeft (uiteraard) dezelfde vier uitzonderingsgronden aan. Het APKB duidt immers die bepalingen van het

¹⁰ B.S. 29 december 2005.

¹¹ Zie: B. LOMBAERT, I. MATHY en V. RIGODANZO, *Eléments du droit de la fonction publique*, Kluwer, Waterloo, 2007, 17-18.

¹² B.S. 29 maart 1991.

¹³ Art. 4 van deze wet is gewijzigd door art. 443 van de Programmawet I van 24 december 2002, dat bepaalt dat de Koning de uitzonderingen op het principe van de statutaire tewerkstelling bij de federale organieke openbare diensten (die onder het toepassingsgebied van de wet van 22 juli 1993 vallen) uitgebreid kunnen worden door de Koning. Bevreemdend genoeg meent de wetgever op die wijze tegemoet te komen aan eerdere opmerkingen van de afdeling wetgeving van de Raad van State die aanstipten dat het de Koning toekwam (op basis van art. 107, tweede lid, van de Grondwet) om de bepalingen inzake de tewerkstellingswijze uit te vaardigen. Indien het de bedoeling van de wetgever was om te handelen conform de gebruikelijke interpretatie van art. 107, tweede lid, van de Grondwet, diende deze bevoegdheid helemaal niet te worden toegewezen, aangezien ze reeds aan de Koning toebehoorde, althans wat de ambtenaren bij het algemeen bestuur betreft (zie hierover: A. DE BECKER, *De overheid en haar personeel*, Brugge, die Keure, 2007, 495-497).

Rijksambtenarenstatuut aan die van overeenkomstige toepassing dienen te zijn in de statuten van de ambtenaren bij de Gemeenschappen en de Gewesten, als ook bij de publiekrechtelijke rechtspersonen die ervan afhangen.

Buiten deze uitzonderingsgronden kunnen geen personeelsleden bij arbeidsovereenkomst worden aangeworven. De Raad van State oordeelde dan ook dat het de overheid dan niet toekomt om een koninklijk besluit uit te vaardigen dat de rechtspositie van een groep van personeelsleden regelt die bij arbeidsovereenkomst worden aangeworven, indien die personeelscategorie niet (duidelijk) onder één van de uitzonderingsgronden kan worden gerangschikt.¹⁴ Bovendien heeft de Raad van State zich bevoegd verklaard om uitspraak te doen over de eenzijdige beslissing om een arbeidsovereenkomst te sluiten,¹⁵ hetgeen impliceert dat de Raad van State de beslissing om een arbeidsovereenkomst te sluiten kan beoordelen op haar conformiteit met art. 4 van de wet van 22 juli 1993 (of met art. 2, § 1, van het APKB of met haar conformiteit met art. 104 van het Vlaams Gemeentedecreet).

B. De bijzondere juridische positie van het APKB ten aanzien van de tewerkstellingsvorm

Het APKB, als uitvoering van art. 87, § 4, BWHI, wijst die algemene principes van het administratief en geldelijk statuut van de rijksambtenaren aan die van rechtswege van toepassing zullen zijn op het personeel van de Gemeenschappen en de Gewesten en de publiekrechtelijke rechtspersonen die afhangen van de Gemeenschappen en de Gewesten. Het hangt uiteraard samen met het toewijzen van de bevoegdheid, in art. 87, § 3, BWHI, aan de Gemeenschappen en de Gewesten om zelf het administratief en geldelijk statuut uit te tekenen van hun vast, tijdelijk en hulppersoneel, met uitzondering van de pensioenregeling. De bedoeling van de bijzondere wetgever was echter om een te sterke statutaire diversificatie tegen te gaan.¹⁶

Ten aanzien van de juridische draagwijdte van de principes die zijn neergeschreven in het APKB is het in het algemeen belangrijk te wijzen op de principiële

¹⁴ R.v.St., Fagard, nr. 90.291, 18 oktober 2000. Het betrokken arrest had weliswaar betrekking op ICT-personeel. Op dat ogenblik kon die categorie van personeelsleden nog niet gecatalogeerd worden onder één van de uitzonderingsgronden. De latere toevoeging van een extra-uitzonderingsgrond in art. 4 van de wet van 22 juni 1993, zoals gewijzigd door art. 2 van de wet van 26 maart 2001, maakte het expliciet mogelijk om ICT-personeel onder de nieuwe uitzonderingscategorie onder te brengen.

¹⁵ R.v.St., Moras, nr. 90.162, 11 oktober 2000; R.v.St., Raepers, nr. 100.559, 8 november 2001.

rechtspraak van de Raad van State in de zaak-Leclercq van 31 mei 1994. In dit arrest, dat het APKB van 1991 vernietigde, omdat het was uitgevaardigd door een regering die enkel de lopende zaken mocht behartigen en de uitvaardiging van een APKB niet onder die noemer te rangschikken viel, oordeelde de Raad van State dat het feit dat de Koning in het APKB een bepaling tot algemeen beginsel had verheven Hem niet de bevoegdheid ontnam om later af te wijken van dit algemeen beginsel door het Rijksambtenarenstatuut te wijzigen.¹⁷ Deze latere wijziging heeft uiteraard tot gevolg dat de federale bepaling haar karakter als algemeen beginsel verliest en dat bijgevolg de Gemeenschappen en de Gewesten dan ook niet meer gebonden waren door het algemene principe. Deze rechtspraak werd later hernomen in het arrest-Jadot van 7 november 2001.¹⁸

C. De uitzonderlijke omstandigheden waarin contractuele tewerkstelling door de regelgever is toegelaten

De vier uitzonderingscategorieën opgenomen in art. 4 van de wet van 22 juli 1993 en in art. 2, § 1, van het APKB, stemmen bovendien nagenoeg volledig overeen met de uitzonderingscategorieën die zijn bepaald in art. 29, § 1, van de wet van 21 maart 1991 houdende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven. De bewoordingen van de laatste uitzondering, bepaald in art. 4 van de wet van 22 juli 1993 en in art. 2 van het APKB van 22 december 2000, is weliswaar niet op identieke maar wel op vergelijkbare wijze geformuleerd als in art. 29, § 1, 2^o, van de wet van 21 maart 1991. Art. 29, § 1, 2^o, van de wet van 21 maart 1991 laat de aanwerving van arbeidscontractanten toe voor de volgende gevallen: «de uitvoering van taken die een kennis of ervaring op hoog niveau vereisen», terwijl art. 2, § 1, 4^o, de aanwerving toelaat om «te voorzien in de uitvoering van taken die een bijzondere kennis of ruime ervaring op hoog niveau vereisen, beide relevant voor de uit te voeren taken».

Over de vergelijkbaarheid van deze twee bepalingen heeft de Raad van State een prejudiciële vraag gesteld

¹⁶ Zie hierover: F. LEURQUIN-DE VISSCHER, «Het Koninklijk Besluit tot bepaling van de algemene principes van het openbaar ambt: normatieve en jurisprudentiële ontwikkelingen», in R. ANDERSEN en K. LEUS (red.), *Hervorming van het openbaar ambt*, Brugge, die Keure, 2002, 33 en ook K. LEUS, *o.c.*, in R. ANDERSEN en K. LEUS (red.), *Hervorming van het openbaar ambt*, 61.

¹⁷ R.v.St., Leclercq, nr. 47.689, 31 mei 1994. Zie hierover: F. LEURQUIN-DE VISSCHER, *o.c.*, in R. ANDERSEN en K. LEUS (red.), *Hervorming van het openbaar ambt*, 43-45.

¹⁸ R.v.St., Jadot, nr. 98.735, 7 september 2001, *J.T.* 2001, 756.

aan het Grondwettelijk Hof,¹⁹ omdat de vraag was gerezen of art. 29, § 1, 2^o, van de wet van 21 maart 1991 wel toeliet dat er contractuele personeelsleden een HR-managementfunctie zouden bekleden. De vraag rees in een geschil waarbij een HR-manager, die met een arbeidsovereenkomst was aangeworven, een statutair personeelslid had afgezet bij een autonoom overheidsbedrijf (zie *infra*).²⁰

Het Grondwettelijk Hof liet er in het arrest 89/08 van 11 juni 2008 geen twijfel over bestaan dat voormeld art. 29, § 1, 2^o, niet aldus mag worden geïnterpreteerd dat deze bepaling niet toelaat om HR-managers met arbeidsovereenkomsten aan te werven.²¹

De vraag rijst naar de invloed van dit arrest op de rechtspraak van de Raad van State dat een contractueel personeelslid geen deel van het openbaar gezag kan uitoefenen. Het is immers moeilijk te verenigen om enerzijds toe te staan dat HR-managers met arbeidsovereenkomsten kunnen worden aangeworven en hen anderzijds niet de mogelijkheid te bieden om een deel van hun taken uit te voeren.

Het Vlaams Gemeente- en Provinciedecreet voegde aan de uitzonderingscategorieën nog twee specifieke uitzonderingsgronden toe. Ten eerste kunnen de lokale besturen ook contractuele personeelsleden aanwerven voor opdrachten die worden gesubsidieerd door een andere overheid en ten tweede kunnen ook contractuele personeelsleden worden aangeworven ter uitvoering van specifieke functies die in concurrentie worden uitgeoefend.²² Deze laatste uitzonderings-

¹⁹ R.v.St., Maes, nr. 173.140, 3 juli 2007. De préjudiciële vraag die de Raad van State stelde was de volgende: «Schenkt art. 29, § 1, 2^o, van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven niet art. 10 en 11 van de Grondwet, in die zin geïnterpreteerd dat het niet toestaat humanresourcesmanagers contractueel aan te werven, in combinatie met art. 4, § 1, 4^o, van de wet van 22 juli 1993 houdende bepaalde maatregelen inzake ambtenarenzaken en met art. 2, § 1, 4^o, van het K.B. 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, die op vergelijkbare wijze zijn geformuleerd en waarvan de parlementaire voorbereiding en het verslag aan de Koning duidelijk aangeven dat de humanresourcesmanagers contractueel kunnen worden aangeworven?» (vertaling uit arrest Grondwettelijk Hof nr. 89/2008 van 11 juni 2008).

²⁰ R.v.St., Maes, nr. 173.140, 3 juli 2007.

²¹ Grondwettelijk Hof, arrest nr. 89/2008, 11 juni 2008, te raadplegen op www.arbitrage.be, geconsulteerd op 4 december 2008.

²² Zie hierover: A. DE BECKER en J. DEBIÈVRE, «De aanwerving van gemeentepersoneel na het Besluit van de Vlaamse regering van 7 december 2007», in J. DUJARDIN en M. VAN DAMME (red.), *Rechtspositieregeling van het personeel bij de lokale besturen*, Brugge, die Keure, 2008, 55-95.

categorie sluit echter zeer nauw aan bij wat is bepaald in art. 2, § 2, APKB waarin de Koning heeft bepaald dat de decreetgever kan bepalen dat een deel of het geheel van de personeelsleden van de publiekrechtelijke instellingen die afhangen van de Gemeenschappen en de Gewesten met arbeidscontracten kunnen worden aangeworven voor de uitoefening van de taken die de betrokken publiekrechtelijke instellingen in concurrentie uitoefenen.

De principiële statutaire tewerkstelling geldt ook ingeval de wet- of de decreetgever niets heeft bepaald. De toepassing van het beginsel van de veranderlijkheid van de openbare dienst impliceert immers dat de personeelsleden bij de organieke openbare diensten zich in beginsel in een eenzijdig wijzigbare rechtspositie dienen te bevinden. Het Hof van Cassatie heeft in zijn arrest van 29 april 1960 duidelijk geoordeeld dat de statutaire tewerkstelling (ook zonder wettelijke, decretale of reglementaire grondslag) de regel vormt.²³

De Raad van State volgde het Hof van Cassatie en oordeelde vanaf het arrest-Solon consequent dat, zonder wettelijke (decretale) of reglementaire grondslag, de statutaire tewerkstelling als regel voortvloeide uit de beginselen van het administratief recht (en meer specifiek uit de toepassing van het beginsel van de veranderlijkheid van de openbare dienst).²⁴ De arresten-Solon en -Baeten laten er in hun bewoordingen geen twijfel over bestaan dat de algemene regel is dat het personeel van publiekrechtelijke entiteiten (indien er geen wettelijke of reglementaire bepaling voorhanden is) zich in een publiekrechtelijke (of statutaire dienstverhouding) bevindt. Dit algemeen principe blijkt ook impliciet uit latere arresten.²⁵

Dit sluit echter geenszins uit dat, in uitzonderlijke gevallen, personeel met een arbeidsovereenkomst kan worden aangeworven, ook indien de wetgever hierover niets heeft bepaald.²⁶ Deze rechtspraak impliceert echter geenszins dat, zelfs ingeval er geen regeling is bepaald, er een keuzevrijheid tussen beide stelsels bestaat.²⁷ Op basis van de toepassing van het beginsel van de veranderlijkheid van de openbare dienst geldt immers de statutaire tewerkstelling als algemene regel en

²³ Cass. 29 april 1960, *Pas.* 1960, I, 1000.

²⁴ R.v.St., Solon, nr. 19.754, 13 juli 1979, *De Gem.* 1980, 73, *R.W.* 1979-80, 1131; *T.B.P.* 1980, 77; R.v.St., Baeten, nr. 35.619, 2 oktober 1990, *R.W.* 1991-92, 20.

²⁵ R.v.St., Hubignon, nr. 25.928, 4 december 1985; R.v.St., Merckx, nr. 87.127, 9 mei 2000.

²⁶ R.v.St., Gemeente Schaarbeek, nr. 50.355, 23 november 1994.

²⁷ Zie: A. DE BECKER en J. DEBIÈVRE, «Over de keuzevrijheid inzake de invulling van de rechtspositie van het personeel der intergemeentelijke verenigingen na het decreet van 6 juli 2001 houdende de intergemeentelijke samenwerking», *T.B.P.* 2006, 67-90.

de contractuele tewerkstelling als uitzondering indien de wetgever niets heeft bepaald.²⁸

D. Concrete toetsing van de rechtsverhouding door de rechtspraak

De algemene principes leiden ertoe dat beide tewerkstellingsvormen tot de mogelijkheden behoren, zij het dat de statutaire benoeming de regel is en de contractuele aanwerving de uitzondering.

In concreto dient de rechtspraak geval per geval een correcte kwalificatie van de rechtsverhouding te geven. Als gevolg hiervan rijst uiteraard onmiddellijk de vraag welke criteria de rechtspraak heeft ontwikkeld om de rechtsverhouding als statutair dan wel contractueel te kwalificeren.

Het onderscheid is immers niet steeds eenvoudig te maken. Beide rechtsverhoudingen leunen op bepaalde vlakken relatief sterk bij elkaar aan. Zo leveren beide categorieën van personeelsleden in feite prestaties onder gezag. Het arrest van het Hof van Cassatie van 13 juni 1973 maakte duidelijk dat voor het Hof het fundamentele verschil ligt in hun wijze van aanstelling: de statutaire personeelsleden worden eenzijdig benoemd (of intussen aangesteld voor de mandaathouders),²⁹ terwijl de werknemers worden aangehouden met een arbeidsovereenkomst.³⁰

Dit arrest van het Hof van Cassatie vormde een expliciete bevestiging van eerdere rechtspraak van de Raad van State³¹ en zette mee de krijtlijnen uit voor de latere rechtspraak ingeval moest worden uitgemaakt of een personeelslid bij de overheid met een arbeidsovereenkomst dan wel statutair was tewerkgesteld.³² Het bestaan van een arbeidsovereenkomst moet, volgens de rechtspraak van de Raad van State, onbetwistbaar en vaststaand zijn.³³ Ingeval zulks onbetwistbaar blijkt, verklaart de Raad van State zich

²⁸ A. DE BECKER, *De overheid en haar personeel: juridische grondslagen van de rechtspositie van de ambtenaar*, 217-218.

²⁹ A. DE BECKER, *De overheid en haar personeel: juridische grondslagen van de rechtspositie van de ambtenaar*, 523-529 en K. LEUS, «(Ambtelijke) mandaatfuncties: deontologie, evaluatie en tucht van het topkader bij de overheid», in S. LUST en P. LUYPAERS (red.), *Tucht en deontologie*, Brugge, die Keure, 2007, 25-26.

³⁰ Cass. 13 juni 1973, *Pas.* 1973, I, 950, met noot H.L. Zie ook: B. LOMBAERT, «La distinction entre régime statutaire et régime contractuel est-elle encore pertinente? Faut-il repenser la nature juridique de la relation de travail dans la fonction publique?», in S. DEPRÉ en C. MOLITOR (red.), *Etat des lieux de la fonction publique*, Brussel, Bruylant, 2005, 61.

³¹ R.v.St., Clement, nr. 10.619, 15 mei 1964; R.v.St., Strimelle, nr. 12.373, 9 mei 1967; R.v.St., Gendarmerie, nr. 13.627, 13 juni 1969.

³² R.v.St., Baeyens, nr. 18.158, 9 maart 1977; R.v.St., Miroir, nr. 39.205, 9 april 1992; R.v.St., Blyau, nr. 39.206, 9 april 1992; R.v.St., Bidée, nr. 77.982, 6 januari 1999.

consequent onbevoegd. Arbeidsrechtelijke geschillen behoren, overeenkomstig art. 578, 1^o, Ger. W., tot de uitsluitende bevoegdheid van de arbeidsrechtbanken en de arbeidshoven.³⁴ De Raad van State acht zich bij de beoordeling van de arbeidsrelatie echter geenszins gebonden door de kwalificatie die de partijen eraan gegeven hebben.³⁵ Het Hof van Cassatie beslist steevast in dezelfde zin.³⁶ Het bestaan van een arbeidsovereenkomst moet blijken uit een duidelijke minstens zekere wilsuiving.³⁷ Het Hof van Cassatie vertrekt in beginsel wel van de kwalificatie door de partijen in de geschillen die betrekking hebben op de kwalificatie van de arbeidsrelatie in de private sector, maar ook hier is een herkwalificatie door de rechter niet uitgesloten.³⁸ De eensgezindheid tussen het Hof van Cassatie en de Raad van State blijkt nog uit een recent arrest van het Hof van Cassatie, waarin het Hof in een attributieconflict oordeelde dat de Raad van State zich terecht onbevoegd had verklaard om uitspraak te doen over een geschil waarbij de federale Minister van Economie geweigerd had om een arbeidscontractant ter beschikking te stellen van de Europese Commissie omwille van de organisatie van zijn dienst.³⁹ Het Hof van Cassatie oordeelde dat zo'n geschil betrekking had op de wijze van uitvoering van de arbeidsovereenkomst en dat het daarom ressorteerde onder de rechtsmacht van de arbeidsrechtbanken en de arbeidshoven, conform art. 578, 1^o, Ger. W.⁴⁰

De rechtspraak van de hoven en rechtbanken van het gemene (arbeids)recht oordeelt tot op heden wel dat de wil om een arbeidsovereenkomst te sluiten in de publieke sector duidelijk en onomstotelijk moet vastliggen.⁴¹ Bovendien oordeelde het Hof van Cassatie in 1985 reeds dat, opdat een (voormalig) statutair

³³ R.v.St., Damoiseau, nr. 85.245, 9 februari 2000; R.v.St., Demeulenaere, nr. 124.954, 3 november 2003.

³⁴ R.v.St., nr. 11.499, 27 juni 1980; R.v.St., Kabongo, nr. 177.660, 7 december 2007.

³⁵ R.v.St., nr. 22.883, 13 januari 1984.

³⁶ Cass. 17 november 1994, *Arr. Cass.* 1994, 976; *Pas.* 1994, I, 957; *J.M.L.B.* 1994, 47; *A.P.T.* 1995, 206, met conclusie van advocaat-generaal JANSSENS DE BISTHOVEN, *J.T.* 1995, 164, *Jour. Proc.* afl. 275, 25, noot F. TULKENS, *P. & B.* 1995, 72, *R.R.D.* 1994, 599, met noot, *R.W.* 1994-95, 1093, met noot, *Soc. Kron.* 1995, 124, met noot J. JACQMAIN; Cass. 18 december 1997, *Arr. Cass.* 1997, 100, *Pas.* 1997, I, 1474, *P. & B.* 1998, 132, *R.C.J.B.* 1999, 691, met noot J. JACQMAIN, *R.W.* 1998-99, 86, met noot W. RAUWS, *Soc. Kron.* 1998, 302, met noot J. JACQMAIN, *T.B.P.* 1998, 214, met noot J. STEVENS, *T.O.R.B.* 1997-98, 131.

³⁷ R.v.St. 30 maart 1993, *J.T.* 1994, 234.

³⁸ Cass. 23 december 2002, *J.T.T.* 2003, 271; Cass. 28 april 2003, *J.T.T.* 2003, 261; Cass. 8 december 2003, *J.T.T.* 2004, 122.

³⁹ R.v.St., Galloy, nr. 140.179, 3 februari 2005.

⁴⁰ Cass. 28 oktober 2005, *Soc. Kron.* 2007, 90, met noot J. JACQMAIN.

personeelslid bij zijn ontslag beschouwd zou kunnen worden als verbonden door een arbeidsovereenkomst, eerst moet worden vastgesteld dat aan het statutair dienstverband een einde werd gemaakt en de partijen daarna een arbeidsovereenkomst hebben gesloten.⁴²

Dit laatste arrest lijkt door sommige organieke openbare diensten wat vergeten te zijn. De jongste jaren is bij de besturen immers een stijgende tendens waar te nemen waarbij beide rechtsposities schijnbaar door elkaar worden gebruikt. In het arrest-Schoenmaeckers gaat de Raad van State niet verder in op het aspect dat de betrokken ambtenaar eerst is aangesteld voor een termijn van zes jaar waarna met dezelfde persoon een arbeidsovereenkomst is gesloten. Wel geeft de Raad van State duidelijk aan dat het sluiten van een arbeidsovereenkomst na een «benoeming» de rechtsmacht van de Raad van State geenszins beknot om de benoeming (minstens als afsplitsbare rechtshandeling) op haar wettigheid te toetsen.⁴³ De Raad van State nam een soortgelijke beslissing in het arrest-Vanderveeren.⁴⁴

E. De eenzijdige wijzigbaarheid van de arbeidsrelatie en de gevolgen ervan

De betrokken overheid kan het statuut van de ambtenaren alleen wijzigen bij algemene en onpersoonlijke maatregel. In het algemeen kunnen geen wijzigingen met een individueel karakter worden toegestaan. Zij vormen een schending van het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel. Indien het een afwijking van het algemeen en onpersoonlijk statuut bij besluit betreft, vormt dit tevens een schending van het adagium (of algemeen rechtsbeginsel)⁴⁵ «*patere legem quam ipse fecisti*». De rechtspraak van de Raad van

⁴¹ Arbeidsh. Brussel 18 december 1984, *J.T.T.* 1985, 187; Arbeidsh. Luik 29 juni 1989, *R.R.D.* 1989, 569; Arbh. Brussel 9 februari 1990, *J.T.T.* 1991, 11, met noot; Arbh. Bergen 2 oktober 1991, *J.T.T.* 1991, 484, met noot; Arbh. Bergen 6 mei 1993, *T.S.R.* 1993, 446.

⁴² Cass. 18 november 1985, *Soc. Kron.* 1986, 37, met noot J. JACQMAIN.

⁴³ R.v.St., Schoenmaeckers, nr. 160.527, 26 juni 2006.

⁴⁴ R.v.St., Vanderveeren, nr. 175.620, 11 oktober 2007.

⁴⁵ Het Hof van Cassatie oordeelt dat «*patere legem quam ipse fecisti*» een rechtsspreuk of adagium vormt, terwijl de Raad van State «*patere legem quam ipse fecisti*» als een algemeen rechtsbeginsel beschouwt. Vergelijk: Cass. 25 februari 1991, *Arr. Cass.* 1991, 690, *Pas.* 1991, I, 614, *R.W.* 1991-92, 131, met R.v.St., Sabbe, nr. 13.119, 25 juli 1968, *T. Not.* 1968, 203 en R.v.St., Gosselinckx, nr. 72.313, 9 maart 1998. Zie hierover ook: A. WIRTGEN, *Raad van State: I. Afdeling Administratie: 3. Middelen en het ambtshalve aanvoeren van middelen in het bijzonder*, Brugge, die Keure, 2004, 198-199 en A. DE BECKER, *De overheid en haar personeel: juridische grondslagen van de rechtspositie van de ambtenaar*, 35.

State hierover is constant sinds het arrest-François van 1949.⁴⁶

In een recent arrest is het Hof van Cassatie nog een stap verder gegaan. Het Hof van Cassatie oordeelde op 24 februari 2005 dat een besluit met individuele draagwijdte dat afwijkt van een statuut met algemene en onpersoonlijke draagwijdte een fout van het bestuur in de zin van art. 1382 B.W. uitmaakt.⁴⁷

Deze uitspraak doet echter vragen rijzen naar de toepasbaarheid van de artikelen X 42 en X 43 van 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: Vlaams Raamstatuut).⁴⁸ Om een terbeschikkingstelling van statutaire personeelsleden mogelijk te maken, voerde de Vlaamse regering in het Vlaams Raamstatuut twee bepalingen in die aangeven dat een ambtenaar ter beschikking kan worden gesteld van een privaatrechtelijke entiteit indien er een overeenkomst wordt gesloten over de arbeidsvoorwaarden van de betrokken ambtenaar. Dit artikel laat met andere woorden toe om te onderhandelen over wie de wedde van de betrokken ambtenaar zal betalen en welke andere aspecten van het statuut (tijdelijk) niet meer op hem van toepassing zijn. Weliswaar schrijft het Raamstatuut voor deze overeenkomst een statutaire basis voor, maar dat neemt niet weg dat twee ambtenaren in dezelfde of in vergelijkbare omstandigheden geplaatst verschillend kunnen worden behandeld. Elke overeenkomst heeft immers een verschillende inhoud en impliceert dus potentiële individuele afwijkingen van het algemeen en onpersoonlijk statuut, die niet verenigbaar zijn met het adagium of het rechtsbeginsel «*patere legem quam ipse fecisti*».

In het arbeidsrecht kan de eenzijdige wijziging van een essentieel element van de arbeidsovereenkomst dan weer aanleiding geven tot een impliciet ontslag. Dit onderscheid is niet onbelangrijk om in herinnering te worden gebracht, omdat, zeker in de sector van het vrij onderwijs (waar geen discussie meer bestaat dat alle personeelsleden met een arbeidsovereenkomst zijn tewerkgesteld), een vrije onderwijsinstelling geenszins eenzijdig een essentieel element van de arbeidsovereenkomst mag wijzigen. Dit is immers in strijd met

⁴⁶ R.v.St., François, nr. 115, 26 augustus 1949; R.v.St., T., J.T. 1986, 567, met advies van auditeur M. LEROY; R.v.St., Van Bastelaere, nr. 164.037, 24 oktober 2006.

⁴⁷ Cass. 24 februari 2005, *Rev. Dr. Comm.* 2005/4, 40, met noot B. LOMBAERT.

⁴⁸ Besluit van de Vlaamse Regering van 13 januari 2006 houdende vaststelling van de rechtspositie van het personeel van de diensten van de Vlaamse overheid, B.S. 27 maart 2006.

art. 1134, eerste lid, B.W. alsook met de huidige interpretatie van art. 25 van de Arbeidsovereenkomstenwet.⁴⁹

Er is in een eerdere publicatie al op gewezen dat een logische toepassing van de principiële ontoelaatbaarheid om eenzijdig de arbeidsovereenkomst te wijzigen voorts dient te leiden tot de vaststelling dat het ontslag van een arbeidscontractant in de publieke sector niet onder het toepassingsgebied van de Wet Formele Motivering van Bestuurshandelingen van 21 juli 1991 kan vallen.⁵⁰ Niet alle auteurs lijken zich hier echter steeds van bewust.⁵¹ Bovendien is het ontslag van een arbeidscontractant, zo het al voorvalt, geen bestuurshandeling en valt het derhalve evenmin onder het toepassingsgebied van de Formele Motiveringswet Bestuurshandelingen van 21 juli 1991.

De Raad van State heeft tot op heden steeds geoordeeld dat de beslissing om een personeelslid bij arbeidsovereenkomst aan te werven afsplitsbaar kan zijn van de eigenlijke aanwervingsprocedure.⁵² Op dit ogenblik heeft de Raad van State nog niet geoordeeld dat de beslissing om een bepaald personeelslid aan te werven, nadat besloten werd om bij arbeidsovereenkomst aan te werven, als een afsplitsbare rechtshandeling kan worden beschouwd. Hier schuilt immers een belangrijk onderscheid met de wetgeving inzake de overheidsopdrachten. Bij het sluiten van een overeenkomst in het raam van overheidsopdrachten eindigt de aanbestedingsprocedure door een contract te sluiten met de eerst gerangschikte kandidaat.

Bij de aanwerving van een arbeidscontractant dient de overheid eerst te beslissen om voor de privaatrechtelijke weg te opteren en dus te beslissen om een personeelslid met een arbeidsovereenkomst aan te werven. Die beslissing (eenzijdige administratieve rechtshandeling) gaat vooraf aan de selectieprocedure. Tot nog toe heeft de Raad van State zich logischerwijze nog niet bevoegd verklaard om de selectieprocedure te toetsen bij de aanwerving van een arbeidscontractant. In de nabije toekomst is het nochtans niet ondenkbaar dat zulks toch gebeurt, aangezien steeds frequenter wordt opgelegd dat de selectieprocedure om te worden aangeworven in contractueel dienstverband minstens

⁴⁹ Cass. 20 december 1993, *Soc. Kron.* 1994, 105, met noot H. FUNCK en J. DEGRAUWE; Cass. 23 juni 1997, *R.W.* 1997-98, 1372, noot J.R.R., *J.T.T.* 1997, 333, met noot C. WANTIEZ.

⁵⁰ A. DE BECKER, «De motivering van het ontslag van een arbeidscontractant in de publieke sector», *R.W.* 2007-08, 90-102.

⁵¹ S. GILSON en L. DEAR, «La modification unilatérale des conditions de travail: un fait unique, des conséquences multiples et variées», in J. JACQMAIN (red.), *Une terre de droit de travail: les services publics*, Brussel, Bruylant, 2005, 237.

⁵² R.v.St., Moras, nr. 90.162, 11 oktober 2000; R.v.St., Raepers, nr. 100.559, 8 november 2001.

dient te voldoen aan een aantal objectiviteitsvereisten dan wel volledig conform de statutaire aanwerving dient te gebeuren (overeenkomstig het Besluit van de Vlaamse Regering van 7 december 2007 houdende de minimale voorwaarden voor de personeelsformatie, de rechtspositieregeling en het mandaatstelsel van het gemeente- en provinciepersoneel en houdende enkele bepalingen betreffende de rechtspositie van de secretaris en de ontvanger van de Openbare Centra voor Maatschappelijk Welzijn).⁵³

In één zaak argumenteerde een verzoekende partij zelfs dat de onwettigheid van de arbeidsovereenkomst tot gevolg diende te hebben dat zij statutair in dienst was genomen. De Raad van State oordeelde logischerwijze dat enkel de arbeidsrechtbanken bevoegd zijn om kennis te nemen van de geschillen met betrekking tot het sluiten van arbeidsovereenkomsten, tot de uitvoering ervan en met betrekking tot de weigering om ze te verlengen of tot de beslissing om de overeenkomst te beëindigen.⁵⁴

F. Contractanten en de uitoefening van openbaar gezag

Het uitzonderlijk karakter van de contractuele tewerkstelling en de onmogelijkheid om een volwaardige loopbaan uit te bouwen, hebben ook tot gevolg dat een contractueel personeelslid in beginsel geen deel van het openbaar gezag kan uitoefenen.⁵⁵

Dit heeft onder meer tot gevolg dat een contractueel personeelslid geen eenzijdige administratieve rechtshandelingen kan stellen en meer specifiek geen handeling kan stellen die leidt tot de afzetting van een statutair personeelslid. Zo oordeelde de Raad van State althans tweemaal in een schorsingsprocedure.⁵⁶

Bovendien heeft de huidige regelgeving tot gevolg dat contractuele personeelsleden bij de overheid in beginsel geen volwaardige loopbaan bij een overheid kunnen uitbouwen, behoudens wanneer een specifieke reglementering een loopbaanontwikkeling voor contractuele personeelsleden mogelijk maakt, wat zeer uitzonderlijk voorkomt. Dit is bijvoorbeeld het geval bij het Federaal Agentschap voor Nucleaire Controle.⁵⁷

⁵³ Zie hierover: A. DE BECKER en J. DEBIÈVRE, *o.c.*, in J. DUJARDIN en M. VAN DAMME (red.), *Rechtspositieregeling van het personeel bij de lokale besturen*, 90.

⁵⁴ R.v.St., Adamopoulos, nr. 163.263, 5 oktober 2006.

⁵⁵ R.v.St., Khemissi, nr. 127.677, 2 februari 2004, *Soc. Kron.* 2004, 487, met noot J. JACQMAIN.

⁵⁶ R.v.St., Maes, nr. 161.214, 10 juli 2006 (schorsing); R. v. St., Bequet, nr. 173.020, 3 juli 2007.

⁵⁷ Art. 44 van de wet van 15 april 1994 betreffende de bescherming van de bevolking en van het leefmilieu tegen de uit ioniserende stralingen voortspruitende gevaren en betreffende het Federaal Agentschap voor Nucleaire Controle bepaalt dat het

De moeilijkheid met betrekking tot de uitoefening van het openbaar gezag door contractanten blijft echter onverminderd bestaan. De vraag rijst na het eerder besproken arrest van het Grondwettelijk Hof in hoeverre sommige contractuele personeelsleden hun job naar behoren kunnen uitoefenen indien zij geen eenzijdige beslissingsmacht ten aanzien van de ondergeschikte statutaire personeelsleden kunnen uitoefenen. Aangezien de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof aangeeft dat contractuele personeelsleden HR-functies kunnen uitoefenen, rijst de vraag of het nemen van een eenzijdige beslissing ten aanzien van een statutair personeelslid niet als een wettelijk expliciet gefundeerde uitzondering op het principe dat het openbaar gezag enkel uitgeoefend kan worden door statutaire personeelsleden, kan worden beschouwd.⁵⁸ In zijn arrest na deze prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof interpreteert de Raad van State dit arrest van het Grondwettelijk Hof inderdaad aldus. De Raad overweegt dat, indien de wettelijke bepaling aldus moet worden geïnterpreteerd dat contractuele personeelsleden kunnen worden aangeworven om HR-functies te bekleden, dit inhoudt dat zij voor de uitoefening van hun functie ook tuchtsancties moeten kunnen opleggen.⁵⁹

In het arrest-Bequet oordeelde de Raad van State nog dat de bevoegdheid om eenzijdige rechtshandelingen (zoals de benoeming en de afzetting) te stellen, gekoppeld werd aan de bevoegdheid om een deel van het openbaar gezag uit te oefenen. Doordat de benoeming en de afzetting eenzijdige bindende rechtshandelingen zijn, die in de voormalige interpretatie enkel konden worden uitgeoefend door personeelsleden die een deel van het openbaar gezag uitoefenden, dienen zij in de huidige context te worden gesteld door statutaire personeelsleden.⁶⁰ De Raad van State heeft in het zeer recente arrest-Maes deze zienswijze minstens getemperd.

De moeilijkheid over de principiële koppeling van de uitoefening van typische overheidstaken aan statutaire tewerkstelling vormt bijwijlen ook een probleem voor de arbeidsrechtbanken en de arbeidshoven. Het Arbeidshof te Antwerpen overwoog in een zaak waarbij de vraag rees naar de juridische kwalificatie van de

personeel van het Federaal Agentschap voor Nucleaire Controle *normaliter* (met uitzondering van de officieren van gerechtelijke politie, zie art. 46) met arbeidsovereenkomsten wordt tewerkgesteld. Zie ook B. LOMBAERT, I. MATHY en V. RIGODANZO, *o.c.*, 68.

⁵⁸ Zie hierover reeds het advies van de afdeling wetgeving van de Raad van State, gegeven op 10 december 1998, *C.D.P.K.* 1999, 363, met noot M. NIHOUL.

⁵⁹ R.v.St., Maes, nr. 188.123, 21 november 2008.

⁶⁰ R.v.St., Bequet, nr. 173.120, 3 juli 2007.

(arbeids)relatie tussen een overheid en een deskundige «dat de heer P. vervolgens als directeur van de dienst voor energiebehoud taken heeft verricht en beslissingen heeft genomen, die volgens de heersende reglementering zijn voorbehouden aan de uitvoerende macht en die eigenlijk niet mochten worden gedelegeerd aan een zelfstandige wederpartij-contractant van de Belgische Staat is wellicht juist, maar deze vaststelling impliceert niet dat de heer P. louter door het leveren van die prestaties moet worden beschouwd als een ambtenaar of werknemer die heeft gewerkt onder het gezag van Belgische Staat».⁶¹ Het Arbeidshof oordeelt dat de betrokkene niet verbonden was met een arbeidsovereenkomst noch statutair was aangesteld, maar wel een zelfstandige aannemingsovereenkomst met de overheid had gesloten. Het probleem is hier gelegen in het feit dat, behoudens wettelijke grondslag, de overheid niet wettelijk kon overgaan tot contracteren, omdat de persoon in kwestie een typische overheidstaak uitoefende of, anders gezegd, dat hij een deel van het openbaar gezag uitoefende.⁶²

In de huidige rechtspraak van de Raad van State zorgt het uitzonderlijke karakter van de contractuele tewerkstelling en de daaraan gekoppelde onmogelijkheid om een volwaardige loopbaan uit te bouwen ervoor dat elk contractueel personeelslid in beginsel geen deel van het openbaar gezag kan uitoefenen.⁶³ Eigenlijk valt deze rechtspraak nog steeds terug op de oude leer van een arrest van het Hof van Cassatie van 8 december 1932, dat oordeelde dat «les emplois publics sont en dehors des tractations contractuelles».⁶⁴

G. Vergelijkbaarheid tussen contractuele en statutaire personeelsleden in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof

Daarnaast dient in het algemeen te worden beklemtoond dat de invloed van het Grondwettelijk Hof op het personeelsrecht in de publieke sector toeneemt. Het Grondwettelijk Hof oordeelt reeds lang dat de statutaire en de contractuele personeelsleden in de publieke sector zich in beginsel in een onvergelijkbare situatie bevinden.⁶⁵ Uitzondering op deze vaste recht-

⁶¹ Arbh. Antwerpen 4 oktober 2006, *Soc. Kron.* 2008, 166, met noot J. JACQMAIN.

⁶² Zie ook: J. JACQMAIN, noot onder Arbh. Antwerpen 4 oktober 2006, *Soc. Kron.* 2008, 167.

⁶³ R.v.St., Khemissi, nr. 127.677, 2 februari 2004, *Soc. Kron.* 2004, 487, met noot J. JACQMAIN.

⁶⁴ Cass. 8 december 1932, *Pas.* 1933, I, 44.

⁶⁵ Dit blijkt het meest expliciet uit Arbitragehof nr. 127/2001, 16 oktober 2001, maar eveneens uit Arbitragehof nr. 17/91, 4 juli 1991; Arbitragehof nr. 82/95, 14 december 1995; Arbitragehof nr. 66/99, 17 juni 1999. Zie ook: A. DE BECKER, *De overheid en haar*

spraak vormen de uitspraken die oordelen dat inzake aansprakelijkheid wel een vergelijkbaarheid tussen de aansprakelijkheidsregimes van de statutaire en de contractuele personeelsleden kan worden aanvaard.⁶⁶

Het Grondwettelijk Hof wordt recentelijk steeds meer geraadpleegd over de vergelijkbaarheid in het licht van het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel van de werknemers in de private sector en de arbeidscontractanten in de publieke sector. In een arrest van 28 maart 2007 oordeelde het Grondwettelijk Hof dat een wetwijziging die een belastingvermindering toekent aan de personeelsleden die zijn tewerkgesteld bij privaatrechtelijke instellingen voor geneeskundige, profylactische en andere verzorging en die voortvloeit uit een interprofessioneel akkoord tussen de sociale partners in de private sector, geen schending van het gelijkheidsbeginsel inhoudt ten aanzien van de personeelsleden die met een arbeidsovereenkomst zijn tewerkgesteld in de publieke sector. Het onderscheid kent een objectieve basis, omdat de CAO-wet van 5 december 1968 wel van toepassing is op de private sector en niet op de publieke sector. Door het verschillend toepassingsgebied van deze wet kunnen er verschillen ontstaan die het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel niet (noodzakelijk) schenden.⁶⁷

Het Grondwettelijk Hof beoordeelde ook de vergelijkbaarheid van de terugvordering van loon, die verjaart na een periode van vijf jaar voor de overheid op basis van art. 16, § 1, van de wet van 17 juli 1991 op de Rijkscomptabiliteit en die, overeenkomstig art. 15 van de Arbeidsovereenkomstenwet, na een periode van vijf jaar verjaart zonder de termijn van één jaar na het einde van de arbeidsovereenkomst te overschrijden in de private sector. Het Grondwettelijk Hof oordeelde dat, wegens het bijzondere karakter van de overheid als schuldeiser of als schuldenaar en gelet op de hogegrootheid van de bedragen, het log karakter van het bestuursapparaat en de hoeveelheid documenten die de overheid dient te verwerken dit onderscheid redelijkerwijze verantwoord is.⁶⁸ Hiermee beslecht het Grondwettelijk Hof een moeilijk debat. Het was immers hoogst onduidelijk of de voorkeur diende te

personeel: juridische grondslagen van de rechtspositie van de ambtenaar, 595-600 en M. BOES, *Administratief recht*, Leuven, Acco, 2008, 66.

⁶⁶ Arbitragehof nr. 77/96, 18 december 1996, *R.W.* 1996-97, 1252; *J.M.L.B.* 1997, 268, met noot P. HENRY; *T. Gem.* 1997, 299, met noot P. COENRAETS, *A.J.T.* 1996-97, 551, met noot B. ELIAS; Arbitragehof nr. 20/99, 17 februari 1999, *R.W.* 1999-2000, met noot A. VAN OEVELEN; Arbitragehof nr. 17/2003, 28 januari 2003, *R.W.* 2003-04, 179.

⁶⁷ Grondwettelijk Hof nr. 50/2007, 28 maart 2007.

⁶⁸ Grondwettelijk Hof nr. 95/2007, 27 juni 2007, *Soc. Kron.* 2007, 568, met noot J. JACQMAIN.

worden gegeven aan art. 15 van de Arbeidsovereenkomstenwet dan wel aan art. 16, § 1, van de wet van 17 juli 1991 op de Rijkscomptabiliteit.⁶⁹ De zaak betrof de terugvordering van de onverschuldigde betaalde wedde aan een voormalige arbeidscontractant bij de VDAB.

Niettemin geven deze arresten duidelijk aan dat het frequenter gebruik van arbeidsovereenkomsten in de publieke sector tot een verhoogde waakzaamheid van de wetgever zou moeten leiden. Er dient immers zowel bij een wijziging van reglementering in het arbeidsrecht als bij wijziging van de reglementering in het publiekrecht aandacht te worden geschonken aan de potentiële invloed van die nieuwe bepaling op de rechtspositie van de contractanten in overheidsdienst.

Deze beide arresten geven aan dat deze reflex nog geen automatisme vormt bij het uitvaardigen van regelgeving in het arbeidsrecht *casu quo* in het publiekrecht. Indien het de bedoeling is, zoals uit de laatste regelgevende wijzigingen blijkt,⁷⁰ om steeds meer arbeidscontractanten in de publieke sector aan te werven, dient de regelgever bij de uitvaardiging van reglementering in elk domein dat de rechtspositie van deze contractanten kan beïnvloeden, rekening te houden met de eerder gekozen optie.

III. De rechten van de ambtenaren

A. Inleiding

De kenmerkende eenzijdigheid van de arbeidsrelatie leidt er, zoals reeds gesteld, toe dat de overheid in beginsel steeds eenzijdig (op basis van het beginsel van de veranderlijkheid van de openbare dienst) het statuut kan wijzigen.⁷¹ Dit zorgt enigszins voor een gespannen verhouding met bepaalde rechten, omdat de ambtenaar uit een bestaande regeling van zijn statuut in beginsel geen rechten voor de toekomst kan afleiden.

Zo oordeelde de Raad van State dat het bestaan van een vlakke loopbaan niet impliceert dat de ambtenaar in de toekomst rechten kan afdwingen om het behoud (van de voordelen) van deze vlakke loopbaan af te dwingen.⁷² Evenmin heeft een ambtenaar, na een

⁶⁹ Het was immers zeer moeilijk uit te maken welke wet *in casu* de *lex posteriori* was dan wel de *lex specialis*. Het Arbeidshof van Brussel had zestien jaar tevoren geoordeeld dat de Arbeidsovereenkomstenwet van toepassing was, omdat deze wet schijnbaar als *lex specialis* diende te worden beschouwd (zie Arbh. Brussel 18 januari 1991, *Soc. Kron.* 1991, 314, met noot J. JACQMAIN).

⁷⁰ Zie bijvoorbeeld: *Parl. St.*, Kamer, 2002-2003, nr. 2124/001, p. 489-490; *Parl. St.*, Vlaams Parlement, 2004-05, nr. 347/6, p. 78-79.

⁷¹ A. DE BECKER, *De overheid en haar personeel: de juridische grondslagen van de rechtspositie van de ambtenaar*, 34-35.

mutatie, rechtens aanspraak op zijn vorige functie, zelfs al heeft hij die langdurig bekleed. Het beginsel van de veranderlijkheid van de openbare dienst impliceert dat hij geen recht kan laten gelden op het ongewijzigd behouden van zijn rechtstoestand.⁷³

Moelijker wordt echter de situatie bij de afzetting, waarbij een ambtenaar zijn aanspraken op zijn reeds opgebouwde pensioenrechten in de publieke sector verliest. De Raad van State oordeelde hierover, in navolging van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, dat in zoverre de betrokken ambtenaar hierdoor zijn volledige pensioenrechten verliest, dit een schending vormt van het door art. 1 van het Eerste Protocol bij het E.V.R.M. gewaarborgde eigendomsrecht (zie *infra*).⁷⁴

Ten aanzien van de grondrechten is de situatie van de ambtenaren ook bijzonder, omdat zij enerzijds vereenzelvigd worden met het openbaar gezag ten aanzien van derden en anderzijds hun grondrechten als essentiële waarborg ten aanzien van hun werkgever (de overheid) dienen te fungeren. Dit moeilijke evenwicht vormt uiteraard het voorwerp van heel wat rechtspraak van de Raad van State. Omdat het onmogelijk is om alle grondrechten te bespreken, wordt hier bij wijze van illustratie enkel dieper ingegaan op het recht op vrije meningsuiting.

B. De uitoefening van het grondrecht op vrije meningsuiting

Ten aanzien van een ambtenaar wordt op dit ogenblik aanvaard dat zijn recht op vrije meningsuiting gewaarborgd is, zowel tijdens de uitoefening van zijn functie als in zijn hoedanigheid van privépersoon. Dit is echter het resultaat van een lange jurisprudentiële ontwikkeling.

Oorspronkelijk oordeelde de Raad van State dat de ambtenaar enkel over het recht van vrije meningsuiting beschikte als privépersoon. In zijn functie diende de ambtenaar (als orgaan van de Staat) zich te onthouden van elke kritiek op de organisatie als zodanig.⁷⁵ Deze rechtspraak kwam echter op gespannen voet te staan met het grondrecht van vrije meningsuiting, zoals het is vastgelegd in sommige (internationaal)rechtelijke

⁷² R.v.St., Van Damme, nr. 172.689, 25 juni 2007.

⁷³ R.v.St., Bruninx, nr. 87.859, 7 juni 2000.

⁷⁴ R.v.St., Dassonville, nr. 171.523, 24 mei 2007, *J.M.L.B.* 2007, 1110.

⁷⁵ R.v.St., Wintraecken, nr. 13.121, 25 juli 1968; R.v.St., Lievens, nr. 20.811, 16 december 1980. Zie ook: J. VELAERS, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting*, Antwerpen, Maklu, 1991, 607 en B. LOMBAERT, *La convention européenne des droits de l'homme dans le contentieux de la fonction publique belge*, Brussel, Bruylant, 2001, 91.

regels. Art. 10 van het E.V.R.M. erkent immers expliciet het recht van vrije meningsuiting als grondrecht. Reeds in de jaren zeventig en tachtig van de vorige eeuw oordeelde het Europees Hof voor de Rechten van de Mens dat dit grondrecht in beginsel ten aanzien van eenieder, en dus ook ten aanzien van ambtenaren, ten volle gold.⁷⁶

Ook de interne juridische ontwikkeling bemoeilijkte de inperking van het recht van vrije meningsuiting. Het bestuursrecht evolueerde steeds meer van een rechtstak waarbij de overheid eenzijdig beslissingen oplegde naar een rechtstak waarbij de wederkerigheid tussen de overheid en haar burgers een grotere rol speelde.⁷⁷

De rechtspraak van de Raad van State onderging tijdens dezelfde periode ook een grote wijziging. De Raad van State erkende immers dat het recht van vrije meningsuiting van de ambtenaren evenzeer bestond «als voor om het even wie».⁷⁸ Het was wel beperkt door een loyauteitsverplichting, een verplichting tot discretie en een verplichting tot terughoudendheid.⁷⁹ Zo oordeelde de Raad van State reeds in 1972 dat het verbod voor ambtenaren om handelingen te stellen die ingingen tegen de Grondwet en de wetten van het Belgische volk geen onaanvaardbare inperking van het recht van vrije meningsuiting vormde.⁸⁰

Gezien deze ontwikkeling achtte de Koning het, bij de totstandkoming van het eerste APKB in 1991,⁸¹

⁷⁶ E.H.R.M., Engel t/ Nederland, 23 november 1976; Hof Mensenrechten, Leander t/ Zweden, 26 maart 1987; E.H.R.M., Hadjinastassiou t/ Griekenland, 16 december 1992; en vooral E.H.R.M., Vogt t/ Duitsland, 26 september 1995; E.H.R.M., Ahmed t/ Verenigd Koninkrijk, 2 september 1998; E.H.R.M., Fuentes Bobo t/ Spanje, 29 februari 2000; E.H.R.M., Guja t/ Moldavië, 12 februari 2008.

⁷⁷ I. OPDEBEEK en A. COOLSLET, *Formele motivering van bestuurs-handelingen*, Brugge, die Keure, 1999, 11.

⁷⁸ R.v.St., Morissens, nr. 24.516, 27 juni 1984, *T.B.P.* 1985, 48, *J.T.* 1984, 601 en R.v.St., Stevens, nr. 26.106, 22 januari 1986, *Pas.* 1989, III, 59. Zie reeds vroeger: R.v.St., Van Dijck, nr. 13.449, 18 maart 1969; R.v.St., Zumkir, nr. 15.446, 12 juli 1972, *R.J.D.A.* 1972, 296. Later bevestigde de Raad deze rechtspraak ook in de volgende arresten: R.v.St., Wartel, nr. 35.032, 1 juni 1990; R.v.St., Leenders, nr. 37.113, 29 mei 1991.

⁷⁹ B. LOMBAERT, *o.c.*, 95-118. Deze beperking was ook terug te vinden in de rechtspraak van het E.H.R.M. (zie E.H.R.M., Vogt t/ Duitsland, 26 september 1995, in *Jaarboek Mensenrechten 1995-96*, Antwerpen, Maklu, 233, met noot S. BAETEN; E.H.R.M., Ahmed t/ Verenigd Koninkrijk, 2 september 1998, *R.W.* 2000-01, 672, weergave A. BORMS; E.H.R.M., Guja t/ Moldavië, 12 februari 2008, *NJB* 2008, 1044).

⁸⁰ R.v.St., Zumkir, nr. 15.446, 12 juli 1972, *R.J.D.A.* 1972, 296.

⁸¹ Dit eerste APKB werd vernietigd door de Raad van State, omdat het was uitgevaardigd toen het Parlement reeds ontbonden was en het uitvaardigen van het APKB niet onder noemer «lopende zaken» kon worden gecatalogeerd (zie: R.v.St., Leclercq, nr. 47.689, 31 mei 1994).

raadzaam om expliciet in een regelgevende tekst het recht van vrije meningsuiting van de ambtenaar te erkennen.

Op dit ogenblik bepaalt art. 9 van het APKB dat de ambtenaren gehouden zijn om de van kracht zijnde wetten en reglementen te respecteren alsook de richtlijnen die zij ontvangen van hun overheid aangaande hun gedrag en aangaande de deontologie.

Prima facie kan de vraag rijzen naar de combineerbaarheid van deze bepaling met artikel 10, tweede lid, van het E.V.R.M.⁸²

De omschrijving «bij wet» lijkt immers niet toe te staan bij besluit af te wijken van de uitoefening van dit grondrecht. In de zin van art. 10, tweede lid, van het E.V.R.M. vormt de uitdrukking «bij wet» echter een vertaling van de Engelse uitdrukking «*prescribed by law*». Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft echter al aanvaard dat het «*prescribed by law*»-principe in continentale rechtsstelsels dient open te staan voor zekere jurisprudentiële interpretaties en dus niet enkel de wet in de formele zin van het woord omvat (en zelfs niet louter de wet in de formele zin van het woord).⁸³ Dit zorgt ervoor dat, om deze inperkingen van het recht op vrije meningsuiting met name in art. 10, tweede lid, van het E.V.R.M. te passen, deze beperkingen een legitiem doel moeten nastreven dat noodzakelijk is in een democratische samenleving.

In het arrest-Vogt had de regering van het toenmalig district Weser-Ems een lerares afgezet omdat zij actief lid was van de sterk omstrede communistische partij in het toenmalige West-Duitsland.⁸⁴ Haar activiteiten waren volgens de regering van Weser-Ems, gezien het verleden van Duitsland, een dermate flagrante schending van de wettelijk opgelegde loyaliteitsverplichting,

⁸² Art. 10, tweede lid, E.V.R.M. luidt als volgt: «Daar de uitoefening van deze vrijheden plichten en verantwoordelijkheden met zich brengt, kan zij worden onderworpen aan bepaalde formaliteiten, voorwaarden, beperkingen of sancties, welke bij wet worden voorzien en die in een democratische samenleving nodig zijn in het belang van 's lands veiligheid, de bescherming van de openbare orde, en het voorkomen van strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, de bescherming van de goede naam of de rechten van anderen om de verspreiding van vertrouwelijke mededelingen te voorkomen of om het gezag en de onpartijdigheid van de rechterlijke macht te waarborgen».

⁸³ E.H.R.M., Hudvig t/ Frankrijk, 24 april 1990; E.H.R.M., Guja t/ Moldavië, 12 februari 2008, waarin het Hof erkende dat twee bepalingen van een intern reglement kunnen volstaan om te voldoen aan de vereiste «*prescribed by law*». Zie ook: J. VELAERS, *o.c.*, 637 en F. DORSSEMONT, «De NMBS-stakingsverboden: een gemiste kans tot reflectie over de grenzen van het recht tot staken. Van kolder naar polder: even proeven van een geslaagd Hollands recept», *Soc. Kron.* 1999, 419.

⁸⁴ E.H.R.M., Vogt t/ Duitsland, 26 september 1995, in *Jaarboek Mensenrechten 1995-96*, Antwerpen, Maklu, 1996, 233, met noot S. BAETEN.

dat een afzetting gerechtvaardigd was. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens besluit dat, hoewel het, gezien de specifieke historische situatie van Duitsland, begrijpelijk is dat dit lidmaatschap een schending was van de loyaliteitsverplichting van de ambtenaar, de afzetting van een lerares voor zo'n lidmaatschap buitensporig was. Het zorgt er immers voor dat de professionele toekomstperspectieven van deze lerares (die reeds sedert 1972 in dienst was en werd afgezet in 1987) uitzichtloos werden. Bovendien waren er geen opmerkingen op haar werk als lerares Duits en Frans in het secundair onderwijs en vormde de job die zij uitoefende geen bedreiging voor de veiligheid van de Staat. Daarom was de afzetting een buitensporige maatregel die niet noodzakelijk was in een democratische samenleving.⁸⁵

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens aanvaardde wel dat de Britse wetgever aan ambtenaren een verbod oplegde om zich kandidaat te stellen bij verkiezingen en om bepaalde specifieke politieke mandaten uit te oefenen. Aangezien deze regel was ingegeven door de zorg om de neutraliteit van het (lokaal) openbaar ambt te behouden, vond het Europees Hof voor de Rechten van de Mens de beperking van het grondrecht wel proportioneel en aanvaardbaar als zijnde noodzakelijk in een democratische samenleving, zeker omdat de ambtenaren het recht niet werd ontnomen om zich aan te sluiten bij een politieke partij.⁸⁶ Een soortgelijk arrest velde het Europees Hof voor de Rechten van de Mens ten aanzien van een Hongaarse politiemans.⁸⁷

In België blijkt de Raad van State echter strenger dan het Europees Hof voor de Rechten van de Mens ten aanzien van de inperking van de vrijheid van meningsuiting wanneer een ambtenaar wenst deel te nemen aan verkiezingen. De Raad van State vernietigde de beslissing waarbij een gemeenteraad een ambtenaar had geweigerd verlof wegens een politieke opdracht aan te vragen omdat hij zich kandidaat had gesteld bij lokale verkiezingen. De Raad van State achtte zo'n verregaande verplichting in strijd met art. 10 van het E.V.R.M. en vond dat de neutraliteit van het openbaar ambt met minder verregaande maatregelen kon worden gegarandeerd.⁸⁸

In een recent arrest van 12 februari 2008 bevestigde het Europees Hof voor de Rechten van de Mens nog-

⁸⁵ E.H.R.M., Vogt t/ Duitsland, 26 september 1995, in *Jaarboek Mensenrechten 1995-96*, Antwerpen, Maklu, 1996, 233, met noot S. BAETEN.

⁸⁶ E.H.R.M., Ahmed t/ Verenigd Koninkrijk, 2 september 1998, R.W. 2000-01, 672, weergave A. BORMS.

⁸⁷ E.H.R.M., Rekvenyi t/ Hongarije, 20 mei 1999, R.W. 2000-01, 1501, weergave E. BREMS.

maals dat de vrijheid van meningsuiting als grondrecht in hoofde van een ambtenaar principieel gewaarborgd is. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens herhaalt echter dat dit grondrecht bij ambtenaren onderworpen is aan bepaalde beperkingen inzake loyaliteit, discretie en terughoudendheid. *In casu* had een ambtenaar van het parket-generaal van Moldavië interne, maar geen geheime informatie doorgespeeld aan kranten, waaruit bleek dat toppolitici zich hadden gemengd in een lopend onderzoek. Als gevolg van deze tussenkomenst werd het onderzoek afgesloten. De betrokken ambtenaar werd afgezet voor zijn daad door de hiërarchisch overste van het parket-generaal. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens oordeelt echter dat ambtenaren in bepaalde omstandigheden kennis kunnen nemen van gegevens die belangrijk zijn voor het publiek. Door deze elementen publiek te maken heeft de ambtenaar zijn verplichting tot discretie niet dermate geschonden dat een afzetting een adequate sanctie was. Gezien de ernst van de feiten die hij aan het licht bracht voor het publiek, kan deze inperking van het recht van vrije meningsuiting niet als een noodzakelijke maatregel in een democratische samenleving worden beschouwd.⁸⁹

De Belgische Grondwet is ten aanzien van de inperking van het grondrecht op vrije meningsuiting op formeel vlak nog een stuk strenger dan het E.V.R.M. Aan de grondrechten mag in geen geval afbreuk worden gedaan door een preventieve maatregel. Het preventief inperken van het recht van vrije meningsuiting gebeurde voornamelijk door op te leggen dat een ambtenaar vooraf toestemming moest vragen om een interview te geven of een mededeling te doen. De Raad van State heeft in een aantal oudere arresten geoordeeld dat zo'n preventieve inperking van de vrijheid van meningsuiting niet onverenigbaar is met art. 19 van de Grondwet.⁹⁰

Deze rechtspraak leidde tot enorm veel kritiek in de rechtsleer, en de Raad van State heeft deze uitspraken niet meer bevestigd in een recent arrest. In de recente arresten-Vansainge⁹¹ en -Peersmans⁹² heeft de Raad van State tweemaal overwogen dat uitzonderingen op het grondrecht op vrije meningsuiting restrictief

⁸⁸ R.v.St., Harmegnies, nr. 152.039, 30 november 2005, *T.B.P.* 2007, 169. Enigszins verbaasd verwijst de Raad van State in zijn motivering naar het arrest-Rekvenyi van het E.H.R.M.

⁸⁹ E.H.R.M., Guja t/ Moldavië, 12 februari 2008, *NJB* 2008, 1044.

⁹⁰ R.v.St., Bogaert, nr. 1755, 12 juli 1952, *J.T.* 1953, 484, met noot E. BOTTIER; *R.J.D.A.* 1953, 58, met noot V. CRABBÉ; *T.B.P.* 1952, 413, met noot F. MEYERS; R.v.St., Dulasy, nr. 14.141, 4 juni 1970, *R.J.D.A.* 1971, 207; R.v.St. Zumkir, nr. 15.446, 12 juli 1972, *R.J.D.A.* 1972, 296. Zie hierover ook: B. LOMBAERT, *o.c.*, 96.

⁹¹ R.v.St., Vansainge, nr. 123.337, 24 september 2003, *T.B.P.* 2005, 191.

moeten worden geïnterpreteerd. In het arrest-Peersmans (schorsingsprocedure) heeft de Raad van State zelf aangestipt dat het spreekrecht van de ambtenaren hun recht inhoudt om vrij hun mening te uiten en te publiceren, zonder dat hiervoor voorafgaande toestemming moet worden gevraagd.⁹³

Daarnaast blijft het probleem dat de afbakening van de inperking van het grondrecht van vrije meningsuiting *op formeel vlak* enkel bij wet kan gebeuren (en in beginsel dan nog enkel ter bestraffing van misdrijven die ter gelegenheid van de gebruikmaking van deze vrijheden worden gepleegd).

Dit impliceert dus dat deze inperkingen normaliter enkel bij wet in de formele zin kunnen worden bepaald. Weliswaar kan, in navolging van Velaers,⁹⁴ nog worden aanvaard dat op basis van art. 37 en 107, tweede lid, van de Grondwet de Koning kan optreden om beperkingen op te leggen aan dit grondrecht, maar dan enkel voor die ambtenaren ten aanzien van wie de Koning over een grondwettelijke zelfstandig verordenende bevoegdheid beschikt, namelijk de ambtenaren bij eigenlijke «centrale» federale overheidsdiensten (de vroegere ministeries).⁹⁵

In dat geval zijn de statuten van de parastatale instellingen, de autonome overheidsbedrijven, de extern verzelfstandigde agentschappen, gemeenten of intergemeentelijke samenwerkingsverbanden die beperkingen opleggen aan de vrijheid van meningsuiting in een louter tuchtrechtelijk kader niet conform met art. 19 van de Grondwet *juncto* art. 12 en 14 van de Grondwet.

In beginsel geldt dit ook voor de statuten van het personeel bij de diensten van de Gemeenschappen en de Gewesten. Ook voor deze personeelscategorie bestaat er immers geen grondwettelijke grondslag voor de repressieve inperking van de vrijheid van meningsuiting. De grondslag voor de bevoegdheid van de Gemeenschaps- en de Gewestregering om een adminis-

⁹² R.v.St., Peersmans, nr. 168.781, 12 maart 2007 (vernietiging), R.W. 2007-08, 1321, met noot J. NEUTS. Weliswaar valt hier aan te stippen dat de Raad van State de beperkingen heeft afgewogen in het licht van het E.V.R.M.

⁹³ R.v.St., Peersmans, nr. 107.874, 17 juni 2002 (schorsing), T.B.P. 2003, 593.

⁹⁴ J. VELAERS, *o.c.*, 615. De bevoegdheid om de rechtspositie van de ambtenaren bij het algemeen bestuur en bij de buitenlandse betrekkingen uit te tekenen, wordt immers traditioneel beschouwd als een bevoegdheid die Koning als hoofd van de uitvoerende macht (op basis van art. 37 en 107, tweede lid, van de Grondwet) rechtstreeks ontleent aan de Grondwet. Of deze interpretatie ook overeenstemt met de wil van de oorspronkelijk grondwetgever, valt sterk te betwijfelen (zie: A. DE BECKER, *De overheid en haar personeel: juridische grondslagen van de rechtspositie van de ambtenaar*, 148-158).

⁹⁵ Arbitragehof nr. 99/2004, 2 juli 2004 en eveneens maar impliciet: Arbitragehof nr. 138/2002, 2 oktober 2002.

tratief en geldelijk statuut uit te tekenen voor het personeel ligt immers in art. 87, § 2, Bijzondere Wet op de Hervorming van de Instellingen (hierna: BWHI). Hoewel de rechtstreekse toewijzing van deze bevoegdheid een kopie vormt van de huidige interpretatie van art. 37 en 107, tweede lid, van de Grondwet,⁹⁶ kan er uiteraard geen grondwettelijk zelfstandig verordenend karakter aan deze bevoegdheid worden toegekend.

In dat licht roept art. 6 van het APKB van 22 december 2000 dan ook vragen op, omdat het het grondrecht van vrije meningsuiting weliswaar wordt gewaarborgd in het eerste lid, maar het tweede lid dit grondrecht meteen inperkt door ambtenaren te verbieden feiten bekend te maken die betrekking hebben op 's lands veiligheid, de bescherming van de openbare orde, de financiële belangen van de overheid, het voorkomen en het bestraffen van strafbare feiten, het medisch geheim, de rechten en de vrijheden van de burger, en in het bijzonder het recht op eerbiediging van het privéleven; dit verbod geldt bovendien voor feiten die betrekking hebben op de voorbereiding van alle beslissingen zolang er geen eindbeslissing is genomen voor feiten, die wanneer zij worden bekendgemaakt, de mededingingspositie van de instelling waarin de ambtenaar is tewerkgesteld, kunnen schaden.

De vraag rijst meteen of de Koning, op basis van art. 87, § 4, BWHI, wel over de bevoegdheid beschikt om op zo'n wijze een grondrecht te beperken. Deze moeilijkheid geeft nogmaals aan waarom het dermate belangrijk is dat de wetgever de rechtspositie van de ambtenaren zou regelen en niet de uitvoerende macht. Deze interpretatie zou bovendien overeenstemmen met de *ratio legis* van de oorspronkelijke grondwetgever.⁹⁷

De Raad van State aanvaardt niettemin dat een statuut beperkingen oplegt aan het grondrecht van vrije meningsuiting. In de rechtspraak van de Raad van State is een duidelijke evolutie vast te stellen. Tot vóór de jaren negentig trachtte de Raad van State aan te stippen dat de ambtenaar door zijn benoeming te aanvaarden de inperkingen van zijn grondrechten, die samenhangen met de uitvoering van zijn taak, aanvaardt.⁹⁸ Geleidelijk heeft de Raad van State echter bij

⁹⁶ B. WEEKERS, *Personeel en organisatie*, Brugge, die Keure, 2003, 32; A. DE BECKER, *De overheid en haar personeel: juridische grondslagen van de rechtspositie van de ambtenaar*, 159.

⁹⁷ A. DE BECKER, *De overheid en haar personeel: juridische grondslagen van de rechtspositie van de ambtenaar*, 609-612.

⁹⁸ R.v.St., Wintraecken, nr. 13.121, 25 juli 1968; R.v.St., Lievens, nr. 20.811, 16 december 1980; R.v.St., Stevens, nr. 26.106, 22 januari 1986, *Pas.* 1989, IV, 59.

een afweging van de inperking van het recht van vrije meningsuiting het mechanisme van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens overgenomen door na te gaan of het grondrecht werd ingeperkt «bij wet» en «om een legitiem doel na te streven dat noodzakelijk is in een democratische samenleving». Indien de inperking aan beide vereisten voldeed, aanvaardde de Raad van State de beperking van het grondrecht van vrije meningsuiting.

Dit blijkt onder meer uit de arresten-Leclercq⁹⁹ en -Ory,¹⁰⁰ waarin de Raad van State oordeelde dat de bepaling van het APKB van 22 november 1991, dat een soortgelijke inperking van de vrijheid van meningsuiting als art. 6 van het APKB van 22 december 2000, niet disproportioneel is met art. 10, tweede lid, van het E.V.R.M. Op deze wijze omzeilt de Raad van State de vraag of de Koning wel over de bevoegdheid beschikt om zo'n bepaling uit te vaardigen.

Dezelfde techniek hanteerde de Raad van State ten aanzien van een ambtenaar van de Post die was afgezet wegens zijn uitlatingen in de pers. Art. 76 van het Administratief Statuut van de Post verbiedt om feiten bekend te maken die de belangen van de Post kunnen schaden. Zonder het (grond)wettelijk karakter van deze bepaling na te gaan, toetste de Raad van State enkel het noodzakelijke karakter van de afzetting in het licht van art. 10, tweede lid, E.V.R.M. Het arrest aangaande het verzoek tot vernietiging van de afzetting overwoog dat, hoewel een tuchtstraf, gezien de ernst van de uitlatingen, zeker te rechtvaardigen was, zo'n bestraffing dermate was dat zij een te groot afschrikkend effect zou hebben voor de andere ambtenaren, wat het spreekrecht van de ambtenaren dreigt uit te hollen.¹⁰¹

Het arrest dat het verzoek tot schorsing afwees, vertrok echter van het grondwettelijk recht op vrije meningsuiting. Het grondwettelijk spreekrecht van de ambtenaren doet volgens dit arrest geen afbreuk aan de verplichting van de ambtenaar om in de uitoefening van zijn ambt elke handelwijze te vermijden die het vertrouwen van de bevolking ten opzichte van de overheidsdienst kan aantasten.¹⁰² De Raad van State gaat hier opnieuw niet het nochtans grondwettelijk

⁹⁹ R.v.St., Leclercq, nr. 47.689, 31 mei 1994, in *Jaarboek Mensenrechten 1996-97*, Antwerpen, Maklu, 1997, 353.

¹⁰⁰ R.v.St., Ory, nr. 47.691, 31 mei 1994, *J.T.* 1994, 515, met advies van auditeur-generaal M. ROELANDT, *T.B.P.* 1994, 497, met noot P.B.

¹⁰¹ R.v.St., Peersmans, nr. 168.781, 12 maart 2007, *R.W.* 2007-08, 1321, met noot J. NEUTS.

¹⁰² R.v.St., Peersmans, nr. 107.874, 17 juni 2002 (schorsing), *T.B.P.* 2003, 593; R.v.St., Peersmans, nr. 168.781, 12 maart 2007 (vernietiging), *R.W.* 2007-08, 1321, met noot J. NEUTS.

verplichte wettelijke karakter van de inperkende maatregel na.

In de huidige stand van zaken omzeilt de Raad van State het probleem inzake de inperking van het grondwettelijk recht op vrije meningsuiting. Dit is begrijpelijk, omdat het uiteraard raadzaam is voor het goed functioneren van het openbaar ambt dat er tuchtrechtelijk kan worden opgetreden.¹⁰³ Het formeel correct juridisch inpassen van het tuchtrechtelijk systeem in de huidige regelgeving vereist echter een tussenkomst van de (grond)wetgever.

Voor de ambtenaren *sensu lato*, van wie het statuut reeds is opgenomen in een wet (zoals de militairen en de politieagenten), heeft het toenmalige Arbitragehof reeds beslist dat de wetgever beperkingen kan opleggen aan het recht van vrije meningsuiting van deze bijzondere categorie van ambtenaren in zoverre art. 10, tweede lid, van het E.V.R.M. niet geschonden wordt.¹⁰⁴ De beperking, opgelegd aan de toenmalige rijkswachters, waarbij hen het recht werd ontzegd om lid te worden van een politieke partij, werd als niet noodzakelijk in een democratische samenleving beoordeeld in het licht van art. 10, tweede lid, E.V.R.M.

IV. De aanwerving

A. Algemeen

Elke overheid dient bij aanwerving van een nieuwe ambtenaar alle kandidaten gelijk te behandelen en dient een objectieve vergelijking te maken van de titels en de verdiensten van alle kandidaten. Deze verplichting vormt, in de bewoordingen van het Grondwettelijk Hof, een correlarium van art. 10 en 11 van de Grondwet.¹⁰⁵ De overheid is tevens verplicht om de kandidaat aan te werven die in het licht van het algemeen belang als de meest geschikte kandidaat kan worden beschouwd. Dit laatste principe wordt gebaseerd op art. 33 van de Grondwet, dat voorschrijft dat alle machten uitgaan van de Natie en worden uitgeoefend op de wijze bij de Grondwet bepaald.¹⁰⁶

¹⁰³ Zie ook: J. VELAERS, *o.c.*, 615; B. LOMBAERT, *o.c.*, 115.

¹⁰⁴ Arbitragehof nr. 62/93, 15 juli 1993, *B.S.* 5 augustus 1993, *J.T.* 1993, 820, met noot B. RENAULD.

¹⁰⁵ Arbitragehof nr. 138/2002, 2 oktober 2002, *T.B.P.* 2003, 589.

¹⁰⁶ *R.v.St.*, Messens, nr. 60.526, 26 juni 1996; *R.v.St.*, Bardijn, nr. 72.322, 10 maart 1998; *R.v.St.*, Timmermans, nr. 101.446, 3 december 2001, *R.W.* 2001-02, 1608. Zie ook: I. OPDEBEEK, «De rechtsplicht tot vergelijking van titels en verdiensten van de kandidaten voor een benoeming of een bevordering», in I. OPDEBEEK (red.), *Benoemingen, bevorderingen en de Raad van State*, Brugge, die Keure, 1997, 8; B. WEEKERS, *o.c.*, 41.

B. Het vergelijkend aanwervingsexamen of de vergelijkende selectie

Ten aanzien van de federale overheidsdiensten en de federale openbare instellingen heeft de Koning een onafhankelijk aanwervingsorgaan (SELOR) ingericht, dat bemiddelt bij de aanwerving. SELOR komt niet tussen in de beslissing om tot aanwerving over te gaan en evenmin in de beslissing om een personeelslid aan te werven.¹⁰⁷ De Bijzondere Wetgever heeft, om de objectiviteit van de aanwerving bij de diensten van de Gemeenschappen en de Gewesten te garanderen, in art. 87, § 2, BWHI vastgelegd dat de aanwervingen via SELOR (vroeger het Vast Wervingssecretariaat) dienen te gebeuren.¹⁰⁸

De ingrijpende Copernicushervorming ten tijde van de paarsgroene regering-Verhofstadt I¹⁰⁹ heeft voor een fundamentele verandering van de wijze van aanwerving gezorgd. Naast het traditionele vergelijkend aanwervingsexamen is een vergelijkende selectie totstandgekomen. Het traditionele vergelijkende aanwervingsexamen bij SELOR leidde tot een rangschikking van de kandidaten die bindend was voor de recruterende overheid.¹¹⁰

Het onderscheid tussen beide ligt in de wijze waarop de hele procedure wordt afgehandeld. Voorheen leidde het vergelijkende aanwervingsexamen, zoals afgenomen door SELOR, tot een bindende rangschikking, waarbij de departementen gebonden waren door de rangschikking van het orgaan dat het vergelijkend aanwervingsexamen had afgenomen.¹¹¹ Enkel wanneer een materiële vergissing was begaan met betrekking tot de rangschikking van de kandidaten, kan de benoemingsbeslissing van de benoemende overheid vernietigd worden. Hierbij dient nog te worden onderstreept dat het geenszins de benoemende overheid zelf toekwam om de onwettigheid te beoordelen, maar wel de Raad van State.¹¹² Bij een gebonden bevoegdheid

¹⁰⁷ B. WEEKERS, *o.c.*, 38-39.

¹⁰⁸ *Parl. St.*, Senaat, 1979-80, nr. 434/2, 301; *Parl. St.*, Kamer, 1979-80, nr. 627/9, 9 en 627/10, 148-189; *Parl. St.*, Senaat, 1998-99, nr. 1333/1, 744-745. Zie ook: B. WEEKERS, *o.c.*, 40-41.

¹⁰⁹ De betrachtning om van België een modelstaat te maken omvatte in de eerste plaats een grondige hervorming van de administratie. De naam «Copernicushervorming» hield verband met het feit dat de burger centraal diende te staan en de administratie om de burger diende te draaien en niet omgekeerd. Zie hierover: F. FRANCEUS, «Na Copernicus Kepler? de stand van de zon in het federaal openbaar ambt», *T.B.P.* 2004, 3 en A. DE BECKER, «Hoe de sneltrein een boemeltrein werd: de invloed van het arrest Jadot op de Copernicushervorming», *C.D.P.K.* 2007 feesteditie, 41.

¹¹⁰ Dat het vergelijkend aanwervingsexamen in beginsel leidt tot een bindende rangschikking van de kandidaten, zie R.v.St., GERFA, nr. 89.816, 27 september 2000.

¹¹¹ B. LOMBAERT, I. MATHY en V. RIGODANZO, *o.c.*, 88-89.

kan de gepasseerde kandidaat met goed gevolg de vernietiging verzoeken van de benoeming van de andere kandidaat, maar kan hij tevens de vernietiging verzoeken van de impliciete weigering om hem te benoemen.¹¹³ Dit kan hij echter in beginsel¹¹⁴ enkel indien de overheid de rechtsplicht had om hem te benoemen.¹¹⁵

Zulks is niet meer het geval indien een vergelijkende selectie wordt afgenomen. De vergelijkende selectie heeft ervoor gezorgd dat er een loskoppeling is gekomen van de eigenlijke selectie van de kandidaten en de latere werving van de ambtenaar door de betrokken overheid.

Voor de overheden waarvoor SELOR bemiddelt bij de aanwerving houdt dit in dat SELOR na de eerste vergelijkende selectie een rangschikking van de kandidaten kan opmaken, maar dat die rangschikking enkel bindend is voor de wijze waarop de afgevaardigd bestuurder van SELOR de betrokken kandidaten aanbiedt aan de aanwervende overheid.¹¹⁶ Indien de betrokken kandidaten zich niet aanmelden voor de bijkomende proef of hierop falen, behouden zij weliswaar hun oorspronkelijke rangschikking.

Die aanwervende overheid kan dan nog een bijkomende proef organiseren om op die wijze de kandidaat die door hen het meest geschikt wordt geacht aan te werven.¹¹⁷ De aanwervende overheid heeft dus de keuze: ofwel wordt de eerst gerangschikte kandidaat geselecteerd, ofwel wordt een bijkomende proef georganiseerd tussen de geslaagde kandidaten, die door de afgevaardigd bestuurder van SELOR worden voorgedragen.¹¹⁸ De aanwervende overheid kan dit echter

¹¹² De terminologie van D. MAREEN, *Rechtsherstel door de Raad van State bij weigering van benoeming in overheidsdienst*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 18-19.

¹¹³ R.v.St., De Meuter, nr. 68.641, 7 oktober 1997.

¹¹⁴ In bepaalde uitzonderlijke gevallen kan verdedigd worden dat indien de overheid na een eerdere vernietiging ertoe gehouden is zich te schikken naar het dictum van het arrest van de Raad van State, wat aldus, volgens sommige arresten, kan leiden tot de vernietiging van de impliciete weigeringsbeslissing om de verzoekende partij te benoemen (zie R.v.St., Van Poucke, nr. 72.652, 24 maart 1998; R.v.St., Audenaerde, nr. 98.070, 27 juli 2001, *T.B.P.* 2002, met noot J. STEVENS). Zie hierover uitgebreid: D. MAREEN, *o.c.*, 347-433.

¹¹⁵ R.v.St., Van den Branden, nr. 86.892, 25 april 2000; R.v.St., D'Hoker, nr. 87.661, 29 mei 2000; R.v.St., Cruyt, nr. 126.152, 8 december 2003, *C.D.P.K.* 2004, 432; R.v.St., Dubuisson, nr. 153.763, 16 januari 2006.

¹¹⁶ Zie hierover ook: A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Kluwer, 2006, 249.

¹¹⁷ Op deze wijze worden de departementen meer betrokken bij de aanwerving van nieuwe ambtenaren. Dit vormde een doelstelling van de Copernicushervorming (zie: K. LEUS, A. BERGS, A. DE BECKER en M. MARTENS, *Proeve tot een geïntegreerd en hervormd statuut voor het federaal openbaar ambt*, Gent, Academia Press, 2004, 66).

enkel in zoverre SELOR het initiatief heeft genomen om een vergelijkende selectie uit te schrijven. Indien SELOR een vergelijkende selectie (of eigenlijk een aanwervingsexamen) heeft uitgeschreven op initiatief van een bevoegde minister of zijn afgevaardigde, is de minister gebonden door de rangschikking van SELOR. De huidige regeling vormt een afzwakking van de oorspronkelijke vergelijkende selectie waarbij de intentie was om geen rangschikking meer te laten opstellen, maar de kandidaten enkel te rangschikken in pools.

Ten aanzien van die werkwijze had de afdeling wetgeving van de Raad van State in haar advies aangestipt dat zij bevreesd was dat bij een systeem waarbij de meest geschikte kandidaat niet meer werd geselecteerd op basis van een aanwervingsexamen maar op basis van een appreciatie van de benoemende overheid, zulks onvermijdelijk aanleiding zou geven tot meer geschillen voor de afdeling administratie (intussen bestuursrechtspraak) van de Raad van State.¹¹⁹

Deze vrees is in de korte tijd dat de «pure» vergelijkende selectie is gehanteerd ook bewaarheid geworden. Alleen hield de betwisting meer verband met de samenstelling van de jury dan met de resultaten van de eigenlijke vergelijkende selectie.

In de meest in het oog springende arresten is het probleem gekoppeld aan het afnemen van een assessment in de tweede fase van de vergelijkende selectie. Dikwijls wordt zo'n assessment georganiseerd door een extern recruiteringsbureau of assessmentcenter op basis van de regels die de overheid heeft uitgevaardigd of onder auspiciën van de aanwervende overheid. Het is wel belangrijk om te beklemtonen dat een publiekrechtelijke entiteit nooit de bevoegdheid om te benoemen kan delegeren aan een privaatrechtelijke entiteit. Bijgevolg kan een gemeente de kandidaat tot gemeentesecretaris benoemen die op haar de meeste intelligente indruk naliet, ook al heeft ze hem oorspronkelijk gelijk gerangschikt met een andere kandidaat en was de andere kandidaat, volgens de niet-bindende psycho-technische proeven die werden afgenomen door een private entiteit, geschikt voor de functie en de benoemde kandidaat niet geschikt voor de functie.¹²⁰

Ook bij de overheden die niet onderworpen zijn aan de bepalingen van art. 87 BWHI wordt steeds frequenter met assessments gewerkt bij de aanwerving

¹¹⁸ De kandidaten dienen vooraf hun voorkeur voor een aantal departementen aan te stippen.

¹¹⁹ Advies van de Raad nr. L. 30.123/1, gegeven op 25 mei 2000 bij het ontwerp van Koninklijk Besluit tot wijziging van het Koninklijk Besluit van 2 oktober 1937, B.S. 20 januari 2001.

¹²⁰ R.v.St., Lambert, nr. 176.173, 25 oktober 2007.

van personeelsleden bij de overheid. Het assessment-team is bij de aanwerving van een personeelslid echter evenzeer onderworpen aan de publiekrechtelijke beginselen van behoorlijk bestuur als de overheid die de vergelijkende selectie organiseert. Dit blijkt uit het arrest-Van Peer van de Raad van State van 10 september 2007 waarbij een assessment niet behoorlijk en niet conform de aanwijzingen van de recruiterende overheid was gehouden.¹²¹ Hierbij kon het niet dat het assessmentcenter bij een assessment niet per sectie aangaf op welke elementen de kandidaat tekortschoot. Tevens had het extern assessmentcenter nagelaten om de proeven door meer dan één examinator te laten afnemen en had het center nagelaten voor een assessment voor een leidinggevende functie senior consultants in te zetten. De Raad van State achtte deze handelwijze onzorgvuldig en vernietigde daarom de aangevochten benoeming.

Van de andere kant aanvaardde de Raad van State wel reeds dat bij een groter aantal kandidaten die een assessment dienen af te leggen er voldoende waarborgen kunnen bestaan inzake objectiviteit en continuïteit indien één van de vier juryleden wisselt. De Raad van State oordeelde hier heel pragmatisch dat de verhindering om deel te nemen aan het assessment door één van de juryleden wegens een «verhindering» en het feit dat de modaliteiten van het assessmentcenter zo duidelijk vastlagen voldoende waarborgen boden inzake objectiviteit.¹²²

Deze laatste rechtspraak mag echter niet zo ruim geïnterpreteerd worden dat de samenstelling van de jury bij een (deel van een) aanwervingsexamen of een vergelijkende selectie werkelijk gewijzigd mag worden. Het is in beginsel bij een vergelijkende selectie van doorslaggevend belang dat de jury van eenzelfde examen op eenzelfde wijze is samengesteld. In het recente arrest-Bels oordeelt de Raad van State nogmaals dat indien de betrokken overheid vaststelt dat de jury onregelmatig is samengesteld, het dan niet voldoende is dat een regelmatig samengestelde jury een deel van het examen overdoet. Het volledige examen dient in dat geval te worden overgedaan.¹²³

Tijdens de Copernicushervorming had de toenmalige federale minister van Modernisering van het Openbaar Ambt de intentie om aanwervingsprocedures voor leidinggevende mandaten open te stellen voor alle kandidaten, ongeacht hun taal(rol). Er

¹²¹ R.v.St., Van Peer, nr. 174.318, 10 september 2007.

¹²² R.v.St., Beddegenoodts e.a., nr. 92.492, 22 januari 2001; R.v.St., Beddegenoodts e.a., nr. 134.550, 6 september 2004, *C.D.P.K.* 2005, 680, 682, 683 en 685.

¹²³ R.v.St., Bels, nr. 179.257, 1 februari 2008.

waren echter twee afzonderlijke selecties georganiseerd voor de Nederlandstalige kandidaten en de Franstalige kandidaten, waarna de Minister de vergelijking maakt tussen de kandidaten die uit de verschillende selecties als meest geschikt naar voren kwamen. De Raad van State oordeelde dat, ondanks het feit dat er een reeks voorwaarden waren ingebouwd om een zo gelijk mogelijke aanpak door beide selectiecommissies te waarborgen, de beoordeling van competenties door twee verschillende jury's een zekere mate van subjectiviteit inhoudt. Bijgevolg kan bij een andere samenstelling van de twee selectiecommissies niet worden ontkend dat er onvermijdelijk de mogelijkheid bestaat dat nuances in de maatstaven van beoordeling en verschillen in de appreciatie voorkomen.¹²⁴ De Raad van State had eerder een soortgelijk oordeel gevelde ten aanzien van een soortgelijke reglementering met betrekking tot de managementfuncties bij de wetenschappelijke instellingen van de Staat.¹²⁵

De Raad van State bevestigde deze rechtspraak nog in verschillende andere arresten.¹²⁶

Het examen wordt opgesteld en afgenomen door een examenjury, waarbij de Raad van State vermag sancties op te leggen bij kennelijke tekortkomingen bij de beoordeling van het examen. Ook in een aantal recente arresten is nogmaals verduidelijkt dat eenzelfde examen ook door dezelfde jury dient te worden beoordeeld.¹²⁷ De beoordeling van een kandidaat in eenzelfde selectieprocedure door twee aparte jury's impliceert «onvermijdelijk de mogelijkheid dat nuances in de maatstaven van beoordeling en verschillen in de appreciatie zelf voorkomen».¹²⁸ Zeker inzake de beoordeling van managementcapaciteiten kan zo'n beoordeling door twee verschillende jury's niet, omdat bij de beoordeling van zulke capaciteiten, aldus de Raad van State, een zekere subjectiviteit niet uitgesloten is.

Tevens dient de selectiejury het examenreglement te volgen. Dit betekent dat de jury niet na afloop van de selectieprocedure nog een bijkomende selectieproef mag organiseren op basis waarvan een kandidaat zijn gunstige rangschikking alsnog kan verliezen.¹²⁹

De problemen inzake de samenstelling van jury's in het raam van de Copernicushervorming vormden

¹²⁴ R.v.St., Reynders, nr. 146.728, 27 juni 2005.

¹²⁵ R.v.St., Dewaide, nr. 126.511, 17 december 2003, *A.P.M.* 2004, 11; R.v.St., Abraham, nr. 128.641, 1 maart 2004.

¹²⁶ R.v.St., Thunus, nr. 163.598, 13 oktober 2006, *R.R.D.* 2006, 406; R.v.St., Legrand, nr. 167.292, 30 januari 2007; R.v.St., Snykers, nr. 172.740, 26 juni 2007.

¹²⁷ R.v.St., Quittelier, nr. 167.944, 16 februari 2007.

¹²⁸ R.v.St., Reynders, nr. 146.728, 27 juni 2005.

¹²⁹ R.v.St., D'Hoker, nr. 87.661, 29 mei 2000.

voornamelijk ook een schending van de dwingende regelgeving inzake het taalgebruik in bestuurszaken. In een eerder K.B. van 2 mei 2001 aangaande de invulling van de management- en de staffuncties had de toenmalige Minister reeds ingeschreven dat de personeelsleden die deze functies dienden in te vullen een functionele kennis van de tweede taal dienden te hebben. Deze bepaling was echter geenszins in overeenstemming met de bepalingen van de gecoördineerde wetten op het gebruik der talen in bestuurszaken van 18 maart 1966 (hierna: Bestuursstaalwet 1966). Deze wet legde de indeling van het federaal ambtenarenapparaat in drie taalrollen (de Nederlandstalige, de Franstalige en de tweetalige vanaf rang 13) op. Een koninklijk besluit kon geenszins ingaan tegen zo'n dwingende wettelijke bepaling en mede daarom schorste de Raad van State het K.B. van 2 mei 2001.¹³⁰ Later hief de federale regering het K.B. van 2 mei 2001 op en verving het door het K.B. van 29 oktober 2001. Hier stond geen soortgelijke bepaling in. Wel was het de bedoeling om de functionele kennis van de tweede landstaal als wettelijk voorschrift te laten gelden ten aanzien van de leidinggevende ambtenaren. De wetgever heeft deze bepaling ook opgenomen in art. 43*bis* van de Bestuursstaalwet 1966, maar heeft de uitwerking ervan afhankelijk gemaakt van de goedkeuring van een koninklijk besluit. Dit besluit is nog steeds niet goedgekeurd.¹³¹

Elke overheid waarvan de werkkring het hele land bestrijkt, is, overeenkomstig art. 43 van de Bestuursstaalwet 1966, ertoe gehouden om taalkaders vast te stellen. Sommige autonome overheidsbedrijven hebben dit geruime tijd nagelaten, wat maakt dat het wettig karakter van heel wat benoemingen onder vuur komt te liggen.¹³² Ook de vernietiging van een koninklijk besluit houdende de instelling van taalkaders heeft tot gevolg dat de benoemingen die zijn totstandgekomen onder de toepassing van de illegaal bevonden taalkaders, vatbaar zijn vernietiging.¹³³

¹³⁰ R.v.St., Jadot, nr. 98.735, 7 september 2001, *J.T.* 2001, 756. Voor een volledige bespreking, zie: A. DE BECKER, «Hoe de sneltrein een boemeltrein werd: de invloed van het arrest Jadot op de Copernicushervorming», *C.D.P.K.* 2007/3, 40-51.

¹³¹ B. WEEKERS, «Réplique», *A.P.T.* 2005, 350-352.

¹³² Zie bijvoorbeeld: R.v.St., Borgers, nr. 166.655, 15 januari 2007, *T.B.P.* 2008, 302, met noot J. NEUTS.

¹³³ R.v.St., 't Kint de Roodenbeecke, nr. 155.980, 7 maart 2006.

C. De algemene aanwervingsvoorwaarden

1^o Nationaliteitsvereiste

Grondwettelijk zijn nog steeds «enkel Belgen benoembaar tot de burgerlijke en militaire ambten» (conform art. 10, tweede lid, van de Grondwet). Dit artikel is wel voor herziening vatbaar verklaard bij de laatste verklaring tot herziening van de Grondwet.

Intussen is de weerslag van deze bepaling ten aanzien van de burgers van de Europese Gemeenschap en ruimer van de Europese Economische Ruimte, sterk ingeperkt. Art. 39 van het EG-verdrag legt het principe van het vrij verkeer van werknemers vast tussen de lidstaten. Art. 39, vierde lid, van het EG-verdrag bevat als uitzondering op dit algemeen principe «de overheidsbetrekkingen». Een te ruime interpretatie van deze uitzondering kan echter de Europese eenmakingsgedachte ondermijnen, omdat op die wijze een zeer groot gedeelte van de arbeidsmarkt onttrokken zou kunnen worden aan de gemeenschappelijke arbeidsmarkt.

Het Hof van Justitie heeft daarom zeer snel geoordeeld dat wat is bepaald in art. 39, vierde lid, EG-verdrag, restrictief geïnterpreteerd dient te worden. Enkel die overheidsbetrekkingen die een rechtstreekse of onrechtstreekse deelname aan het openbaar gezag inhouden en die tot doel hebben de algemene belangen van de Staat en de openbare instellingen te handhaven, vallen daaronder.¹³⁴ De restrictieve interpretatie houdt evenzeer in dat geen nationaliteitsbeperking kan worden opgelegd bij de aanwerving van ambtenaren in een loopbaanstelsel.¹³⁵ De Franse regering had immers geopperd dat de mogelijkheid bestond dat niet-Franse ambtenaren in een bepaalde graad werden aangevraagd waarbij de betrokken ambtenaar niet rechtstreeks of onrechtstreeks deelnam aan de uitoefening van het openbaar gezag en aan de bescherming van de essentiële waarborgen van de Staat, maar dat de mogelijkheid bestond dat zij later wel naar een soortgelijke betrekking zouden promoveren. Om latere discriminatie te vermijden achtte de Franse regering het opportuun om reeds vóór het aanwervingsexamen een nationaliteitsvoorwaarde op te leggen. Het Hof van

¹³⁴ H.v.J., Sotgiu, nr. 152/73, 12 februari 1974; H.v.J., Commissie t/ België, nr. 149/79, 17 december 1980, *Jur.* 1980, 3881, *Soc. Kron.* 1981, 137, *S.E.W.* 1981, 645.

¹³⁵ Een loopbaanstelsel is een ambtelijk stelsel waarbij de ambtenaar normaliter zijn hele loopbaan voor de overheid blijft werken. Zulke stelsels kennen meestal een aanwervingsexamen bij het begin van de loopbaan en latere doorgroei mogelijkheden tijdens de loopbaan. België en Frankrijk zijn de Europese landen bij uitstek met een loopbaanstelsel.

¹³⁶ H.v.J., Commissie t/ Frankrijk, nr. 307/84, 3 juni 1986.

Justitie volgde deze redenering niet en oordeelde dat zo'n nationaliteitsvoorwaarde verder ging dan wat noodzakelijk is om de door het Verdrag beoogde uitzondering toe te passen.¹³⁶

Omgezet naar Belgisch recht en in het licht van de reeds vermelde rechtspraak van de Raad van State betekent dit in de huidige context dat de nationaliteitsbeperking enkel geldt voor statutaire personeelsleden. Niettemin schijnt de Vlaamse Regering er toch te willen voor opteren om ook contractuele personeelsleden aan te werven als mandaathouders, die een deel van het openbaar gezag uitoefenen.¹³⁷

Afhankelijk van de interpretatie door de Raad van State van het arrest nr. 89/2008 van het Grondwettelijk Hof van 11 juni 2008 aangaande de eerder vermelde prejudiciële vraag kan deze vorm van contractuele tewerkstelling voor personen die een deel van het openbaar gezag uitoefenen al dan niet behouden blijven. Intussen blijkt uit het recente arrest van de Raad van State in de zaak-Maes dat de Raad het opleggen van een tuchtsanctie door een arbeidscontractant, indien er een wettelijke grondslag voor bestaat, niet meer onmogelijk acht.¹³⁸

Het Europees Hof van Justitie heeft de voorbije jaren zijn eerdere rechtspraak steeds bevestigd en casuïstisch het aantal betrekkingen die een onder de uitzondering van art. 39, vierde lid, van het EG-verdrag vallen, zeer beperkend geïnterpreteerd. Het Hof aanvaardt immers niet dat een te ruime interpretatie van deze uitzondering belangrijke implicaties zou hebben op de vrijheid van werknemers in de Europese Unie.¹³⁹ Zo aanvaardde het Hof van Justitie niet dat nationaliteitsbeperkende maatregelen werden opgelegd voor de aanwerving van conducteurs en diverse handwerklui bij de spoorwegen,¹⁴⁰ net zomin als voor de aanwerving van verpleegkundigen in een openbaar zie-

¹³⁷ Deze ingrijpende hervorming zorgt voor een grote wijziging inzake de grondslagen voor statutaire tewerkstelling. De statutaire tewerkstelling bood door het vaste dienstverband ook zekerheid tegen eventuele politieke inmenging. Reeds bij de eerste contractueel aangeworven mandaathouders is gebleken dat een arbeidsovereenkomst niet dezelfde bescherming tegen potentiële politieke inmenging kan bieden.

¹³⁸ R.v.St., Maes, nr. 188.120, 21 november 2008.

¹³⁹ B. JESUS, «Commentaire: article 39 CE3», in P. LEGER (red.), *Commentaire article par article des traités UE et CE*, Brussel, Bruylant, 2000, 351.

¹⁴⁰ H.v.J., Commissie t/ België, nr. 149/79, 26 mei 1982, *Jur.* 1982, 1845.

¹⁴¹ H.v.J., Commissie t/ Frankrijk, nr. 307/84, 3 juni 1986.

¹⁴² H.v.J., Lawrie-Blum t/ Baden-Württemberg, nr. 66/85, 3 juli 1986, *Jur.* 1986, 2121.

¹⁴³ H.v.J., Bleis, nr. 4/91, 27 november 1991, *Jur.* 1991, 5627.

¹⁴⁴ H.v.J., Commissie t/ Italië, nr. 225/85, 16 juni 1987.

kenhuis,¹⁴¹ van kandidaat-leraars¹⁴² en leraars middelbaar onderwijs,¹⁴³ van onderzoekers bij een nationale raad voor onderzoek.¹⁴⁴ De volgende functies impliceerden evenmin een rechtstreekse of onrechtstreekse deelname aan de uitoefening van het openbaar gezag: directeur of leraar aan instellingen voor aanvullende lessen en particuliere dans- en muziek scholen,¹⁴⁵ lectoren vreemde talen aan een universiteit,¹⁴⁶ leden van bepaalde beroepskamers,¹⁴⁷ zeelieden,¹⁴⁸ ambtenaren en beambten in openbare instellingen van water-, gas- en elektriciteitsdistributie.¹⁴⁹ Evenmin vallen, in beginsel, ambtenaren en beambten in de publieke sectoren onderzoek, onderwijs, gezondheid, vervoer, post en telecommunicatie, radio en televisie en musici van stedelijke of gemeentelijke opera's of orkesten of medische specialisten in de openbare sector onder het toepassingsgebied van art. 39, vierde lid, van het EG-Verdrag.¹⁵⁰

Het Hof van Justitie oordeelde daarentegen in het arrest nr. 149/79 van 26 mei 1982 dat wel onder de uitzonderingscategorie vallen: nachtwakers, controleurs en architecten bij gemeenten.¹⁵¹ In het later arrest nr. 37/93 oordeelde het Hof dat bepaalde zeelieden, namelijk de kapitein en de eerste assistent, onder het toepassingsgebied van art. 39, vierde lid, van het EG-Verdrag vallen.¹⁵²

Ten aanzien van deze rechtspraak is echter een duidelijke evolutie merkbaar, omdat het Hof van Justitie in een aantal recente arresten heeft geoordeeld dat de personen die in beginsel onder het toepassingsgebied van deze uitzondering kunnen vallen, ook daadwerkelijk regelmatig bevoegdheden die een

¹⁴⁵ H.v.J., Commissie t/ Griekenland, nr. 147/86, 15 maart 1988, *Jur.* 1988, 1637.

¹⁴⁶ H.v.J., Allué e.a t/ Italië (Universita degli studi di Venezia), nr. 33/88, 30 mei 1989, *Jur.* 1989, 1591.

¹⁴⁷ H.v.J., Asti, nr. 213/90, 4 juli 1991; H.v.J., Commissie t/ Oostenrijk, nr. 465/01, 16 september 2004.

¹⁴⁸ H.v.J., Commissie t/ België, nr. 37/93, 1 december 1993, *J.T.T.* 1994, 17, met noot. Dit arrest maakt wel een uitzondering voor de kapitein en de eerste assistent.

¹⁴⁹ H.v.J., Commissie t/ Luxemburg, nr. 473/93, Commissie t/ België, nr. 173/94, Commissie t/ Griekenland, nr. 290/94, 2 juli 1996.

¹⁵⁰ H.v.J., Commissie t/ Luxemburg, nr. 473/93, 2 juli 1996; H.v.J., Commissie t/ België, nr. 173/94, 2 juli 1996, *Jur.* 1996, 3265; *J.T. Dr. Eur.*, 1997, 44; Commissie t/ Griekenland, nr. 290/94, 2 juli 1996, *Jur.* 1996, 3285; H.v.J., Schönning-Kougebetopoulou, nr. 15/96, 15 januari 1998, *Jur.* 1998, 47.

¹⁵¹ H.v.J., Commissie t/ België, nr. 149/79, 26 mei 1982, *Jur.* 1982, 1845, *S.E.W.*, 1983, 208.

¹⁵² H.v.J., Commissie t/ België, nr. 37/93, 1 december 1993, *J.T.T.* 1994, 17.

¹⁵³ H.v.J., Anker e.a. t/ Duitsland, nr. 47/02, 30 september 2003, *Jur.* 2003, 10447.

rechtstreekse of onrechtstreekse deelname aan het openbaar gezag impliceren, dienen uit te oefenen. Dit is niet het geval voor de kapiteins van vissersschepen met een kleinere bemanning¹⁵³ en evenmin voor kapiteins en eerste stuurman op koopvaardijsschepen.¹⁵⁴

Op dit ogenblik hangt nog een procedure die nagaat welke de grenzen zijn waarbinnen een lidstaat van de kapiteins en de eerste stuurman kan eisen dat zij de nationaliteit van de betrokken lidstaat hebben, omdat zij rechtstreeks of onrechtstreeks deelnemen aan de uitoefening van het openbaar gezag. De Spaanse wetgeving bepaalt na het arrest inzake *Colegio Oficiales de la Marina Mercante* immers nog dat de kapiteins en eerste stuurman op de Spaanse vloot in principe over de Spaanse nationaliteit moeten beschikken. De Commissie vindt deze uitgebreide invulling van het uitzonderingsregime van art. 39, vierde lid, van het EG-verdrag in strijd met de restrictieve interpretatie, die conform de rechtspraak van het Hof van Justitie aan deze paragraaf dient te worden gegeven.¹⁵⁵

In het interne ambtenarenrecht zijn de geschillen over de beperkingen tot de toegang op basis van nationaliteit uiterst beperkt. Enkel in het arrest-Billy uit 1995 oordeelde de Raad van State, in de lijn van de rechtspraak van het Hof van Justitie, dat het onwettig was dat het Vast Wervingssecretariaat (de voorloper van SELOR) een Franse onderdaan, die geslaagd was in een aanwervingsexamen, een uitstel van indienstneming oplegde tot wanneer zij de Belgische nationaliteit zou hebben verworven. Het stond immers in het geheel niet vast dat de functie waarvoor zij aan het vergelijkend examen had deelgenomen een functie was die een rechtstreekse of onrechtstreekse deelname aan het openbaar gezag impliceerde.¹⁵⁶

2° *Getuigschrift van goed zedelijk gedrag*

Over dit aspect bestaat relatief weinig rechtspraak. Wel heeft de Raad van State in een recent arrest geoordeeld dat het weigeren om een kandidatuur te behandelen een ingrijpende maatregel vormt, waarbij de overheid de verplichting heeft om na te gaan in hoeverre de opgelopen strafrechtelijke veroordeling verband houdt met het ambt dat de betrokken kandidaat wenst in te vullen. Daarom dient de kandidaat gehoord

¹⁵⁴ H.v.J., *Colegio Oficiales de Marina Mercante Espanola*, nr. 405/01, 30 september 2003, *Jur.* 2003, 10391, *N.J.B.* 2004, 2301. Zie ook H.v.J., *Commissie t/ Frankrijk*, nr. 89/07, 11 maart 2008.

¹⁵⁵ H.v.J., *Commissie t/ Spanje*, nr. 94/08, zaak ingesteld op 29 februari 2008.

¹⁵⁶ R.v.St., *Billy*, nr. 51.104, 11 januari 1995.

¹⁵⁷ R.v.St., *Noël*, nr. 153.702, 12 januari 2006, *A.P.M.* 2006, 25 (samenvatting).

te worden vooraleer hij uitgesloten wordt van deelname aan een bevorderings- of een benoemings-examen.¹⁵⁷ Deze beslissing kadert uiteraard ook in de jurisprudentiële evolutie waarbij de Raad van State oordeelt dat tegen niemand een ernstige maatregel kan worden getroffen die gebaseerd is op zijn persoonlijk gedrag, zonder dat hem de mogelijkheid wordt geboden om zijn standpunt te kennen te geven.¹⁵⁸

Deze beslissing vormt immers een eenzijdige administratieve rechtshandeling die valt onder het toepassingsgebied van de Formele Motiveringswet van 21 juli 1991. Uit een recent arrest blijkt dat de Raad van State van oordeel is dat de Formele Motiveringswet van 21 juli 1991 houdende de formele motiveringsplicht niet vereist dat aan alle kandidaten de formele motieven van de benoeming moeten worden meegegeeld.¹⁵⁹ Voor de betrokken afgewezen kandidaat dient, zeker in het geval hij geslaagd was in het aanwervingsexamen, duidelijk te zijn waarom hij uiteindelijk wordt afgewezen. Een loutere stijlformule volstaat in zo'n geval niet.¹⁶⁰ Een louter positieve motivering is nog afdoende als uit de motivering blijkt dat er een afdoende vergelijking van titels en verdiensten heeft plaatsgevonden en als blijkt dat de benoemde kandidaat redelijkerwijze als de beste kon worden gerangschikt.¹⁶¹ De Raad van State stipte in twee recente arresten nogmaals aan dat bij benoemingen in de positieve zin moet worden gemotiveerd: het benoemingsbesluit dient te vermelden waarom een bepaalde kandidaat wordt benoemd en niet waarom andere kandidaten niet worden benoemd.¹⁶² Wel dient die positieve motivering duidelijk en concreet de genomen beslissing te schragen. In het arrest-Cruyt benadrukte de Raad van State dat die motivering dan ook duidelijk moet weergeven waarom een kandidaat met het advies

¹⁵⁸ I. OPDEBEEK, «De hoorplicht», in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (red.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2008, 237.

¹⁵⁹ R.v.St., Cornand, nr. 177.412, 29 november 2007.

¹⁶⁰ R.v.St., D'Hoker, nr. 87.661, 29 mei 2000; R.v.St., Fontaine, nr. 104.277, 4 maart 2002.

¹⁶¹ R.v.St., Grauls, nr. 160.269, 19 juni 2006. Zie ook reeds: R.v.St., Meyns, nr. 88.425, 29 juni 2000.

¹⁶² R.v.St., Huysman, nr. 159.936, 12 juni 2006; R.v.St., XXX, nr. 172.989, 29 juni 2007. In zekere zin vormt het arrest-Deloge een uitzondering op deze regel doordat dat arrest overweegt dat de motivering vooral belangrijk is voor de kandidaten die niet benoemd worden en dat een loutere positieve motivering daarom noodzakelijk maar niet voldoende is. Tevens moet blijken waarom één kandidaat beter is dan een andere en dat zulks ook expliciet in de motivering aan bod moet komen. Zie R.v.St., Deloge, nr. 90.216, 13 oktober 2000, *J.M.L.B.* 2001, 320, *T.B.P.* 2001, 507, met noot. Wel nuanceert het arrest zijn eigen uitspraak door te oordelen dat de draagwijdte van deze vereiste geval per geval beoordeeld moet worden.

¹⁶³ R.v.St., Cruyt, nr. 126.152, 8 december 2003, *C.D.P.K.* 2004, 432.

«gunstig» werd benoemd ten nadele van een kandidaat die het advies «zeer gunstig» meekreeg. Het volstaat in dat geval niet enkel de verdiensten van de uiteindelijk benoemde kandidaat te bespreken.¹⁶³

Indien een overheid bij een benoeming afwijkt van een advies, dient uitdrukkelijk gemotiveerd te worden waarom zij hiervan afwijkt. Het volstaat niet om te verwijzen naar een advies om dan, zonder bijkomende motivering, een andere kandidaat te benoemen dan degene die door het advies als meest geschikte kandidaat naar voren wordt geschoven.¹⁶⁴

V. De loopbaan

Het Belgisch ambtenarenrecht kent in hoofdorde nog steeds een loopbaanstelsel. Weliswaar is er aan dit principe afbreuk gedaan door de diverse hervormingen in het Belgisch ambtenarenrecht.

Een loopbaanstelsel vertrekt van het principe dat een ambtenaar bij de aanvang van zijn loopbaan toetreedt tot het openbaar ambt om daar de rest van zijn professionele carrière te volbrengen. De ambtenaar bouwt zijn loopbaan intern verder uit door deel te nemen aan bevorderingsexamens en door op basis van zijn anciënniteit door te groeien. Dit specifieke loopbaanstelsel sluit nauw aan bij het oorspronkelijke concept van de Weberiaanse bureaucratie.

In het Belgische openbaar ambt bestaan er twee soorten bevorderingen: ten eerste de administratieve bevordering waarbij de ambtenaar een functie van een hogere graad en/of een hoger niveau gaat bekleden en de geldelijke bevordering waarbij de ambtenaar wordt toegelaten tot een weddeschaal.¹⁶⁵

Het is gepast hier nogmaals te herhalen dat de eenzijdigheid van het openbaar ambt inhoudt dat de overheid eenzijdig en bij algemene maatregel voor de toekomst en in het belang van de dienst het statuut kan wijzigen. Dit impliceert meteen ook dat de ambtenaar geen recht heeft op het behoud van de hem door het statuut toegekende rechten.¹⁶⁶ Ook kan na de wijziging van de reglementering inzake de aan een graad gekoppelde weddeschaal niet met goed gevolg voor de Raad van State worden ingeroepen dat de kandidaten die eerder het bevorderingsexamen aflegden een voordeliger weddeschaal verkregen, aangezien er geen

¹⁶⁴ R.v.St., Dubuisson, nr. 1537.63, 16 januari 2006, *T.B.P.* 2007, 228.

¹⁶⁵ K. LEUS, A. BERGS, A. DE BECKER en M. MARTENS, *o.c.*, Gent, 176-181.

¹⁶⁶ R.v.St., Van Damme, nr. 172. 689, 25 juni 2007.

¹⁶⁷ R.v.St., Houthoofd, nr. 179.051, 28 januari 2008.

rechten voor de toekomst kunnen worden ontleend aan statutaire bepalingen.¹⁶⁷

In het algemeen gelden ten aanzien van de bevorderingen soortgelijke regels als ten aanzien van de benoemingen. De rol van het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel geldt ten aanzien van elke bevordering, zowel de bevordering in de administratieve loopbaan als die in de geldelijke loopbaan.¹⁶⁸ Wel zal het voor de verzoekende partij een zware opdracht zijn om een schorsing te verkrijgen van een met een onwettigheid aangetaste bevordering in een geldelijke loopbaan. Het louter verlies van een kans om bevorderd te worden in de geldelijke loopbaan vormt immers geen moeilijk te herstellen ernstig nadeel. In het arrest-Marnette oordeelde de Raad van State niettemin dat een verzoeker een moreel moeilijk te herstellen ernstig nadeel aantoonde indien zijn eer en reputatie in zijn beroepsomgeving op het spel staan doordat de niet-bevordering in de weddeschaal enige ruchtbaarheid heeft gekregen.¹⁶⁹

Voornamelijk, maar niet enkel bij een bevordering in de administratieve loopbaan, zal de rol van de op de overheid rustende motiveringsverplichting groot zijn. De kandidaten dienen enerzijds te worden vergeleken op basis van hun titels en verdiensten en anderzijds dient de uiteindelijke bevordering formeel en materieel afdoende te worden gemotiveerd.

Er is niet voldaan aan de formele noch aan de materiële motiveringsverplichting ingeval in de motivering louter verwezen wordt naar de punten die een kandidaat op een bevorderingsexamen heeft gekregen, zeker wanneer ook in het dossier geen verdere verklaring voor zijn onvoldoende kan worden gevonden.¹⁷⁰ Als de punten daarentegen wel geschraagd worden door het dossier, oordeelde de Raad van State reeds verschillende malen dat een verwijzing naar de punten wel een afdoende motivering vormt.¹⁷¹

De motivering dient steeds afdoende te zijn. Dat houdt, zoals Mareen terecht omschrijft, in dat de motieven duidelijk, concreet, nauwkeurig, draagkrachtig en waarheidsgetrouw moeten zijn.¹⁷²

¹⁶⁸ R.v.St., Haezebrouck e.a., nr. 142.592, 24 maart 2005, *T.B.P.* 2006, 300; R.v.St., Ameye, nr. 159.970, 12 juni 2006.

¹⁶⁹ R.v.St., Marnette, nr. 91.617, 13 december 2000, *A.P.M.* 2001, 11.

¹⁷⁰ R.v.St., Foncke, nr. 175.183, 28 september 2007.

¹⁷¹ R.v.St., Van Dormael, nr. 72.205, 4 maart 1998; R.v.St., Migeotte, nr. 118.232, 11 april 2003, *T.B.P.* 2004, 435.

¹⁷² D. MAREEN, «Het motiveringsbeginsel», in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (red.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2008, 140-141.

¹⁷³ R.v.St., Hendrickx, nr. 114.935, 23 januari 2003. Zie ook: D. MAREEN, *o.c.*, in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (red.), *o.c.*, 142.

Zo volstaat bij een niet-slagen voor een bevorderingsexamen dat geen kennisvragen omvat, de motivering niet dat het antwoord van de betrokken kandidate onvoldoende «structuur inhoud» bevatte.¹⁷³ Voorts is de motivering bij verwijzing naar voorafgaande adviezen pas afdoende indien die adviezen ook ter kennis van de betrokkene zijn gebracht.¹⁷⁴ Ook mag de betrokken overheid bij een bevordering afwijken van een gegeven (niet-bindend) advies, maar dient zij dan wel de motieven weer te geven waarom van dat advies wordt afgeweken. Dit houdt echter niet in dat het advies punt per punt moet worden weerlegd.¹⁷⁵ Van de andere kant kan de betrokken overheid, indien zij zich aansluit bij een gegeven advies en dit advies ook ter kennis brengt van de verzoekende partij, haar motivering beperken tot een verwijzing naar dit advies.¹⁷⁶

Er dient tevens nogmaals in herinnering te worden gebracht dat ook bij geheime stemming de bevorderingsbeslissing aan de formele en materiële motiveringsvereisten dient te voldoen.¹⁷⁷ Er dient immers in elk geval uit de motivering, gestaafd door het dossier,¹⁷⁸ te blijken dat de titels en de verdiensten van de betrokken kandidaten ten volle zijn vergeleken.¹⁷⁹

Het volstaat hiertoe wel dat de motieven in het bevorderingsbesluit (of benoemingsbesluit) zijn opgenomen. Een kandidaat, die niet wordt bevorderd, kan de Raad van State niet verzoeken om deze beslissing te vernietigen op grond van schending van de Formele Motiveringswet van 29 juli 1991 als hij heeft nagelaten kennis te nemen van de motieven die het besluit schragen en in de beslissing zijn opgenomen.¹⁸⁰

De rechtspraak van de Raad van State laat er ook geen twijfel over bestaan dat de motivering geschraagd dient te worden door de stukken in het administratief dossier. Wanneer een bestuur bijvoorbeeld bij nagevoeg gelijkwaardige kandidaten een bepaalde kandidaat «een lichte voorsprong» toekent op basis van een

¹⁷⁴ R.v.St., Graf, nr. 141.828, 10 maart 2005, *T.O.R.B.* 2004-2005, 592, met noot P. DE VIS.

¹⁷⁵ R.v.St., De Keye, nr. 172.348, 18 juni 2007.

¹⁷⁶ R.v.St., Lahaye, nr. 102.444, 9 januari 2002, *A.P.M.* 2002, 31.

¹⁷⁷ R.v.St., Pas, nr. 51.711, 21 februari 1995, *T.B.P.* 1995, 743; R.v.St., Borgs, nr. 102.499, 11 januari 2001; R.v.St., Vandevelde, nr. 132.278, 10 juni 2004, *A.P.M.* 2004, afl. 7, 147.

¹⁷⁸ R.v.St., Vandevelde, nr. 132.278, 10 juni 2004, *A.P.M.* 2004, afl. 7, 147.

¹⁷⁹ R.v.St., Borgs, nr. 102.499, 11 januari 2001; R.v.St., Devlaemynck, nr. 165.784, 12 december 2006, *T. Gem.* 2007, 257. Zie hierover ook: I. OPDEBEEK, «De rechtsplicht tot vergelijking van de titels en verdiensten van de diverse kandidaten bij benoemingen en bevorderingen», in I. OPDEBEEK (red.), *Benoemingen, bevorderingen en de Raad van State*, Brugge, die Keure, 1997, 3-62.

¹⁸⁰ R.v.St., Cornand, nr. 177.412, 29 november 2007.

benoemingsvoorwaarde die voor de bevorderingsproef is afgeschafte en dus niet meer in aanmerking mag worden genomen, wordt de motivering op grond van «de lichte voorsprong» niet geschraagd door het dossier.¹⁸¹

Wel volstaat het dat een overheid zich in de motivering concentreert op de kandidaat die zij bevordert. De overheid moet immers vermelden waarom een bepaalde kandidaat wordt benoemd en niet waarom een andere kandidaat niet wordt benoemd.¹⁸² Dit neemt niet weg dat ook bij zo'n positieve motivering nog steeds uit de motivering dient te blijken dat van alle kandidaten hun titels en verdiensten werkelijk vergeleken zijn.¹⁸³

De Raad van State oordeelt steevast dat de overheid, die een bevorderingsexamen heeft uitgeschreven, in geen geval haar benoemings- of bevorderingsbevoegdheid kan delegeren aan een andere (privaatrechtelijke) entiteit. Dit heeft bijvoorbeeld tot gevolg dat een gemeente, die (conform het examenreglement) beslist om een bijkomende proef te houden waarbij de kandidaten op hun capaciteiten inzake personeelsmanagement worden getest, het recht heeft om gemotiveerd af te wijken van de inschatting van de leidinggevende capaciteiten door de private entiteit die de bijkomende proef heeft uitgevoerd.¹⁸⁴ *In casu* waren de twee kandidaten gelijk eerste gerangschikt na het vergelijkend schriftelijk en mondeling examen. De privaatrechtelijke entiteit die de leidinggevende capaciteiten van de betrokken kandidaten had getest, was tot het besluit gekomen dat één eerstgerangschikte kandidaat geschikt was voor de functie en de andere eerstgerangschikte kandidaat ongeschikt was voor de functie. Niettemin benoemde de gemeente deze laatste kandidaat tot gemeentesecretaris. De betrokken gemeente heeft *in casu* wel uitgebreid gemotiveerd waarom zij deze kandidaat had benoemd. Hierbij had de gemeenteraad veel aandacht besteed aan de zogenaamde «negatieve» elementen in het verslag (met name het koele, strenge en inflexibele karakter van de betrokken kandidaat). De gemeenteraad beschouwde deze elementen net als positief (het incorporeerde een grote strijdlust en grote controle van zijn ondergeschikten) en motiveerde zijn besluit ook als zodanig.

Niettegenstaande de terechte overweging dat de betrokken overheid zijn benoemingsbevoegdheid niet

¹⁸¹ R.v.St., Truyts, nr. 79.559, 30 maart 1999, *T.B.P.* 2000, 250. Zie voor een vergelijkbare situatie: R.v.St., Weemaes, nr. 56.212, 13 november 1995.

¹⁸² R.v.St., Claessens-Van den Eynde, nr. 130.309, 19 april 2004.

¹⁸³ R.v.St., Hautcoeur, nr. 114.747, 21 januari 2003, *T.B.P.* 2004, 187.

¹⁸⁴ R.v.St., Lambert, nr. 176.173, 25 oktober 2007.

kan delegeren, rijzen hier toch vragen bij de rechtspraak van de Raad van State. Het valt met name moeilijk in te zien hoe zo'n objectief onderscheid tussen twee oorspronkelijk gelijk gerangschikte kandidaten verenigd kan worden met het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel en met het redelijkheidsbeginsel.

De gevolgen van een vernietigingsarrest bij een bevordering kunnen tot een domino-effect leiden. In het arrest-Foncke had de vernietiging van een bevordering van een ambtenaar tot diensthoofd tot gevolg dat zijn latere bevordering tot directeur ook was aangetast door een onwettigheid, aangezien de eerdere bevordering hem in staat had gesteld om de nodige ervaring en competenties te verwerven.¹⁸⁵ In dit arrest behield de verzoeker bovendien (gedeeltelijk) zijn belang om een bevordering aan te vechten, ondanks het feit dat hij in de loop van de procedure was gepromoveerd tot een graad met dezelfde rang als die waarvan hij de bevordering van zijn concurrent bestreed. Niettemin oordeelde de Raad van State meestal dat de verzoeken ontvankelijk zijn indien de verzoeker geen ervaring kon opdoen, terwijl de oorspronkelijk bevorderde ambtenaar wel ervaring kon opdoen, die dienstig kon zijn voor een eventuele latere promotie.¹⁸⁶

Eenzelfde rechtspraak bestaat op dit ogenblik ten aanzien van een ambtenaar die een bevordering aanvecht en in de loop van de procedure op rust wordt gesteld. Voorheen oordeelde de Raad van State veelal dat een ambtenaar zijn belang verloor bij zijn inruststelling in de loop van een procedure waarin hij een bevordering aanvocht.¹⁸⁷ Het Arbitragehof oordeelde in zijn arrest nr. 117/99 van 10 november 1999 echter dat art. 19 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State van 12 januari 1973 (hierna Raad van State-Wet) niet dermate ruim mag worden geïnterpreteerd dat een ambtenaar noodzakelijk zijn belang verliest indien hij in de loop van de procedure voor de Raad van State op pensioen wordt gesteld.¹⁸⁸

Dit betekent echter niet dat een ambtenaar die in de loop van de procedure op ruste wordt gesteld automatisch zijn belang behoudt. Hiertoe dient de betrokken ambtenaar nog aan te tonen dat hij ook na zijn inruststelling nog een rechtsherstel kan verkrijgen door de vernietiging van de aangevochten bevordering.

¹⁸⁵ R.v.St., Foncke, nr. 175.183, 28 september 2007.

¹⁸⁶ R.v.St., De Strijcker, nr. 144.773, 23 mei 2005; R.v.St., De Zutter, nr. 182.225, 22 april 2008.

¹⁸⁷ J. BAERT en G. DEBERSAQUES, *Raad van State: afdeling administratie: I. ontvankelijkheid*, Brugge, die Keure, 1996, 274-275.

¹⁸⁸ Arbitragehof nr. 117/99, 10 november 1999, R.W. 1999-2000, 1293, T.B.P. 2000, 546.

¹⁸⁹ R.v.St., Vanden Wyngaerd, nr. 126.682, 22 december 2003; R.v.St., Dupont, nr. 140.256, 7 februari 2005, A.P.M. 2005, 57.

Hiertoe volstaat het niet dat de betrokken ambtenaar de intentie heeft om een schadevergoeding te vorderen bij de burgerlijke rechter.¹⁸⁹ Evenmin volstaat een potentieel financieel verlies bij de pensioenberekening, aangezien de vernietiging van de bevordering niet de rechtsplicht inhoudt om de betrokken ambtenaar te benoemen.¹⁹⁰

Dit belet echter niet dat een kandidaat, na zijn inruststelling, bij een overzetting van graden in een loopbaan een moreel nadeel kan inroepen omdat de weigering hem over te zetten naar een graad niet afdoende gemotiveerd was. In het arrest-Delplancke was het moreel nadeel duidelijk, omdat slechts twee van de negentig personeelsleden een overzetting naar een nieuwe graad was geweigerd, terwijl er geen afdoende bewijzen waren dat de dossiers van de andere personeelsleden sterker waren dan dat van de verzoekende partij.¹⁹¹

Een verzoekende partij beschikt echter wel over het vereiste belang om een verzoek tot vernietiging in te dienen bij de Raad van State indien hij op onwettige wijze verhinderd werd zich kandidaat te stellen. Dit is bijvoorbeeld het geval indien een kandidaat verhinderd wordt om een cursus te volgen, waaraan hij diende te deel te nemen teneinde zich kandidaat te kunnen stellen voor een bepaalde bevordering.¹⁹²

Ten aanzien van de schorsingsprocedure bestaat tevens nog de bijkomende moeilijkheid voor de verzoekende ambtenaar om zijn moeilijk te herstellen ernstig nadeel aan te tonen. Het loutere verlies van een hogere wedde volstaat om een ernstig en moeilijk te herstellen ernstig nadeel aan te tonen. Bovendien oordeelde de Raad van State frequent dat de niet-bevordering *in se* evenmin een moreel nadeel uitmaakt, aangezien ten aanzien van de verzoeker het niet-toekennen van een bevordering normaliter geen gezichtsverlies uitmaakt en dus niet als een moeilijk te herstellen ernstig moreel nadeel kan worden beschouwd.¹⁹³ In de regel oordeelt de Raad van State dat het verlies van een kans om benoemd dan wel bevorderd te worden deel uitmaakt van elk aanwervingsexamen en op zichzelf geen moeilijk te herstellen ernstig nadeel vormt.¹⁹⁴ Indien het niet bevorderd worden echter tot gevolg heeft dat de verzoekende partij in een situatie terecht dreigt te komen, waarbij zij nooit meer in de betrokken dienst tewerkgesteld zou

¹⁹⁰ R.v.St., Vanden Wyngaerd, nr. 126.682, 22 december 2003.

¹⁹¹ R.v.St., Delplancke, nr. 88.430, 29 juni 2000.

¹⁹² R.v.St., Moerman, nr. 169.529, 29 maart 2007.

¹⁹³ R.v.St., Detournay, nr. 86.252, 27 maart 2000.

¹⁹⁴ R.v.St., Rigaux, nr. 167.943, 16 februari 2007.

¹⁹⁵ R.v.St., Vincke, nr. 168.788, 12 maart 2007.

kunnen worden, aanvaardde de Raad van State dat deze bijzondere omstandigheden een moeilijk te herstellen ernstig nadeel uitmaakten.¹⁹⁵ De verzoekende partij dreigde door deze niet-bevordering in een bijzondere vorm van disponibiliteit terecht te komen die geen wedertewerkstelling meer mogelijk maakte.¹⁹⁶

Ook inzake de geldelijke bevorderingen, die niet noodzakelijk gepaard gaan met een werkelijk bevorderingsexamen, dient de overheid zorgvuldig en redelijk te handelen. Ingeval zij een bepaalde bevordering tot een hogere weddeschaal blokkeert omdat de verzoekende partij haar evaluatie «goed» heeft aangevochten, dient na de herziening van de evaluatie tot «zeer goed» met terugwerkende kracht, de geblokkeerde bevordering tot een hogere weddeschaal eveneens te gebeuren met terugwerkende kracht.¹⁹⁷

De Raad van State aanvaardde in uitzonderlijke omstandigheden zelfs dat een verzoekende partij een procedure inleidt in uiterst dringende noodzakelijkheid, omdat ze kon aantonen dat zij, ondanks een manifest beter examenresultaat, niet werd benoemd (zonder dat dit afdoende wordt gemotiveerd), en er daarnaast was besloten om haar te ontslaan uit haar huidige contractuele functie. Bovendien oefende zij de functie van gemeentesecretaris met een arbeidsovereenkomst *ad interim* uit en was de te begeven functie precies die van gemeentesecretaris. De Raad van State aanvaardde dat het (onmiddellijk) ontslag van de verzoekende partij een onomkeerbare aantasting van haar reputatie zou betekenen.¹⁹⁸

VI. De draagwijdte van art. 6 E.V.R.M.

De eenzijdigheid van de arbeidsrelatie incorporeert een belangrijke rol voor de tucht, aangezien de ambtenaren de bijzondere taak van de overheid gestalte moeten geven.¹⁹⁹ Om controle te garanderen op de naleving van die verplichtingen, is tucht een onmisbaar middel.

De tuchtprocedure is in essentie een administratieve procedure en geen jurisprudentiële procedure. De vraag rees bijwijlen in hoeverre de overheid in de uit-

¹⁹⁶ Deze bijzondere vorm van «structurele disponibiliteit» werd, na een schorsing door de Raad van State (zie R.v.St., Grandmaire, nr. 164.148, 26 oktober 2006, C.D.P.K. 2006, 978 en 989) ingetrokken door de betrokken overheid (zie: R.v.St., Emmerechts, nr. 172.696, 25 juni 2007).

¹⁹⁷ R.v.St., Ameye, nr. 159.970, 12 juni 2006.

¹⁹⁸ R.v.St., Weyrich, nr. 155.692, 28 februari 2006, A.P.M. 2006, 60.

¹⁹⁹ Zie hierover: L. CAMU, *Rechtstoestand van het Rijkspersoneel*, Brussel, IMIFI, 1937, 37.

oefening van een tuchtonderzoek niet onderworpen was aan wat is voorgeschreven in deze bepaling.²⁰⁰

Tot voor kort heeft de Raad van State meestal geoordeeld dat de tuchtprocedure zelf als een administratieve procedure dient te worden beschouwd en dat de garanties van art. 6.1. E.V.R.M. dus enkel kunnen worden opgelegd in het raam van de jurisprudentiële controle op deze bestuurlijke procedure. In de bestuurlijke procedure wordt een beslissing genomen in het raam van het algemeen belang, terwijl de jurisdictionele procedure het geschil betreft dat als gevolg van de genomen beslissing is ontstaan.²⁰¹ Dit betekent dat, indien art. 6.1. E.V.R.M. voor ambtenaren van toepassing zou worden verklaard, enkel de Raad van State als rechtsprekend orgaan dient te voldoen aan de vereisten van een controle door een onafhankelijke en onpartijdige rechter met volle rechtsmacht.²⁰² De Raad van State bevestigde hiermee zijn eerdere rechtspraak.²⁰³ In verschillende arresten ontweek de Raad van State echter het antwoord op de vraag naar de toepasbaarheid van art. 6.1. E.V.R.M.²⁰⁴ en omzeilde hij het probleem door terug te vallen op het toepassingsgebied van de algemene rechtsbeginselen inzake het recht van verdediging.

²⁰⁰ Art. 6.1. E.V.R.M. bepaalt: «1. Bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen of bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde vervolging heeft een ieder recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat bij de wet is ingesteld. De uitspraak moet in het openbaar worden gewezen maar de toegang tot de rechtszaal kan aan de pers en het publiek worden ontzegd, gedurende de gehele terechtzitting of een deel daarvan, in het belang van de goede zeden, van de openbare orde of nationale veiligheid in een democratische samenleving, wanneer de belangen van minderjarigen of de bescherming van het privéleven van procespartijen dit eisen of, in die mate als door de rechter onder bijzondere omstandigheden strikt noodzakelijk wordt geoordeeld, wanneer de openbaarheid de belangen van een behoorlijke rechtspleging zou schaden».

²⁰¹ Zie hierover: G. SPERDUTI, «Sur l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire König», *Riv. Dir. Int.* 1980, 31 en P. LEMMENS, *Geschillen over burgerlijke rechten en verplichtingen*, Antwerpen, Kluwer, 1989, 26-27.

²⁰² R.v.St., Tonnaer, nr. 170.919, 8 mei 2007. Zie hierover: I. OPDEBEEK en A. COOLSAET, «Het tuchtrecht voor het gemeente- en provinciepersoneel», in J. DUJARDIN en M. VAN DAMME (red.), *Rechtspositieregeling van het personeel bij de lokale besturen*, Brugge, die Keure, 2008, 179.

²⁰³ Zie bij wijze van voorbeeld: R.v.St., Verbelen, nr. 59.052, 15 april 1996 en ook B. LOMBAERT, o.c., 56-57 alsook: A. DE BECKER, *De overheid en haar personeel: juridische grondslagen van de rechtspositie van de ambtenaar*, 559.

²⁰⁴ R.v.St., Delanghe, nr. 125.829, 1 december 2003; R.v.St., Coppenholle, nr. 126.721, 22 december 2003.

²⁰⁵ R.v.St., Darville, nr. 170.887, 7 mei 2007, *R.R.D.* 2007, 520; R.v.St., Beaumont, nr. 177.593, 4 december 2007, *Soc. Kron.* 2008, 306, met noot J. JACQMAIN.

In twee recente arresten heeft de Raad van State echter geoordeeld dat art. 6.1. van het E.V.R.M. toch van toepassing is op de administratiefrechtelijke tuchtprocedure.²⁰⁵ Deze beslissingen zijn een gevolg van het arrest-Vilho Eskelinen van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens,²⁰⁶ dat tezelfdertijd een correctie en een uitdieping vormt van de leer die vorm had gekregen in het eerdere arrest-Pellegrin van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens.²⁰⁷

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens oordeelde in het arrest-Pellegrin van 8 december 1999 dat art. 6.1. E.V.R.M. enkel niet van toepassing was indien er een bijzondere band van loyaliteit en van vertrouwen bestond tussen de betrokken ambtenaar en de overheid. De ambtenaar moest met andere woorden een typische overheidstaak uitoefenen.²⁰⁸ Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens inspireerde zijn rechtspraak hierbij expliciet en duidelijk op de rechtspraak van het Hof van Justitie, waarbij de typische overheidsbetrekkingen ook worden gedefinieerd als zijnde die taken waarbij de ambtenaar rechtstreeks of onrechtstreeks deelneemt aan de uitoefening van het openbaar gezag.²⁰⁹ Het Hof stipte als enige uitzondering op de regel de geschillen aan inzake pensioenen, aangezien de ambtenaar die op rust was gesteld geen deel van het openbaar gezag meer kon uitoefenen, omdat de band van loyaliteit en vertrouwen door de inruststelling een einde had genomen.²¹⁰

Het arrest-Pellegrin had tot doel houvast te bieden, omdat de rechtspraak in verband met de toepasselijkheid van art. 6.1. E.V.R.M. in de geschillen inzake het openbaar ambt tot dan toe zeer onduidelijk was. Door

²⁰⁶ E.H.R.M., Eskelinen e.a. t/ Finland, 19 april 2007, *J.T.* 2007, 633, met noot D. RENDERS en D. CACCAMISI.

²⁰⁷ E.H.R.M., Pellegrin t/ Frankrijk, 8 december 1999, *Rev. Trim. Dr. H.* 2000, 831, met noot P. WASCHMANN, *A.P.T.* 2000, 276, met noot Y. HOUYET.

²⁰⁸ E.H.R.M., Pellegrin t/ Frankrijk, 8 december 1999, *Rev. Trim. Dr. H.* 2000, 831, met noot P. WASCHMANN, *A.P.T.* 2000, 276, met noot Y. HOUYET.

²⁰⁹ E.H.R.M., Pellegrin t/ Frankrijk, 8 december 1999, *Rev. Trim. Dr. H.* 2000, 831, met noot P. WASCHMANN, *A.P.T.* 2000, 276, met noot Y. HOUYET en vergelijk met H.v.J., Commissie t/ België, C 149/79, 17 december 1980, *Jur.* 1980, 3881.

²¹⁰ E.H.R.M., Pellegrin t/ Frankrijk, 8 december 1999, *Rev. Trim. Dr. H.* 2000, 831 (§ 67).

²¹¹ E.H.R.M., Pellegrin t/ Frankrijk, 8 december 1999, *Rev. Trim. Dr. H.* 2000, 831; B. LOMBAERT, *o.c.*, 2001, 28; M. MELCHIOR, «Quant à l'applicabilité de l'article 6, § 1er, de la Convention des droits de l'homme au contentieux de la fonction publique – évolution de la jurisprudence de Strasbourg», in *Vigilantibus ius scriptum – Feestbundel voor Hugo Vandenberghe*, Brugge, die Keure, 2007, 204; W. VERRIJDT, «Is er nog plaats voor politieke rechten in het toepassingsgebied van art. 6 § 1 E.V.R.M. na het arrest-Vilho Eskelinen?», in A. ALEN en J. VAN NIEUWENHOVE (red.), *Leuvense staatsrechtelijke standpunten*, Brugge, die Keure, 2008, 245.

een functioneel criterium aan te reiken wanneer een geschil in het raam van het openbaar ambt onder het toepassingsgebied van art. 6.1. E.V.R.M. valt, hoopte het Europees Hof voor de Rechten van de Mens voor eenduidigheid te zorgen,²¹¹ hoewel het Hof wel meteen aangaf dat deze bijzondere band geval per geval diende te worden beoordeeld.²¹²

Het functioneel criterium kwam echter gauw onder vuur te liggen, omdat het tot gevolg had dat ingeval een ambtenaar die rechtstreeks of onrechtstreeks deelneemt aan de uitoefening van een deel van het overheidsgezag in een geschil een louter pecuniair recht opwerpt, steeds botst op het feit dat hij deelneemt (rechtstreeks of onrechtstreeks) aan de uitoefening van een deel van het openbaar gezag.²¹³ Een aantal latere arresten geven ook aan dat dit criterium in het licht van de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens moeilijk hanteerbaar is. Het Hof onderzoekt in beginsel immers steeds eerst de aard van de houder van het recht. Indien zulks gekwalificeerd kan worden als een subjectief, burgerlijk recht in de autonome interpretatie van het E.V.R.M., dient de bescherming van het E.V.R.M. zijn rol te spelen. Dit nieuwe criterium leidde ertoe dat er in eerste instantie werd gefocust op de relatie tussen de betrokken ambtenaar en zijn overheid en niet langer op de aard van het ingeroepen recht. Deze ongebruikelijke invalshoek²¹⁴ in het licht van de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens gaf dan ook snel aanleiding tot discussie.²¹⁵

Het functioneel criterium is daarom dan ook aangepast door het recente arrest-Eskelinen van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens.²¹⁶ In dit arrest oordeelde het Hof dat het criterium, zoals vastgelegd in het arrest-Pellegrin, beperkt dient te

²¹² E.H.R.M., Pellegrin t/ Frankrijk, 8 december 1999, *Rev. Trim. Dr. H.* 2000, 831.

²¹³ Joint dissenting opinion van de rechters Tulkens, Fischbach, Casevall en Thomassen bij het arrest-Pellegrin.

²¹⁴ Er dient op te worden gewezen dat rechtshistorisch deze invalshoek niet zo ongebruikelijk was in het Belgisch recht. Hij werd bijvoorbeeld gehanteerd door het Hof van Cassatie in de arresten inzake de aansprakelijkheid van ambtenaren (zie Cass. 8 december 1932, *Pas.* 1933, I, 40; Cass. 30 april 1936, *Pas.* 1936, I, 236; Cass. 22 oktober 1942, *Pas.* 1942, I, 249). Het aansprakelijkheidsonderscheid tussen de organen en de aangestelden van de Staat, dat in België tot 2003 werd gehanteerd, was hierop ook gebaseerd. Eigenlijk was het de bedoeling van die cassatiearresten om aan de organen en dit onderscheid een einde te maken (zie hierover: A. DE BECKER, *De overheid en haar personeel: juridische grondslagen van de rechtspositie van de ambtenaar*, 121-129 en 292-308).

²¹⁵ Zie W. VERRIJDT, o.c., in A. ALEN en J. VAN NIEUWENHOVE (red.), *Leuvense staatsrechtelijke standpunten*, 245.

²¹⁶ E.H.R.M., Vilho Eskelinen e.a. t/ Finland, 19 april 2007, *J.T.* 2007, 633, met noot D. RENDERS en D. CACCAMISI.

worden. Het Hof oordeelt dat het de verdragsluitende partijen weliswaar toekomt om taken die verband houden met de uitoefening van openbaar gezag te onttrekken aan de jurisdictionele controle door een onpartijdige rechter, zoals voorgeschreven in art. 6.1. E.V.R.M., maar enkel indien aan twee cumulatieve voorwaarden is voldaan. Ten eerste dient daarvoor een expliciete basis te bestaan in het positieve recht van de betrokken Verdragsluitende Staat. Ten tweede moet de uitzondering gebaseerd zijn op objectieve grondslagen die kaderen in de uitoefening van het belang van de Staat.

Het Hof geeft echter expliciet mee dat er in beginsel geen rechtvaardiging bestaat voor de uitsluiting van gewone «arbeidsrechtelijke» («conflits ordinaires du travail» of «ordinary labour dispute») geschillen van het toepassingsgebied van art. 6.1. E.V.R.M. De vraag rijst naar de draagwijdte van deze bepaling: het Hof geeft zelf als indicatie geschillen over een loon («un salaire»), een vergoeding («une indemnité») of andere rechten van dien aard («ou d'autres droits de ce type»).

Het arrest-Vilho Eskelinen vertrekt van het uitgangspunt dat art. 6.1. E.V.R.M. in beginsel van toepassing is op alle geschillen die rijzen tussen de ambtenaar en zijn tewerkstellende overheid, ongeacht de wijze van tewerkstelling. De geschillen kunnen enkel onttrokken worden aan het toepassingsgebied van art. 6.1 E.V.R.M., indien aan twee cumulatieve voorwaarden is voldaan. Ten eerste dient het geschil expliciet onttrokken te zijn aan de rechterlijke controle. Bovendien kunnen enkel de geschillen die betrekking hebben op de specifieke vertrouwens- en loyaliteitsband die bestaat tussen de ambtenaar en de overheid onttrokken blijven aan de toetsing door een onpartijdige rechter.²¹⁷

Dit betekent echter ook dat alle waarborgen voorgeschreven in art. 6.1. E.V.R.M. gedurende de hele loop van een tuchtprocedure gegarandeerd dienen te blijven (onpartijdigheid, redelijke termijn...). Het was precies hier dat er zich problemen voordeden in de twee voormelde arresten van de Raad van State.²¹⁸ In de zaak-Darville had een gemeente de redelijke termijn overschreden om uitspraak te doen in een tucht-onderzoek door zeven jaar te wachten vooraleer een tuchtsanctie werd opgelegd. In de zaak-Beaumont had een gemeente het principe van onpartijdigheid, zoals

²¹⁷ D. RENDERS en D. CACCAMISI, «L'irrésistible extension du champ d'application de l'article 6 § 1er de la Convention européenne des droits de l'homme» (noot onder E.H.R.M., Eskelinen t/ Finland, 17 april 2007, *J.T.* 2007, 641).

²¹⁸ R.v.St., Darville, nr. 170.887, 7 mei 2007, *R.R.D.* 2007, 520; R.v.St., Beaumont, nr. 177.593, 4 december 2007, *Soc. Kron.* 2008, 306, met noot J. JACQMAIN.

vervat in art. 6.1. E.V.R.M. overtreden doordat de burgemeester, nog vóór er een tuchtprocedure werd aangevat, de verzoekende partij reeds had gevraagd haar ontslag aan te bieden.

De jurisdictionele controle van de Raad van State voldoet echter aan de voorwaarden van art. 6.1. E.V.R.M. Het hoogste administratieve rechtscollege voert immers een onpartijdige en objectieve beoordeling uit van het voorliggende geschil en voldoet als zodanig aan de vereisten van art. 6.1. E.V.R.M.²¹⁹ Het probleem schuilt echter in de eerste woorden van het art. 6.1. E.V.R.M.: «Bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten...».

Indien de geschillen inzake het openbaar ambt in het algemeen, en over tucht in het bijzonder, niet zomaar mogen worden onttrokken van het toepassingsgebied van art. 6.1. E.V.R.M., heeft zulks tot gevolg dat de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens,²²⁰ minstens impliciet, oordeelt dat (sommige) geschillen tussen een ambtenaar en zijn tewerkstellende overheid als geschillen handelend over een burgerlijk recht in de zin van het E.V.R.M. kunnen worden gekwalificeerd. *Prima facie* lijkt het intern-rechtelijk bevreemdend dat art. 6.1. E.V.R.M. van toepassing is op de geschillen tussen ambtenaren en de overheid, aangezien de wetgever, op basis van art. 145 van de Belgische Grondwet, deze geschillen in de regel als niet handelend over een burgerlijk recht beschouwt. Voor de zogenaamde «ordinary labour disputes» (over hoogte van pensioenen, loon, sociale zekerheid enz.) vormt dit in de Belgische rechtsorde geen probleem. Deze geschillen worden immers voorgelegd aan een arbeidsrechtbank.

Een uniforme kwalificatie van de term «burgerlijke rechten» in het licht van art. 6.1. E.V.R.M. en art. 144 en 145 van de Grondwet leidt tot problemen inzake de bevoegdheidsverdeling tussen de arbeidsgerechten en de Raad van State. Het arrest-Eskelinen zou dan tot gevolg hebben dat er een werkelijke crisis van de rechtsmachtverdeling in België zou totstandkomen.

Verschillende Belgische rechtsgeleerden hebben reeds getracht om deze evolutie voor te zijn door een maximalistische toepassing voor te staan van het toepassingsgebied van art. 6 E.V.R.M.²²¹ Het begrip «burgerlijke rechten» krijgt in deze visie en conform de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van

²¹⁹ B. LOMBAERT, I. MATHY en V. RIGODANZO, *o.c.*

²²⁰ E.H.R.M., Pellegrin t/ Frankrijk, 8 december 1999.

²²¹ J. VELU, «Article 6 of the European Convention on Human Rights in Belgian Law», *Am. J. Comp. Law*, 1970, 268.

²²² E.H.R.M., Ringeisen t/ Oostenrijk, 16 juli 1971, *Publ. Hof*, Serie A, Vol. 13.

de Mens een autonome betekenis in het licht van het Verdrag.²²² De interne kwalificatie van het recht is niet doorslaggevend. Dit betekent dat de waarborgen van de grondrechten in het E.V.R.M. inzake verdragsrechtelijke invulling van het begrip «burgerlijke rechten» ook door andere rechtsprekende instanties kunnen worden verricht.²²³ Het Hof van Cassatie heeft deze rechtspraak ook reeds bevestigd door te oordelen dat art. 6 E.V.R.M. niet vereist dat geschillen inzake burgerlijke rechten en verplichtingen in de verdragsrechtelijke zin worden berecht door gewone hoven en rechtbanken.²²⁴

Toch rijst de vraag of de invloed van het arrest-Vilho Eskelinen beperkt gehouden kan worden tot de toepasselijkheid van art. 6 E.V.R.M. in bestuursrechtelijke geschillen, behoudens wanneer er een wettelijke uitzondering bestaat is en zij betrekking hebben op de bijzondere loyaliteits- en vertrouwensband tussen de betrokken ambtenaar en de overheid. Het arrest-Vilho Eskelinen kadert immers in de evolutieve interpretatie van het E.V.R.M., waarbij de term «burgerlijke rechten» duidelijk een ruimere interpretatie heeft gekregen dan oorspronkelijk in het Verdrag van 1950.²²⁵ Het «*ius honorum*» (recht om benoembaar te zijn in het openbaar ambt en de daarmee verbonden rechten en verplichtingen), dat traditioneel als één van de politieke rechten werd beschouwd, blijkt in de evolutieve en progressieve interpretatie slechts voorbehouden te zijn aan een beperkte groep van ambtenaren *stricto sensu* (diegenen die een deel van het openbaar gezag uitoefenen). Bovendien vormt het slechts een politiek recht als het geschil betrekking heeft op de bijzondere loyaliteits- en vertrouwensband.

De eerlijke, correcte en coherente toepassing van de uitspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in de zaak-Vilho Eskelinen dwingt de Belgische rechtswereld echter de Belgische discussie over de afbakening van de politieke rechten te openen. Immers, hoe autonoom de interpretatie van het

²²³ B. DE SMET, J. LATHOUWERS en K. RIMANQUE, «Artikel 6 § 1 E.V.R.M.», in Y. HAECK en J. VANDE LANOTTE (red.), *Handboek EVRM deel 2-I*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 394.

²²⁴ Cass. 20 november 1989, *Arr. Cass.* 1989-90, 298; Cass. 19 november 1993, *Arr. Cass.* 1993, 473; Arbitragehof nr. 18/95, 2 maart 1995.

²²⁵ Zie hierover: K. LENAERTS, *Constitutie en rechter. De rechtspraak van het Amerikaanse Opperste Gerechtshof, het Europese Hof van Justitie en het Europese Hof voor de Rechten van de Mens*, Antwerpen, Kluwer, 1983, 221 en P. LEMMENS, *o.c.*, 14-15.

²²⁶ De andere «traditionele» politieke rechten zijn het *ius suffragii* (het actief en het passief kiesrecht: het politiek recht *sensu stricto*), het *ius tributii* (het recht om belastingen te betalen en het *ius militiae* (het recht om benoembaar te zijn tot militaire bedieningen (zie: P. LEMMENS, *o.c.*, 227 en W. VERRIJDT, *o.c.*, in A. ALEN en J. VAN NIEUWENHOVE (red.), *Leuvense staatsrechtelijke standpunten*, 250.

E.V.R.M. inzake de term «burgerlijke rechten» ook mag zijn, op het ogenblik dat één van de vier «vaste» politieke rechten ten minste gedeeltelijk als «burgerlijk» wordt gekwalificeerd²²⁶ wegens de evolutie die de rechtsorde van de verschillende lidstaten heeft door-
gemaakt, kan daar niet zonder meer aan worden voorbijgegaan, zeker in het licht van de schijnbare vergelijkbaarheid tussen «ordinary labour disputes» en geschillen met betrekking tot het openbaar ambt.

VII. Tucht

In tuchtprocedures rees frequent de vraag of art. 6.1. E.V.R.M. van toepassing was. Hierbij rees vooral de vraag naar de toetsing en de uiteindelijke controle van de tuchtprocedure door een onpartijdige en onafhankelijke rechtsprekende instantie. De Raad van State oordeelde duidelijk dat zijn jurisdictionele controle aan de vereisten van art. 6.1. E.V.R.M. inzake de controle door een onpartijdige en onafhankelijke rechter voldoet.²²⁷

Hoewel intussen werd beslist dat art. 6.1. E.V.R.M. in de administratieve procedure van toepassing is,²²⁸ toch garandeerden de beginselen van behoorlijk bestuur het recht van verdediging in tuchtzaken. Zo oordeelde de Raad van State bijvoorbeeld dat het beginsel van onpartijdigheid (in het raam van het beginsel van het recht van verdediging) diende te worden gerespecteerd. *In casu* was de ambtenaar die de sanctie had voorgesteld ook opgetreden als voorzitter van de geschillencommissie die als beroepsinstantie optrad. Dit vormde een schending van het beginsel van onpartijdigheid.²²⁹ In de toekomst kan de Raad van State zulke uitspraken dus ook baseren op art. 6.1. E.V.R.M.

Een normaal, zorgvuldige en redelijke overheid dient bij het doorlopen van de tuchtprocedure steeds het recht van de verdediging in acht te nemen. Zo dient een ambtenaar in de loop van de tuchtprocedure de kans te krijgen om zich te laten bijstaan door een

²²⁷ R.v.St., Smeets, nr. 117.447, 24 maart 2003, *A.P.M.* 2003, 60; R.v.St., Delanghe, nr. 125.829, 1 december 2003; R.v.St., Coppenholle, nr. 126.721, 22 december 2003, *C.D.P.K.* 2004, 305, 311, 312 en 327; R.v.St., Tonnaer, nr. 170.919, 8 mei 2007.

²²⁸ In verschillende arresten ontwijkt de Raad van State dit probleem door niet in te gaan op de vraag of dit artikel van toepassing is (zie: R.v.St., Delanghe, nr. 125.829, 1 december 2003; R.v.St., Coppenholle, nr. 126.721, 22 december 2003, *C.D.P.K.* 2004, 304, 305, 311, 312 en 327).

²²⁹ R.v.St., Mahieu, nr. 168.005, 20 februari 2007, *T.B.P.* 2008, 388; R.v.St., De Pape, nr. 168.006, 20 februari 2007; R.v.St., Vandererven, nr. 168.007, 20 februari 2007.

²³⁰ R.v.St., Delanghe, nr. 125.829, 1 december 2003.

²³¹ R.v.St., Van Hauwaert, nr. 111.736, 21 oktober 2002; R.v.St., Struyf, nr. 151.209, 14 november 2005.

raadsman.²³⁰ Dit betekent echter niet dat een ambtenaar zich moet kunnen laten bijstaan door een raadsman in het administratief onderzoek dat aan de tuchtprocedure voorafgaat.²³¹

In het raam van de toepassing van de beginselen van behoorlijk bestuur in tuchtzaken speelt de hoorplicht bij een tuchtprocedure een voorname rol. De rol van het recht van verdediging, los van de eventuele toepassing van art. 6 E.V.R.M. in tuchtzaken, en de toepassing van de beginselen van behoorlijk bestuur zitten in de tuchtprocedure sterk verweven.

Dit blijkt in de eerste plaats uit de rol die de hoorplicht speelt in het raam van een tuchtprocedure. De hoorplicht vormt bij uitstek de garantie om het bestuur bij de uitoefening van een discretionaire bevoegdheid (zoals het opleggen van een tuchtstraf) tot een zorgvuldig oordeel te laten komen en hangt in zoverre dan ook samen met het zorgvuldigheidsbeginsel.²³² Hierbij dient wel te worden onderstreept dat de Raad van State heeft geoordeeld dat het een ambtenaar vrij staat om zijn wijze van verdediging uit te kiezen. De ambtenaar dient bij zijn verdediging (en dus ook in het raam van de hoorplicht) leugenachtige verklaringen te kunnen afleggen, zonder dat zulks als een verzwarend element mag worden beschouwd.²³³

De hoorplicht betekent dat de ambtenaar dient te worden uitgenodigd voor een hoorzitting, waarbij in de brief tot uitnodiging de hem ten laste gelegde feiten worden weergegeven alsook een voorstel van tuchtstraf wordt gedaan. Tevens dient hem te worden meegedeeld dat hij zich kan laten bijstaan door een raadsman en dient hij gedurende een redelijke termijn inzage in het tuchtdossier te verkrijgen. Deze termijn is zeer dikwijls opgenomen in bepaalde regelgeving.²³⁴ De hoorplicht is in het algemeen frequent opgenomen in de regelgeving, wat als gevolg heeft dat de rol van de hoorplicht als beginsel van behoorlijk bestuur slechts een aanvullende werking heeft.²³⁵

In eerste instantie is het van belang dat het orgaan dat bevoegd is om de tuchtstraf op te leggen ook het

²³² I. OPDEBEEK, *o.c.*, in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (red.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, nr. 316.

²³³ R.v.St., Thiebaut, nr. 171.095, 14 mei 2007.

²³⁴ R.v.St., Feyen, nr. 150.547, 24 oktober 2005, *T.B.P.* 2007, 49; R.v.St., Gayse, nr. 151.211, 14 november 2005.

²³⁵ I. OPDEBEEK, *o.c.*, in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (red.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, nr. 317.

²³⁶ R.v.St., Lambrecht, nr. 177.962, 18 december 2007, *T. Gem.* 2008, 127, met noot T. DE SUTTER. Deze rechtspraak is echter pas de laatste jaren vaste rechtspraak geworden. In 2002 oordeelde de Raad van State immers nog dat er geen rechtsregel noch een algemeen rechtsbeginsel bestond dat verplichtte dat de tuchtoverheid die de sanctie oplegt ook de betrokken ambtenaar hoort (zie: R.v.St., Vanhauwaert, nr. 111.736, 21 oktober 2002).

betrokken personeelslid dient te horen.²³⁶ Het volstaat dus niet, zoals *in casu* het geval was, dat het directiecomité de ambtenaar hoort als de raad van bestuur het bevoegde orgaan is om een tuchtstraf op te leggen.

Deze verplichting geldt specifiek voor een tuchtrechtelijke procedure, omdat het respecteren van de hoorplicht daar wordt beschouwd als een element van het recht van verdediging. De rechtspraak van de Raad van State oordeelt echter dat de ambtenaar moet worden gehoord bij elk voornemen van de overheid om ernstige maatregelen te nemen die de belangen van de betrokken ambtenaar (en bij uitbreiding zelfs particulier) zwaar kunnen aantasten. Bovendien dient de maatregel gebaseerd te zijn op het persoonlijk gedrag van de betrokken persoon dat als een tekortkoming kan worden gekwalificeerd.²³⁷

Dit impliceert meteen ook dat ingeval een ordemaatregel wordt uitgevaardigd, de betrokken overheid ook de plicht heeft om de ambtenaar in kwestie te horen, al dient de hoorplicht hier niet te worden gezien als een element van het recht van verdediging zoals in tuchtzaken.²³⁸ De verplichting om de ambtenaar te horen bij elke andere maatregel die een negatieve invloed heeft op de ontwikkeling van zijn loopbaan, dient niet om bepaalde elementen van het dossier te kunnen weerleggen (zoals bij het recht van verdediging), maar wel om de betrokken ambtenaar de kans te geven om zijn standpunt te kennen te geven.²³⁹ In dergelijke gevallen hangt het van de feitelijke elementen van de zaak af op welke wijze de betrokken ambtenaar dient te worden gehoord. Dit hoeft niet noodzakelijk door het bestuurlijk orgaan dat de uiteindelijke beslissing neemt zelf te gebeuren.²⁴⁰ De hoorplicht is buiten de tuchtzaken immers niet zo verregaand.²⁴¹

Ook in tuchtzaken heeft de Raad van State reeds aanvaard dat, in uitzonderlijke omstandigheden, wordt afgeweken van het principe dat het orgaan dat de tuchtsanctie oplegt ook zelf de betrokken ambtenaar hoort. De Raad van State heeft dit aanvaard wanneer het voor de bevoegde overheid praktisch niet doenbaar zou zijn om met de nodige kennis van zaken iedere vervolgd ambtenaar zelf te horen. Het recht om te

²³⁷ I. OPDEBEEK, *o.c.*, in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (red.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, 244-246.

²³⁸ R.v.St., Reyniers, nr. 76.045, 30 september 1998.

²³⁹ R.v.St., Van Damme, nr. 160.265, 19 juni 2006.

²⁴⁰ I. OPDEBEEK, *o.c.*, in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (red.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, 235-278 en T. DE SUTTER, «De bevoegde overheid moet – in beginsel – het tuchtrechtelijk vervolgd personeelslid zelf horen», *T. Gem.* 2008, 128-129.

²⁴¹ R.v.St., Taes, nr. 140.414, 10 februari 2005.

²⁴² R.v.St., Delanghe, nr. 125.829, 1 december 2003.

worden gehoord door de tuchtoverheid zelf moet voor de Raad van State verenigbaar zijn met de eigen aard en de structuur van het bestuur waarvan de betrokkene afhangt.²⁴² De Raad van State oordeelde in deze zaak specifiek dat het onmogelijk zou zijn indien de raad van bestuur van de NMBS elke ambtenaar zelf zou moeten horen. Aangezien de raad van beroep het ultieme advies geeft aan de raad van bestuur, is het praktisch niet doenbaar dat de raad van bestuur iedere ambtenaar over wie hij tuchtmacht uitoefent, ook effectief zou moeten horen. *In casu* aanvaardde de Raad van State dat het verschijnen voor en het horen door de raad van beroep in dit geval kon volstaan, in afwijking van de algemene regel.²⁴³

Uiteraard impliceert het respecteren van de hoorplicht en het respecteren van het recht van verdediging dat, indien de tuchtoverheid een collegiaal orgaan is, alle leden van dit collegiaal orgaan aan de hoorzitting deelgenomen dienen te hebben. De Raad van State aanvaardde in het arrest-Payen niet dat drie gemeenteraadsleden die niet hadden deelgenomen aan de hoorzitting toch hun stem uitbrachten aangaande de tuchtbeslissing ten aanzien van de betrokken ambtenaar. Ook het feit dat de tuchtbeslissing tot ontslag van ambtswege was aangenomen met een meerderheid van vierentwintig stemmen tegen dertien, en dus dat de stem van drie gemeenteraadsleden in geen geval een doorslaggevend belang kon hebben, veranderde voor de Raad van State geenszins het feit dat deze tucht-sanctie met miskennis van de hoorplicht was opgelegd. De drie betrokken gemeenteraadsleden hadden immers geen vragen kunnen stellen en konden daarom niet met volledige kennis van zaken deelnemen aan de stemming.²⁴⁴ Omgekeerd bestaat er echter geen verplichting, ingeval de beslissing wordt genomen door een collegiaal orgaan, voor een lid van dit orgaan dat heeft deelgenomen aan de hoorzitting om ook deel te nemen aan de beslissing over de gepaste tuchtsanctie.²⁴⁵

Ten slotte dienen ten aanzien van de jurisdictionele controle van de Raad van State in tuchtzaken nog twee elementen te worden belicht.

Ten eerste dient nog eens te worden beklemtoond dat de Raad van State zich niet in de plaats van het betrokken bestuur mag stellen in tuchtzaken. Dit betekent dat de Raad van State in het raam van zijn

²⁴³ T. DE SUTTER, *o.c.*, *T. Gem.* 2008, 129.

²⁴⁴ R.v.St., Payen, nr. 155.366, 21 februari 2006, *A.P.M.* 2006, 56.

²⁴⁵ R.v.St., Roos, nr. 149.026, 19 september 2005, *R.W.* 2006-07, 684.

²⁴⁶ R.v.St., De Smet, nr. 175.414, 5 oktober 2007, *C.D.P.K.* 2008, 277.

wettigheidstoets enkel kan nagaan of de betrokken overheid, indien zij een zware tuchtsanctie zoals het ontslag oplegt, de feiten op een juiste, nauwkeurige en contradictoire wijze heeft vastgesteld.²⁴⁶ De Raad van State heeft ten aanzien van de opgelegde tuchtstraf slechts een marginaal toetsingsrecht, wat ervoor zorgt dat de Raad van State enkel tot schorsing of vernietiging kan overgaan ingeval de oplegde tuchtsanctie manifest disproportioneel is.²⁴⁷

Ten tweede heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in tuchtrechtelijke aangelegenheden nog een arrest geveld dat een belangrijke invloed zou moeten hebben op de mogelijk op te leggen tuchtstraffen. In het arrest-Gaygusuz oordeelde het Hof dat een werknemer een werkelijk recht op sociale uitkeringen kan inroepen van zodra hij voor zijn prestaties betaald is.²⁴⁸ Het Hof oordeelde dat, zelfs indien de overheid ten aanzien van haar ambtenaren zich in de meest algemene bewoordingen ertoe geëngageerd heeft om een pensioen uit te keren, dit een burgerlijk recht doet ontstaan voor de betrokken ambtenaar.²⁴⁹ De afzetting waarbij de betrokken ambtenaar zijn rechten op pensioen verliest, vormen voor het Europees Hof voor de Rechten van de Mens dan ook een schending van art. 1 van het Eerste Aanvullend Protocol bij het E.V.R.M. dat het eigendomsrecht beschermt.

Deze rechtspraak heeft reeds geleid tot een eerste arrest van de Raad van State waarin de afzetting in strijd wordt geacht met art. 1 van het Eerste Aanvullend Protocol bij het E.V.R.M., aangezien het leidt tot verlies van de pensioenrechten voor ambtenaren. De Raad van State oordeelde logischerwijze dat, gezien de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, door de afzetting het evenwicht tussen het individueel eigendomsrecht en het algemeen belang is verstoord.²⁵⁰ Deze redenering gaat echter enkel op omdat de betrokken ambtenaar pensioenrechten verloor, die zijn werkgever, de RTBF, diende te dragen.

²⁴⁷ R.v.St., Peersmans, nr. 168.781, 12 maart 2007, voor een toepassing. In de volgende zaken vond de Raad van State de opgelegde tuchtstraf niet manifest onredelijk: R.v.St., Smeulders, nr. 95.552, 18 juni 2001; R.v.St., Mylle, nr. 101.892, 17 december 2001; R.v.St., Dejonckheere, nr. 136.166, 18 oktober 2004; R.v.St., Peeters, nr. 172.693, 25 juni 2007.

²⁴⁸ E.H.R.M., Gaygusuz t/ Oostenrijk, 16 september 1996, *T. Vreemd.* 1996, 332, *J.T. Dr. Eur.* 1996, 211. Zie ook: J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek E.V.R.M.*, deel 2, II, Antwerpen, Intersentia, 2004, 323 en M. BOSSUYT, «De uitbreiding van de rechtsmacht van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens tot socialezekerheidsregelgeving: een rechterlijke revolutie?», *R.W.* 2007-08, 842.

²⁴⁹ E.H.R.M., Azinas t/ Cyprus, 20 juni 2002.

²⁵⁰ R.v.St., Dassonville, nr. 171.523, 24 mei 2007, *J.M.L.B.* 2007, 1110.

Toch heeft de Raad van State deze uitspraak reeds genuanceerd. Bij de meeste besturen behoudt de betrokken ambtenaar immers zijn aanspraken op een pensioen dat gelijk is aan de pensioenrechten die hij als werknemer zou hebben opgebouwd. Doordat art. 50 van de wet van 21 juli 1844 houdende burgerlijke en de kerkelijke pensioenen moet worden gelezen in samenhang met art. 4, § 1, en art. 8 van de wet van 5 augustus 1968, verkrijgt de betrokken ambtenaar, indien zijn pensioen ten laste is van de Openbare Schatkist, een rustpensioen alsof hij zijn diensten heeft gepresteerd in de private sector. Zowel het Europees Hof voor de Rechten van de Mens als de Raad van State hebben reeds aangestipt dat art. 4, § 1, en art. 8 van de wet van 5 augustus 1968 gelezen in samenhang met art. 50, § 1, van de wet van 21 juli 1844, voorkomen dat de afzetting als tuchtstraf een schending uitmaakt van het in art. 1 van het Eerste Aanvullend Protocol bij het E.V.R.M. gewaarborgde eigendomsrecht.²⁵¹

De afzetting vormt overigens voor verschillende deelloverheden een doorn in het oog, maar zij kunnen enkel optreden indien de federale wetgever art. 50 van de wet van 21 juli 1844 opheft of zodanig wijzigt dat de zwaarste tuchtstraf niet noodzakelijk het verlies van de opgebouwde pensioenrechten tot gevolg heeft.²⁵² Het valt op dit ogenblik, wegens het archaisch karakter van deze sanctie, echter aan te bevelen dat de federale wetgever de wet van 21 juli 1844 wijzigt, zodat de zwaarste tuchtstraf niet meer noodzakelijk tot gevolg moet hebben dat de opgebouwde pensioenrechten van de betrokken ambtenaren (in de publieke sector) verloren gaan.

²⁵¹ E.H.R.M., Laloyaux t/ België, 9 maart 2006, *J.M.L.B.* 2007, 1080 en R.v.St., Blondeel, nr. 181.466, 25 maart 2008.

²⁵² Het Vlaams Parlement had bij de goedkeuring van het Gemeente- en het Provinciedecreet de intentie om in de lijst van potentiële tuchtstraffen de afzetting te schrappen, maar kon dit niet, aangezien het een federale bevoegdheid betrof (zie: I. OPDEBEEK en A. COOLSAET, *o.c.*, in J. DUJARDIN en M. VAN DAMME (red.), *Rechtspositieregeling van het personeel bij de lokale besturen*, 185. Ook het Brussels Hoofdstedelijk Gewest heeft een ordonnantie uitgevaardigd waarbij de afzetting wordt geschrapt als tuchtsanctie, (zie de Ordonnantie van 12 juni 2008 tot wijziging van artikel 283, 3^o, van de Nieuwe Gemeentewet, *B.S.* 20 juni 2008). Deze ordonnantie is er echter gekomen zonder advies van de afdeling wetgeving van de Raad van State (zie *Parl. St.*, Brussels Hoofdstedelijk Parlement, nr. A 427/2, zitting 2007-2008, 1-5). Het advies van de afdeling wetgeving had vermoedelijk wel gewezen op hetgeen is bepaald in art. 50 van de wet van 21 juli 1844.