

This item is the archived peer-reviewed author-version of:

De loyaleitseis van het overheidspersoneel versus het spreekrecht en het recht op toegang tot de rechter

Reference:

Van Steenberghe Jasper.- De loyaleitseis van het overheidspersoneel versus het spreekrecht en het recht op toegang tot de rechter
Tijdschrift voor gemeenterecht - ISSN 0775-3217 - 2021:3-4(2021), p. 129-138
To cite this reference: <https://hdl.handle.net/10067/1849230151162165141>

De loyaleitseis van het overheidspersoneel versus het spreekrecht en het recht op toegang tot de rechter

Jasper Van Steenberghe¹, Mandaatassistent Bestuursrecht Universiteit Antwerpen,
Onderzoeksgroep Overheid en Recht

Inhoud

1. Inleiding	1
2. Feiten en procedurele voorgaanden	3
3. Arrest van de Raad van State	4
4. Analyse en situering van het arrest	4
4.1. Spreekrecht van het overheidspersoneel.....	4
4.2. Beperkingen van het spreekrecht vanuit de deontologische verplichtingen rustend op het personeelslid.....	7
4.2.1. De loyaleitseis- en gehoorzaamheidsplicht van overheidspersoneel	7
4.2.2. De vertrouwensband eigen aan sommige functies	13
4.3. Recht op toegang tot de rechter	17
5. Conclusie	20

1. Inleiding

1. Overheidspersoneelsleden hebben net als andere burgers recht op eerbiediging van hun fundamentele rechten en vrijheden.² In het algemeen beheersen de grondrechten de relatie tussen de overheid en de burgers. De intensiteit van die relatie verschilt: de relatie tussen de overheid en een doorsnee burger is anders dan de relatie tussen de overheid en de personen die op een bijzondere manier aan het gezag van de overheid onderworpen zijn.³ De deontologische plichten waaraan overheidspersoneelsleden onderworpen zijn, kunnen belangrijke implicaties

¹ Ik zou graag Prof. dr. Stéphanie De Somer willen bedanken voor de zeer nuttige opmerkingen bij een eerdere versie van deze bijdrage. Daarnaast gaat mijn dank uit naar de twee anonieme reviewers voor hun interessante bemerkingen.

² D. BATSELE, O. DAURMONT en Ph. QUERTAINMONT, *Le contentieux de la fonction publique*, Brussel, Memesis, 1992, nr. 31; B. LOMBAERT, *La convention européenne des droits de l'homme dans le contentieux de la fonction publique belge*, Brussel, Bruylant, 2001, 1; F. KRENC, "Le fonctionnaire et la Convention européenne des droits de l'homme: éléments de synthèse", *Ann. Dr. Louv.* 2005, vol. 65, nr. 3-4, (213) 213.

³ J. VELAERS, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting*, Deel 2, Antwerpen, Maklu, 1991, 605.

hebben voor hun grondrechten, waaronder het recht op vrijheid van meningsuiting.⁴ Ten aanzien van de grondrechten is de situatie van overheidspersoneelsleden namelijk bijzonder: enerzijds worden zij vereenzelvigd met het openbaar gezag ten aanzien van derden; anderzijds fungeren hun grondrechten als fundamentele waarborg ten aanzien van hun werkgever (de overheid).⁵

Het bekleden van een openbaar ambt kan weliswaar beperkingen rechtvaardigen op het gebruik van de vrijheden⁶, maar hoever kunnen die beperkingen gaan? Het antwoord hierop raakt aan het algemeen belang, aangezien het al dan niet besloten karakter van het bestuurlijk apparaat en het daarmee gepaard gaande spreekrecht of -verbod een waardemeter is voor het democratisch gehalte ervan.⁷

2. Elders in dit nummer werd het arrest van de Raad van State van 11 januari 2021⁸ opgenomen. In dit arrest gaat het niet over een regulier overheidspersoneelslid, maar over het ambt van regeringscommissaris, dat een bijzondere vertrouwensband met de Regering veronderstelt. Zoals hierna zal blijken, bestaat er echter een duidelijk verband tussen die specifieke vertrouwensband en de algemene loyaleits- en gehoorzaamheidsplicht, die op ieder lid van het overheidspersoneel rust. Het arrest biedt dan ook een uitgelezen kans om de verhouding tussen enerzijds het spreekrecht van een personeelslid van de overheid en anderzijds zijn deontologische verplichtingen te analyseren, en dit vanuit een vernieuwende invalshoek, met name het recht op toegang tot de rechter.

3. In deze bijdrage staan we eerst stil bij de feiten en procedurele voorgaanden die aanleiding hebben gegeven tot het arrest van 11 januari 2021. Nadien volgt een analyse en situering van het arrest. In dit verband wordt eerst het spreekrecht van de overheidspersoneelsleden besproken. Vervolgens staan we stil bij de mogelijke beperkingen van het spreekrecht, waaronder de loyaleits- en gehoorzaamheidsplicht in het algemeen en de vertrouwensfunctie als regeringscommissaris in het bijzonder. Nadien komen we bij de kern van het besproken arrest: het recht op toegang tot de rechter van een overheidspersoneelslid. We eindigen met een conclusie.

⁴ Zie B. SCHELSTRAETE, “Enkele aandachtspunten inzake de grondwettelijke vrijheden van ambtenaren”, *CDPK* 2011, 402-423.

⁵ A. DE BECKER, “Kroniek van het Belgische Ambtenarenrecht 1999-2008”, *RW* 2008-09, nr. 28, (1154) 1163.

⁶ RvS 13 december 2000, 91.625, Tierentijn.

⁷ I. OPDEBEEK, “Is spreken van de kant van de ambtenaar nog steeds zilver en zwijgen goud?” in R. JANVIER, (ed.), *Openbaarheid en openheid van bestuur: (on)begrensde mogelijkheden?*, Brugge, Die Keure, 1991, (45) 45.

⁸ RvS 11 januari 2021, nr. 249.445, Haekens.

2. Feiten en procedurele voorgaanden

4. De feiten van het geannoteerde arrest kunnen als volgt worden samengevat. De heer R.H. (hierna: verzoeker) is sinds 1 juli 2003 benoemd tot commissaris van de Vlaamse Regering bij de nv BAM⁹ (Beheersmaatschappij Antwerpen Mobiel), thans Lantis genoemd (Leefbaar Antwerpen door Innovatie en Samenwerking). Aanvankelijk is er naast verzoeker nog een andere regeringscommissaris met een voltijdse opdracht bij de nv BAM.

In 2012 vindt een ingrijpende wijziging van het BAM-Decreet plaats, die het onder meer mogelijk maakt dat er twee regeringscommissarissen worden tewerkgesteld met slechts een deeltijdse opdracht.¹⁰ Na de opruststelling van de andere regeringscommissaris en het vrijwillige ontslag van zijn opvolger, besliste de Vlaamse Regering op 9 maart 2012 om Y.V.R. te benoemen tot regeringscommissaris bij de nv BAM met een opdracht van 30 procent. Verzoeker is het oneens met deze wijzigingen en vecht de benoeming van Y.V.R. aan met een beroep tot nietigverklaring bij de Raad van State. Dit beroep wordt verworpen wegens het ontbreken van het rechtens vereiste belang in hoofde van verzoeker.¹¹ Verzoeker blijft in zijn functie als regeringscommissaris van nv BAM.

5. Na de verkiezingen in 2014 treedt een nieuwe Vlaamse Regering aan. Deze regering meent dat het voormelde annulatieberoep van verzoeker bij de Raad van State de oorzaak is van een vertrouwensbreuk tussen de Regering en de regeringscommissaris. Daarom wordt het mandaat van verzoeker als regeringscommissaris bij de nv BAM beëindigd met ingang van 1 augustus 2014. Tegen dit besluit stelt verzoeker op 20 januari 2015 een annulatieberoep in bij de Raad van State, waarna de Raad het op 6 oktober 2016 vernietigt.¹²

Na dit vernietigingsarrest richt de Vlaamse Minister van Mobiliteit een nota aan de Vlaamse Regering waarin wordt gesteld dat een aantal feiten geleid heeft tot een manifeste breuk in de vertrouwensrelatie. In het kader van de eerste procedure bij de Raad van State zou verzoeker namelijk scherpe kritiek geuit hebben op het beleid van de Vlaamse Regering inzake het regeringscommissariaat bij de nv BAM, alsook op het beleid ten aanzien van de nv BAM in het algemeen. Daarnaast sloot verzoeker niet uit dat hij voormelde wijziging van het BAM-Decreet

⁹ Decr. VI. 13 december 2002 houdende de oprichting van de naamloze vennootschap van publiekrecht Beheersmaatschappij Antwerpen Mobiel (BAM), *BS* 19 februari 2003.

¹⁰ Decr. VI. 13 juli 2012 tot wijziging van diverse bepalingen van het decreet van 13 december 2002 houdende de oprichting van de naamloze vennootschap van publiekrecht Beheersmaatschappij Antwerpen Mobiel (BAM), *BS* 16 augustus 2012.

¹¹ RvS 18 november 2013, nr. 225.512, Haekens.

¹² RvS 6 oktober 2016, nr. 236.003, Haekens.

zou betwisten voor het Grondwettelijk Hof.¹³ Bij besluit van 23 december 2016 wordt het mandaat van verzoeker als regeringscommissaris bij de nv BAM beëindigd. Dit besluit vormt het voorwerp van het arrest van 11 januari 2021.

3. Arrest van de Raad van State

6. De Raad van State vernietigt het bestreden besluit aangezien het motief waarop het besluit steunt – zijnde het vernietigingsberoep bij de Raad van State - niet deugdelijk is. Volgens de Raad doet dit immers afbreuk aan *het recht van verzoeker op toegang tot de rechter* wanneer hij zich door een handeling van de overheid geschaad ziet.¹⁴

Dit arrest is illustratief voor de spanning die soms rijst tussen de loyaleits- en gehoorzaamheidsplicht enerzijds en twee fundamentele rechten anderzijds, met name het spreekrecht en het recht op toegang tot de rechter.

4. Analyse en situering van het arrest

4.1. Spreekrecht van het overheidspersoneel

7. Het recht op vrijheid van meningsuiting wordt gewaarborgd in verschillende internationale en supranationale verdragen¹⁵, alsook in de Grondwet.¹⁶ Het recht op vrijheid van meningsuiting komt eenieder toe, ook overheidspersoneelsleden. Door hun functie zijn zij echter onderworpen aan deontologische verplichtingen die gelden als specifieke beperkingen op hun recht op vrijheid van meningsuiting.¹⁷ Zo moeten zij hun ambt uitoefenen op een loyale,

¹³ RvS 18 november 2013, nr. 225.512, overw. 7.

¹⁴ RvS 11 januari 2021, nr. 249.445, Haekens.

¹⁵ Art. 10 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de Fundamentele Rechten en Vrijheden, ondertekend op 4 november 1950 te Rome, BS 18 augustus 1955; Art. 19 en 20 Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke rechten, BS 6 juli 1983; art. 15 Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele rechten, BS 6 juli 1983.

¹⁶ Art. 19 en 25 Gw.

¹⁷ P. LEMMENS, *De vrijheid van meningsuiting. Een grondrecht ingebed in plichten en verantwoordelijkheden*, Preadvies Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Deventer, Kluwer, 2005, 35.

zorgvuldige en integere wijze.¹⁸ Bovendien hebben zij een verplichting tot neutraliteit¹⁹, gereserveerdheid²⁰ en discretie²¹. Deze deontologische plichten hebben belangrijke implicaties voor het spreekrecht van het overheidspersoneel.²² Het verzoenen van deze deontologische plichten met de vrijheid van meningsuiting van het overheidspersoneel is een moeilijke evenwichtsoefening. In de nationale rechtspraak is er een duidelijke verschuiving van dit evenwicht merkbaar.²³

8. De Raad van State oordeelde namelijk aanvankelijk dat de ambtenaar enkel als privépersoon beschikte over de vrijheid van meningsuiting, maar niet als ambtenaar.²⁴ Tot voor de jaren negentig stelde de Raad dat de ambtenaar door zijn benoeming te aanvaarden ook de inperkingen aanvaardt van zijn grondrechten, voor zover die samenhangen met de uitvoering van zijn taak.²⁵ Zowel de Raad van State als het Hof van Cassatie achtten de statutaire preventieve maatregelen ten aanzien van de vrijheid van meningsuiting van personen in bijzondere gezagsverhoudingen, zoals ten overstaan van militairen, ambtenaren en rechters, niet in strijd met de Grondwet.²⁶

¹⁸ Zie bv. Art. 4 KB 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, *BS* 9 januari 2001, p. 419 (hierna: APKB,) (dit APKB werd evenwel opgeheven voor het Vlaamse Gewest); Art. II 1, § 1 Art. I 1, 7^o Besluit van de Vlaamse Regering houdende vaststelling van de rechtspositie van het personeel van de diensten van de Vlaamse overheid, *BS* 27 maart 2006 (hierna: Vlaams Personeelsstatuut); LOMBAERT en S. ADRIAENSSEN, “Les droits et obligations dans la fonction publique” in P. LEVERT en B. LOMBAERT e.a., (eds.), *Droit et contentieux de la fonction publique. 10 années d’actualité*, Parijs, International Faculty for Executives Benelux, 2013, (39); F. GOSSELIN, *Droit de la fonction publique à l’aune du droit Européen*, Brussel, Larcier, 2020; 224-247; I. OPDEBEEK en A. COOLSAET, *Algemene beginselen van Ambtenarentucht*, Brugge, Die Keure, 2011, 182-184.

¹⁹ Zie hierover bv. S. VAN DROOGHENBROECK, “La neutralité des services publics: outil d’égalité ou loi a part entière? Réflexions inabouties en marge d’une récente proposition de loi” in H. DUMONT, P. JADOUL, B. LOMBAERT, F. TULKENS en S. VAN DROOGHENBROECK, *Le Service Public. Les ‘lois du service public*, Brussel, La Chartre, 2009, 232-298.

²⁰ Bv RvS 17 juni 2008, nr. 184.291, Fraikin.

²¹ B. LOMBAERT en S. ADRIAENSSEN, “Les droits et obligations dans la fonction publique” in P. LEVERT en B. LOMBAERT e.a., (eds.), *Droit et contentieux de la fonction publique. 10 années d’actualité*, Parijs, International Faculty for Executives Benelux, 2013, (39) 57-63.

²² P. LEMMENS, *De vrijheid van meningsuiting. Een grondrecht ingebed in plichten en verantwoordelijkheden*, Preadvies Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Deventer, Kluwer, 2005, 35; J. VANDE LANOTTE, G. GOEDERTIER, Y. HEACK, J. GOOSSENS en T. DE PELSMAEKER, *Belgisch Publiekrecht*, Deel 1, Brugge, Die Keure, 2015, 579; J. VELAERS, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting*, Deel 2, Antwerpen, Maklu, 1991, 605.

²³ B. SCHELSTRAETE, “Enkele aandachtspunten inzake de grondwettelijke vrijheden van ambtenaren”, *CDPK* 2011, (402) 407

²⁴ RvS 25 juli 1968, nr. 13.121, Winteraecken, *Arr. Adv. R.v.St.*, 1968, 702-709; RvS 16 december 1980, nr. 20.811, Lievens, *Arr. Adv. RvS* 1980, 1638-1641;

²⁵ RvS 25 juli 1968, nr. 13.121, Winteraecken, *Arr. Adv. R.v.St.*, 1968, 702-709; RvS 16 december 1980, nr. 20.811, Lievens, *Arr. Adv. RvS* 1980, 1638-1641; RvS 22 januari 1986, nr. 25.106, Stevens.

²⁶ Cass. 14 mei 1987, *RW* 1987-88, 784 en *JT* 1988, 58, concl. Adv. Gen. Velu.

Onder invloed van de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM)²⁷ is het evenwicht in België verschoven en geldt dat ambtenaren het recht op vrijheid van meningsuiting genieten met betrekking tot de feiten waarvan zij kennis hebben uit hoofde van hun ambt.²⁸ Vandaag kan vanuit grondwettelijk oogpunt de schending van de deontologische plichten niet tot preventieve, maar enkel tot repressieve, tuchtrechtelijke maatregelen leiden.²⁹

9. Het is vaste rechtspraak van het EHRM dat de vrijheid van meningsuiting geldt op de werkvloer in het algemeen en toekomt aan ambtenaren in het bijzonder.³⁰ Die vrijheid van meningsuiting is niet onbegrensd en kan aan beperkingen worden onderworpen.³¹ Wanneer het gaat om de vrijheid van meningsuiting van ambtenaren, krijgen de ‘plichten en verantwoordelijkheden’ uit artikel 10, § 2 EVRM een bijzondere betekenis.³² Het EHRM heeft dan ook benadrukt dat werknemers in het algemeen en ambtenaren in het bijzonder, gebonden zijn door een verplichting tot loyauteit, discretie en terughoudendheid tegenover hun werkgever.³³

10. Het recht op vrije meningsuiting houdt volgens de Raad van State ook een spreekrecht voor de ambtenaar in, dat de vrijheid insluit om kritiek te geven op het beleid van de overheid.³⁴ Dat spreekrecht doet echter geen afbreuk aan de verplichting voor de ambtenaar om tijdens en buiten de uitoefening van zijn ambt elke handelwijze te vermijden die het vertrouwen van de bevolking in de overheidsdienst kan aantasten.³⁵ Aangaande de intensiteit van het spreekrecht

²⁷ EHRM 28 augustus 1986, nr. 9228/80, Glasenapp/Duitsland; EHRM 28 augustus 1986, nr. 9704/92, Kosiek/Duitsland.

²⁸ Vaste rechtspraak, zie bv. RvS 16 mei 2019, nr. 244.520, Mahi; RvS 17 oktober 2016, nr. 236.130, De Smet; RvS 12 maart 2007, nr. 168.781, Peersmans; RvS 22 januari 1986, nr. 25.106, Stevens.

²⁹ J. VELAERS, *De Grondwet. Een artikelsgewijze commentaar. Deel I. Het federale België, het grondgebied, de grondrechten*, Brugge, Die Keure, 2019, 351; GwH 3 december 2009, nr. 195/2009.

³⁰ EHRM 28 augustus 1986, nr. 9228/80, Glasenapp/Duitsland; EHRM 28 augustus 1986, nr. 9704/92, Kosiek/Duitsland; EHRM (GK) 26 september 1995, nr. 17851/91, Vogt/Duitsland; EHRM 2 september 1998, Ahmed e.a./Verenigd Koninkrijk; EHRM 29 februari 2000, nr. 39293/98, Fuentes Bobo/Spanje; EHRM (GK) 12 februari 2008, nr. 14277/04, Guja/Moldavië; EHRM 28 oktober 1999, nr. 28396/95, Wille/Lichtenstein; EHRM 9 januari 2018, nr. 12003/04, Catalan/Roemenië.

³¹ Overeenkomstig artikel 10, tweede lid EVRM moeten die beperkingen moeten voorzien zijn bij wet, een legitiem doel nastreven en nodig zijn in een democratische samenleving.

³² EHRM (GK) 26 september 1995, nr. 17851/91, Vogt/Duitsland, § 53; EHRM 28 oktober 1999, nr. 28396/95, Wille/Lichtenstein, § 64; EHRM 9 januari 2018, nr. 12003/04, Catalan/Roemenië, § 57.

³³ EHRM (GK) 12 februari 2008, nr. 14277/04, Guja/Moldavië, § 70; EHRM (GK) 26 september 1995, nr. 17851/91, Vogt/Duitsland, § 59; EHRM 2 september 1998, Ahmed e.a./Verenigd Koninkrijk, § 55.

³⁴ RvS 10 december 2019, nr. 246.360, De Smet.

³⁵ RvS 10 december 2019, nr. 246.360, De Smet; RvS 12 maart 2007, nr. 168.781, Peersmans.

kunnen er, zelfs binnen hetzelfde bestuur, verschillen zijn tussen de personeelsleden en dit volgens hun functie en de plaats die zij bekleden in de hiërarchie.³⁶

4.2. Beperkingen van het spreekrecht vanuit de deontologische verplichtingen rustend op het personeelslid

4.2.1. De loyauteits- en gehoorzaamheidsplicht van overheidspersoneel

11. Tegenover de vrijheid van meningsuiting staat dus de deontologische verplichting om van deze vrijheid op een loyale en integere wijze gebruik te maken.³⁷ Een loyale ambtsuitoefening is volgens OPDEBEEK en COOLSAET de belangrijkste deontologische verplichting, in die zin dat de andere verplichtingen meestal een verdere concretisering zijn van hoe dat ambt op een loyale, zorgvuldige en integere wijze wordt uitgeoefend.³⁸

12. De verplichting tot een loyale ambtsplicht dekt verschillende ladingen. Een eerste onderdeel van de loyauteitsplicht betreft de loyauteitsplicht aan het constitutionele bestel en de rechtsstaat.³⁹ In België komt dit bijvoorbeeld tot uiting in de grondwettelijke eed die bepaalde ambtenaren dienen af te leggen.⁴⁰ Vanuit die visie moeten ambtenaren het algemeen belang nastreven, trouw zijn aan de democratische instellingen, de bestaande regelgeving en de uitvoering van het beleid.⁴¹ Volgens het Grondwettelijk Hof is de eed een uitdrukking van het feit dat België een rechtsstaat is. Eén van de kenmerken van een rechtsstaat bestaat er immers

³⁶ I. OPDEBEEK, “Is spreken van de kant van de ambtenaar nog steeds zilver en zwijgen goud?” in R. JANVIER, (ed.), *Openbaarheid en openheid van bestuur: (on)begrensde mogelijkheden?*, Brugge, Die Keure, 1991, (44) 46.

³⁷ RvS 16 mei 2019, nr. 244.520, Mahi; RvS 17 oktober 2016, nr. 236.130, De Smet.

³⁸ I. OPDEBEEK en A. COOLSAET, *Algemene beginselen van Ambtenarentucht*, Brugge, Die Keure, 2011, 158.

³⁹ P. VANDERNOOT, “Le fonctionnaire, ses droits et ses obligations”, *A.P.T.* 1990/1, (45) 47; B. LOMBAERT en S. ADRIAENSSEN, “Les droits et obligations dans la fonction publique” in P. LEVERT en B. LOMBAERT e.a., (eds.), *Droit et contentieux de la fonction publique. 10 années d’actualité*, Parijs, International Faculty for Executives Benelux, 2013, (39) 51; F. KRENC, “Le fonctionnaire et la Convention européenne des droits de l’homme: éléments de synthèse”, *Ann. Dr. Louv.* 2005, vol. 65, nr. 3-4, (213) 240. Zie ook: F. RIGAUX en F. DELPEREE, “Le loyalisme constitutionnel”, *J.T.* 1977, 353-358; D. DEOM, “La protection de la vie privée dans les relations professionnelles – Le secteur public”, *Ann. Dr.* 1984, 55 e.v.; J. SEUROT, “Fonction Publique et contrôle juridictionnel”, *A.P.T.* 1982, (27) 31-32; P. VANDERNOOT, “Les fonctionnaire, ses droits et obligations”, *A.P.T.* 1990/1, (45) 47-48; J. VELAERS, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting*, Deel 2, Antwerpen, Maklu, 1991, 617-625; B. LOMBAERT, *La Convention européenne des droits de l’homme dans le contentieux de la fonction publique belge*, Lima, Anthemis, 2001, 101; B. SCHELSTRAETE, “Enkele aandachtspunten inzake de grondwettelijke vrijheden van ambtenaren”, *CDPK* 2011, (402) 407.

⁴⁰ Art. 2 Decreet 20 juli 1831 betreffende de eedaflegging bij de aanvang der grondwettelijke vertegenwoordigende monarchie, *BS* 20 juli 1831, p. 888888.

⁴¹ Zie bv vertaald in Omz. 17 augustus 2007 met betrekking tot het deontologisch kader voor de ambtenaren van het federaal administratief openbaar ambt, *BS* 27 augustus 2007, p. 44410. J. SAROT, “La déontologie de la fonction publique. Le devoir de réserve” in *Liber amicorum prof. em. E. Krings*, Gent, Story Scientia, 1991, (295) 296.

in dat de bestuurders aan de rechtsregels onderworpen zijn. De eed van gehoorzaamheid aan de Grondwet en aan de wetten van het Belgische volk moet in die zin worden beschouwd als een plechtige verklaring van onderwerping aan de rechtsregels van de Belgische rechtsorde.⁴² Ook het EHRM heeft geoordeeld dat een democratische staat mag eisen van haar ambtenaren dat ze loyaal zijn aan de grondwettelijke principes waarop de staat is gebaseerd.⁴³ Volgens het EHRM heeft de verplichting tot loyauteit (en tot discretie) een bijzonder belang voor ambtenaren, aangezien de opdracht van ambtenaren in een democratische samenleving erin bestaat om de overheid bij te staan in haar functies en de bevolking dus mag verwachten dat ambtenaren de democratisch verkozen regering helpen in plaats van ze te hinderen.⁴⁴ Aldus lijkt het Hof erop te wijzen dat de loyauteitsplicht zwaarder weegt bij personeelsleden werkzaam bij de overheid dan bijvoorbeeld bij particuliere personeelsleden.

De verplichting tot loyauteit tegenover de natie betekent echter niet dat men als overheidspersoneelslid trouw moet zijn aan de regering. Als dusdanig verschilt loyauteit van conformisme, met name het zich schikken naar de ideeën van de partijen aan het bewind.⁴⁵ Voor bepaalde functies kan het wel zijn dat er een dergelijke vertrouwensband met de regering moet bestaan, zoals later in deze bijdrage nog duidelijk zal worden gemaakt.⁴⁶

13. Op de tweede plaats dienen ambtenaren loyaal te zijn tegenover hun hiërarchische overste.⁴⁷ Een ambtenaar mag wel kritiek leveren op het bestuur via het interne spreekrecht, maar die kritiek moet worden geformuleerd op een redelijke en gematigde wijze zonder overdreven beledigend te zijn.⁴⁸

De loyauteitsplicht moet in elk geval afzonderlijk worden beoordeeld, maar zij verbiedt de ambtenaar alleszins om systematische kritiek en insinuaties te uiten, en minachtende of beledigende uitlatingen te doen.⁴⁹ Daarnaast verbiedt zij de ambtenaar het vertrouwen te ondermijnen dat het publiek moet kunnen hebben in de administratie en om het gezag en de reputatie van zijn collega's en hiërarchische meerderen aan te tasten of hen in diskrediet te

⁴² GwH 15 oktober 2002, nr. 151/2002, B.3.2.

⁴³ EHRM (GK) 26 september 1995, nr. 17851/91, Vogt/Duitsland, § 59.

⁴⁴ EHRM (GK) 12 februari 2008, nr. 14277/04, Guja/Moldavië, § 71.

⁴⁵ E. DE LUYCK, "Vrijheid van mening, vrijheid van meningsuiting en personen in openbare dienst", *TBP* 1980, 20; I. OPDEBEEK, *De tuchtregeling in de lokale besturen*, UIA, Brugge, Die Keure, 1985, 22.

⁴⁶ *Infra* 4.2.2. De vertrouwensfunctie eigen aan sommige functies.

⁴⁷ F. GOSSELIN, *Droit de la fonction publique à l'aune du droit Européen*, Brussel, Larcier, 2020, 225.

⁴⁸ RvS 16 mei 2019, nr. 244.520, Mahi; RvS 13 oktober 2016, 236.090, Lejeune; RvS 15 september 2004, nr. 134.957, Pirotte.

⁴⁹ RvS 16 mei 2019, nr. 244.520, Mahi; RvS 13 oktober 2016, 236.090, Lejeune.

brenge⁵⁰. Zo kan het belang van de dienst in het algemeen, en het imago van de politie in het bijzonder, een legitiem doel vormen om de vrijheid van meningsuiting van een politiecommissaris te beperken door een loyaleits- en discretieplicht.⁵¹

14. Dit tweede aspect van de loyaleitsplicht houdt verband met een andere deontologische verplichting, meer bepaald de verplichting tot gereserveerdheid. Die verplichting betreft enkel het uiten van een opinie, en meer bepaald de wijze waarop die wordt geuit.⁵² Het betreft de verplichting om zich te onthouden van bepaalde gedragingen die onverenigbaar zijn met de aard van de functie of van het werk.⁵³ Deze notie van gereserveerdheid is gebaseerd op het idee dat bepaalde functies worden uitgeoefend door personen wier imago van onpartijdigheid en neutraliteit moet worden gevrijwaard omwille van het vertrouwen dat zij bij het publiek moeten wekken.⁵⁴ Volgens de Raad van State aanvaardt de ambtenaar, door zijn benoeming te aanvaarden en de eed af te leggen, de verplichtingen van zijn ambt, waaronder de verplichting om bij het uitoefenen van zijn spreekrecht binnen zekere perken te blijven, ingegeven door het belang van de dienst en de waardigheid van het ambt. Volgens de Raad vormt die plicht tot gereserveerdheid een maatregel die nodig is in een democratische samenleving en is die in beginsel niet strijdig met de Grondwet noch met het EVRM.⁵⁵ Ook het EHRM benadrukt dat ambtenaren door hun positie vaak toegang hebben tot informatie die de overheid om legitieme redenen vertrouwelijk of geheim wilt houden. Om die reden stelt het EHRM dat de verplichting tot gereserveerdheid bij ambtenaren sterker is dan in andere gevallen.⁵⁶

15. Indien een overheidspersoneelslid het niet eens is met het gevoerde beleid kan hij wel op een redelijke en gematigde wijze kritiek uitoefenen via het interne spreekrecht, maar éénmaal een beslissing is genomen door een meerdere, dienen alle ambtenaren van zijn dienst die beslissing loyaal uit te voeren.⁵⁷ Een goede illustratie hiervan is een arrest betreffende een arts

⁵⁰ RvS 13 oktober 2016, 236.090, Lejeune; RvS 16 mei 2019, nr. 244.520, Mahi.

⁵¹ RvS 17 oktober 2016, nr. 236.130, De Smet.

⁵² I. OPDEBEEK, "Is spreken van de kant van de ambtenaar nog steeds zilver en zwijgen goud?" in R. JANVIER, (ed.), *Openbaarheid en openheid van bestuur: (on)begrensde mogelijkheden?*, Brugge, Die Keure, 1991, (44) 52; P VANDERNOOT, "La liberté d'expression dans la fonction publique en Belgique" *Rev. Trim. Dr. h.* 1993, (499) 520; B. LOMBAERT, *La convention européenne des droits de l'homme dans le contentieux de la fonction publique belge*, Brussel, Bruylant, 2001, 113, nr. 73; I. OPDEBEEK, *De tuchtregeling in de lokale besturen*, UIA, Brugge, Die Keure, 1985, 24.

⁵³ F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Brussel, Bruylant, L.G.D.J. Parijs, 1990, 491.

⁵⁴ P. DE BRUYCKER, "Déontologie de la fonction publique et transparence administrative", *A.P.T.* 1993, 176.

⁵⁵ RvS 10 december 2019, nr. 246.360, De Smet.

⁵⁶ EHRM (GK) 12 februari 2008, nr. 14277/04, Guja/Moldavië, § 71.

⁵⁷ RvS 26 november 2001, nr. 101.163, Houdaert.

bij de Vlaamse Overheid.⁵⁸ Tegen de uitdrukkelijke instructie van haar afdelingshoofd in, verdedigde zij voor de Vlaamse adviesraad voor de erkenning van verzorgingsvoorzieningen niet het standpunt van de administratie en van de bevoegde Vlaamse minister, maar haar persoonlijk standpunt. Alleen door het alert optreden van het afdelingshoofd kon verhinderd worden dat dit standpunt in de adviesraad werd medegedeeld en dat de ambtenaar het woord kreeg. De Raad van State beschouwde deze houding van de ambtenaar als een schending van de loyaleitsplicht.⁵⁹ Volgens de Raad kan het immers vanuit het oogpunt van de werking van de administratie onmogelijk aanvaard worden dat een ambtenaar de beslissing van een meerdere naast zich neerlegt om de eenvoudige reden dat deze ambtenaar een andere interpretatie van de regelgeving of van de feiten voorstaat. Mocht elke ambtenaar zo reageren en handelen, zou de werking van de administratie totaal onmogelijk worden en zou dit leiden tot willekeurige en tegenstrijdige beslissingen, wat door de burgers - voor wie de administratie uiteindelijk werkt - onmogelijk kan worden geaccepteerd.⁶⁰

16. Dit aspect van de loyaleitsplicht houdt verband met een andere deontologische plicht, met name de hiërarchische gehoorzaamheidsplicht. Aangezien besturen vaak hiërarchisch gestructureerd zijn, handelt een personeelslid onder het toezicht van zijn hiërarchische overste en heeft die de verplichting om de bevelen van zijn overste op te volgen.⁶¹ Behoudens wanneer hem bevolen zou worden handelingen te stellen die strijdig zijn met de wet, of die hem opgelegd worden door een kennelijk onbevoegde persoon, mag de ambtenaar de regelmatigheid van die bevelen niet telkens in vraag stellen en/of weigeren ze op te volgen.⁶² Zodoende zou hij de goede werking van de dienst dwarsbomen.⁶³ Bepaalde auteurs stellen dat zonder een gehoorzaamheidsplicht zelfs geen openbare dienstverlening mogelijk zou zijn.⁶⁴

Een ambtenaar moet loyaal zijn nadat een beslissing is genomen, ook al strookt die niet met zijn standpunt. De ambtenaar is ertoe gehouden de beslissing uit te voeren of het standpunt

⁵⁸ RvS 26 november 2001, nr. 101.163, Houdaert.

⁵⁹ RvS 26 november 2001, nr. 101.163, Houdaert.

⁶⁰ RvS 26 november 2001, nr. 101.163, Houdaert.

⁶¹ I. OPDEBEEK en A. COOLSAET, *Algemene beginselen van Ambtenarentucht*, Brugge, Die Keure, 2011, 158; I. OPDEBEEK en S. DE SOMER, *Algemeen bestuursrecht. Grondslagen en beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 191; B. LOMBAERT en S. ADRIAENSSEN, "Les droits et obligations dans la fonction publique" in P. LEVERT en B. LOMBAERT e.a., (eds.), *Droit et contentieux de la fonction publique. 10 années d'actualité*, Parijs, International Faculty for Executives Benelux, 2013, (39) 44.

⁶² RvS 29 april 2002, nr. 106.170, Lapage; RvS 20 februari 2008, nr. 179.913, Gemeente Schaarbeek.

⁶³ RvS 20 februari 2008, nr. 179.913, Gemeente Schaarbeek.

⁶⁴ D. BATSELE, O. DAURMONT en Ph. QUERTAINMONT, *Le contentieux de la fonction publique*, Brussel, Memesis, 1992, 203; J. SAROT, P. BARET, D. BASTELE e.a., *Précis de fonction publique*, Brussel, Bruylant, 1994, 237.

waarover een beslissing werd genomen te verdedigen naar buiten toe. Het komt het overheidspersoneelslid, als ondergeschikte, dan ook niet toe de doelmatigheid of de opportuniteit van een bevel te beoordelen.⁶⁵ Wanneer het personeelslid de bevoegde minister wijst op de juridische problemen die een bepaalde beslissing zou kunnen veroorzaken, wil dit echter niet zeggen dat hij ingaat tegen de politieke wil van de laatstgenoemde.⁶⁶ Ook hier gaat het dus om een delicate evenwichtsoefening.

De gehoorzaamheidsplicht geldt ook zonder een verankering in het statuut aangezien zij voor het overheidspersoneel als een algemeen rechtsbeginsel wordt beschouwd.⁶⁷ Zoals gezegd heeft de gehoorzaamheidsplicht wel een grens: een onwettig bevel moet worden geweigerd.⁶⁸ Bij twijfel aan de wettigheid van de opgelegde taken moet het personeelslid dit gegeven zelf aankaarten bij zijn overheid.⁶⁹ Aldus vormt het legaliteitsprincipe de grens van de gehoorzaamheidsplicht, ook soms het moraliteitsprincipe genoemd.⁷⁰

17. De vraag rijst of voormelde deontologische beperkingen van het spreekrecht ook gelden voor contractueel overheidspersoneel. In België bestaan er twee categorieën van personen die tewerkgesteld zijn bij de overheid: (meestal) vastbenoemde, statutaire personeelsleden enerzijds, en overheidscontractanten anderzijds.⁷¹ Een statutair ambtenaar wordt eenzijdig door de overheid benoemd, waarna een eenzijdig door de overheid opgesteld en wijzigbaar statuut op hem van toepassing wordt.⁷² Contractanten zijn geen statutaire ambtenaren maar personeelsleden met wie de overheid een arbeidsovereenkomst gesloten heeft en op wie

⁶⁵ Zie bv. RvS 26 maart 1975, nr. 16.953, D'Haese; RvS 30 oktober 1984, nr. 24.786, Declercq; RvS 26 juni 1987, nr. 28.248, Vroonen.

⁶⁶ RvS 28 juni 2003, 133.211, Debrulle.

⁶⁷ B. LOMBAERT en S. ADRIAENSSEN, "Les droits et obligations dans la fonction publique" in P. LEVERT en B. LOMBAERT e.a., (eds.), *Droit et contentieux de la fonction publique. 10 années d'actualité*, Parijs, International Faculty for Executives Benelux, 2013, (39) 44.

⁶⁸ RvS 26 juni 1987, nr. 28.248, Vroonen. De Raad van State verwoordt dit echter soms op verschillende manieren. Soms heeft de Raad het over manifest onwettige handelingen (RvS 20 februari 2008, nr. 179.913, Gemeente Schaarbeek), en soms formuleert de Raad het subtieler, namelijk: "Behoudens wanneer hem bevolen zou worden handelingen te stellen die strijdig zijn met de wet, of die hem opgelegd worden door een kennelijk onbevoegde persoon" (RvS 29 april 2002, nr. 106.170, Lapage). Zie hierover B. LOMBAERT, "Ordre illégal et obéissance hiérarchique dans le droit disciplinaire de la fonction publique", *JT* 1998, 265-273.

⁶⁹ RvS 15 april 2014, nr. 227.125.

⁷⁰ A. HONDEGHEM, *De deontologie van de ambtenaar*, Leuven, Vervolmakingscentrum voor Overheidsbeleid en Bestuur, 1985, 26.

⁷¹ I. OPDEBEEK en S. DE SOMER, *Algemeen bestuursrecht. Grondslagen en beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 168.

⁷² A. DE BECKER, *De overheid en haar personeel: juridische grondslagen van de rechtspositie van de ambtenaar*, Brugge, die Keure, 2007, 36-37.

bijgevolg de Arbeidsovereenkomstenwet van toepassing is.⁷³ Het aandeel contractueel overheidspersoneel neemt stelselmatig toe,⁷⁴ vooral bij de lokale besturen.⁷⁵

18. Een belangrijke vraag is dan ook of de deontologie die traditioneel van toepassing wordt geacht op statutaire personeelsleden, ook van toepassing is op contractueel overheidspersoneel. Er zijn belangrijke argumenten die wijzen in de richting van een positief antwoord.

Een eerste vaststelling is dat er op verschillende bestuursniveaus thans een keuzerecht is voor de benoemende overheid om personeelsleden in statutair of contractueel dienstverband aan te stellen. Zo is sinds 2016 voor de provincies, de gemeente- en OCMW-besturen in het Vlaamse Gewest de decreetgever expliciet het beginsel van statutaire tewerkstelling opgegeven.⁷⁶ Het Decreet Lokaal Bestuur van 22 december 2017 bepaalt thans dat deze besturen personeel in statutair of in contractueel dienstverband kunnen aanstellen.⁷⁷ In dezelfde lijn bepaalt het Provinciedecreet sinds 2016 dat men de keuze heeft om personeelsleden in statutair dan wel contractueel dienstverband aan te stellen.⁷⁸ Ook in het Vlaams Personeelsstatuut vinden we deze principiële keuze terug.⁷⁹ Dit betekent ook dat contractuele overheidspersoneelsleden vaak dezelfde of gelijkaardige taken zullen kunnen uitvoeren als hun statutair aangestelde collega's. De ene categorie op basis van een puur formeel criterium (de wijze van aanstelling) onderwerpen aan de deontologie en de andere niet, lijkt dan ook op gespannen voet te staan met het gelijkheidsbeginsel, dat een grondwettelijke verankering kent in de artikelen 10 en 11 Gw.

Ten tweede valt op dat in diezelfde regelgeving voor het omschrijven van de deontologische rechten en plichten telkens de algemene term 'personeel' wordt gebruikt.⁸⁰ Ook in andere statuten vinden we de generieke term 'personeelsleden' terug bij de omschrijving van de deontologische rechten en plichten. Zo is de deontologische code van de politiediensten van

⁷³ I. OPDEBEEK, "De (in)effectiviteit van het tuchtrecht in de lokale besturen" in S. LUST en P. LUYPERS (eds.), *Tucht en Deontologie – (In)effectiviteit van het tuchtrecht ter handhaving van de waardigheid van het ambt*, Brugge, Die Keure, 2007, (43-51), nr. 12.

⁷⁴ I. DE WILDE en R. JANVIER, *Naar een principiële contractuele tewerkstelling bij de Vlaamse overheid?*, Leuven, Steunpunt bestuurlijke vernieuwing, 2017, 12-13; I. DE WILDE, S. AERTS en R. JANVIER (eds.), *De eenzijdige wijzigbaarheid van de arbeidsvoorwaarden van het (contractueel) overheidspersoneel*, Brugge, Die Keure, 2014, 17-17.

⁷⁵ I. DE WILDE, "Flexibiliteit of paradoxale rigiditeit? De (eenzijdige) wijzigbaarheid van de arbeidsvoorwaarden van de overheidscontractant, *RW* 2016-17, (1363) 1367; Zie R. JANVIER en K. JANSSENS, *De mythe van het statuut voorbij? De nieuwe overheidswerker is opgestaan!*, Brugge, Die Keure, 2003, 55-60.

⁷⁶ J. DUJARDIN, M. VAN DAMME, J. VANDE LANOTTE en A. MAST, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen, Kluwer, 2021, 285; A. COLSAET, "De personeelsorganisatie volgens het Decreet Lokaal Bestuur: wat verschijnt, wat verdwijnt?" *T. Gem.* 2018/3, (189) 198.

⁷⁷ Art. 184 e.v. Decreet Lokaal Bestuur, *BS* 22 december 2017.

⁷⁸ Art. 100 Provinciedecreet 9 december 2005, *BS* 29 december 2005.

⁷⁹ Art. I 1, 7° Vlaams Personeelsstatuut.

⁸⁰ Art. II 1-II 7 Vlaams Personeelsstatuut; art.193 DLB; Art. 103 e.v. Provinciedecreet.

toepassing op statutairen en contractuelen.⁸¹ Daarom wordt aangenomen dat de deontologische verplichtingen niet alleen van toepassing zijn op statutairen, maar ook op contractuelen.^{82 83}

19. Zoals reeds vermeld, kan wie een inbreuk pleegt op de deontologie tuchtrechtelijk worden bestraft. Gelet op het verbod tot eenzijdige wijziging van de (essentiële elementen) van de arbeidsovereenkomst, is het tuchtrecht weliswaar enkel van toepassing op statutaire personeelsleden, en is voor contractanten slechts een zeer beperkte vorm van tuchtrecht mogelijk.⁸⁴ Een ernstige inbreuk op de deontologie zal voor contractanten gemakkelijker leiden tot een ontslag, terwijl voor ambtenaren verschillende tuchtsancties mogelijk zijn, die ook evenredig moeten zijn met de feiten.⁸⁵

4.2.2. De vertrouwensband eigen aan sommige functies

20. Het besproken arrest heeft specifiek betrekking op de vertrouwensrelatie die moet bestaan tussen een regeringscommissaris en de regering. Via een regeringscommissaris voert de uitvoerende macht toezicht uit op de uitvoering van openbare diensten.⁸⁶ De Vlaamse Regering kan een regeringscommissaris aanduiden in een publieke instelling, zoals een publiekrechtelijk of privaatrechtelijk extern verzelfstandigd agentschap of bepaalde VZW's, om erover te waken dat de organisatie haar beleidsdoelstellingen zo efficiënt en effectief mogelijk realiseert en daarbij alle wetten, decreten en andere regels naleeft.⁸⁷ De Vlaamse Regering stelt een regeringscommissaris aan op voordracht van de minister bevoegd voor de betreffende

⁸¹ Verslag aan de Koning bij het KB 10 mei 2006 houdende vaststelling van de deontologische code van de politiediensten, *BS* 30 mei 2006.

⁸² I. OPDEBEEK en A. COOLSAET, *Algemene beginselen van Ambtenarentuchtrecht*, Brugge, Die Keure, 2011, 155; R. JANVIER, "Tuchtregime voor contractanten in overheidsdienst: een (des)illusie?" in S. LUST en P. LUYPAERS (eds.), *Tucht en Deontologie – (In)effectiviteit van het tuchtrecht ter handhaving van de waardigheid van het ambt*, Brugge, Die Keure, 2007,(63) 67, nr. 8; R. JANVIER, "Een volwaardige tuchtregeling voor contractanten in overheidsdienst", *TSR* 2008, (229) 297.

⁸³ Volgens JANVIER rijst wel de vraag of het doortrekken van de plichtenleer voor de ambtenaar naar de contractanten al dan niet een verzwaring inhoudt van de plichten van het contractuele personeelslid met toepassing van de Arbeidsovereenkomstenwet, en dus contradictoir is aan één van de fundamentele beginselen van dezelfde Arbeidsovereenkomstenwet. Zie: R. JANVIER, "Tuchtregime voor contractanten in overheidsdienst: een (des)illusie?" in S. LUST en P. LUYPAERS (eds.), *Tucht en Deontologie – (In)effectiviteit van het tuchtrecht ter handhaving van de waardigheid van het ambt*, Brugge, Die Keure, 2007,(63) 67, nr. 8.

⁸⁴ Zie R. JANVIER, "Een volwaardige tuchtregeling voor contractanten in overheidsdienst", *TSR* 2008, 229-329; I. OPDEBEEK en A. COOLSAET, *Algemene beginselen van Ambtenarentuchtrecht*, Brugge, Die Keure, 2011, 27-34.

⁸⁵ I. OPDEBEEK en S. DE SOMER, *Algemeen bestuursrecht. Grondslagen en beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 204, nr. 445.

⁸⁶ M. DE GROOT, *Overheidstoezicht op private rechtspersonen belast met taken van openbare dienst: de verenigbaarheid van de toezichtplicht op de uitvoering van openbare diensten met de private rechtsvorm*, Brugge, Die Keure, 2018, 322.

⁸⁷ Art. III.48. e.v. Bestuursdecreet 7 december 2018, *BS* 19 december 2018.

organisatie.⁸⁸ In het Vlaams Personeelsstatuut is bepaald dat een ambtenaar of groep van ambtenaren tijdelijk taken kan uitoefenen die van belang zijn voor de Vlaamse Overheid. Eén van die taken betreft het ambt van regeringscommissaris, waarvoor de betrokken ambtenaar dan verlof kan krijgen bij zijn ‘normale’ werkgever. Die ambtenaar wordt dan tijdelijk gedetacheerd.⁸⁹ Dit was het statuut van de regeringscommissaris in het besproken arrest. De regeringscommissaris is dus in de regel een (statutaire) ambtenaar die hiërarchisch ondergeschikt is aan de minister.^{90 91}

21. De regelgeving over de BAM die op het ogenblik van de feiten van toepassing was, bepaalde dat het mandaat van regeringscommissaris een vertrouwensrelatie met de Vlaamse Regering vereiste en dat bij ontstentenis van deze vertrouwensrelatie de Vlaamse Regering het mandaat te allen tijde kon beëindigen.⁹² In de parlementaire voorbereiding is te lezen dat de regeringscommissaris een vertrouwenspersoon is, die *ad nutum* afzetbaar is, hetgeen tot gevolg heeft dat indien er een breuk komt in die vertrouwensrelatie deze regeringscommissaris kan worden afgezet en daarvoor geen bijkomende motivering is vereist.⁹³ Aangezien het een vertrouwensfunctie betreft, komt het aan de bevoegde minister toe om te oordelen of de regeringscommissaris zijn toezichtsfunctie naar behoren vervult.

22. De vereiste van die bijzondere vertrouwensrelatie is echter niet beperkt tot de functie van regeringscommissaris en is ook bij andere ambten terug te vinden, bijvoorbeeld bij de provinciegouverneur. Volgens de Raad van State berust de benoeming van een provinciegouverneur op een bijzondere vertrouwensband met de Vlaamse Regering.⁹⁴ Tijdens de benoemingsprocedure van de gouverneur van Oost-Vlaanderen in 2019 was de Vlaamse Regering van oordeel dat de toenmalige benoemingsprocedure onvoldoende rekening hield met de vertrouwensband die tussen de gouverneur en de Vlaamse Regering moest bestaan, waarna ze besloot om die procedure stop te zetten.⁹⁵ Onder meer om die reden vaardigde de Vlaamse

⁸⁸ Art. III.53 e.v. Bestuursdecreet.

⁸⁹ Art. X 42-44 Besluit van de Vlaamse Regering houdende vaststelling van de rechtspositie van het personeel van de diensten van de Vlaamse overheid, *BS* 27 maart 2006.

⁹⁰ M. DE GROOT, *Overheidstoezicht op private rechtspersonen belast met taken van openbare dienst: de verenigbaarheid van de toezichtsplicht op de uitvoering van openbare diensten met de private rechtsvorm*, Brugge, Die Keure, 2018, 322, nr. 511.

⁹¹ Zo wordt bv. bij een universitaire instelling wordt een regeringscommissaris in vast verband benoemd. Zie art. 2, § 3 Besluit VI. Reg. 23 juli 1998 tot vaststelling van het statuut van regeringscommissarissen bij de universiteiten van de Vlaamse Gemeenschap, *BS* 15 oktober 1998.

⁹² Art. 16 Decr. VI. 22 november 2013 betreffende deugdelijk bestuur in de Vlaamse publieke sector, *BS* 9 januari 2014. In de huidige regelgeving wordt dit ook benadrukt:

⁹³ Memorie van Toelichting bij het ontwerp van decreet betreffende deugdelijk bestuur in de Vlaamse publieke sector, *Parl.St.* VI. Parl. 2012-13, nr. 2166/1, 23.

⁹⁴ RvS 19 juni 2002, nr. 107.561, Vandendoren.

⁹⁵ RvS 18 september 2020, nr. 248.295, Leerman; RvS 18 september 2020, nr. 248.294, Leerman.

Regering een nieuw besluit uit die deze bijzondere vertrouwensband met de provinciegouverneur moet benadrukken.^{96 97}

Ook tussen de minister en de leden van zijn ministerieel kabinet speelt een gelijkaardige vertrouwensband. Hierover oordeelde de Raad van State dat, anders dan het geval is bij de aanstelling of benoeming van ambtenaren in overheidsdiensten of -instellingen, een minister vrij is om zijn persoonlijke medewerkers te kiezen. Deze ruime beoordelingsbevoegdheid om medewerkers aan te stellen, impliceert volgens de Raad een even ruime bevoegdheid om aan die aanstelling een einde te maken. Een minister kan zijn persoonlijke medewerkers dan ook te allen tijde ontslaan, bijvoorbeeld indien de vertrouwensband die tussen de minister en zijn persoonlijke medewerkers noodzakelijk moet bestaan niet meer aanwezig is.⁹⁸

23. Zoals reeds aangehaald kunnen er binnen éénzelfde bestuur verschillen zijn in de intensiteit van de spreekvrijheid van de personeelsleden, en dit o.m. door hun functie of plaats in de hiërarchie. De vertrouwensband zoals die aanwezig moet zijn voor het ambt van regeringscommissaris, provinciegouverneur en kabinetsmedewerker, is m.i. te beschouwen als een bijzondere toepassing en een verstrenging van de algemene loyaleits- en gehoorzaamheidsplicht die aangeeft hoe dat specifieke ambt op een loyale, zorgvuldige en integere wijze moet worden uitgeoefend. Dit heeft ook gevolgen voor de spreekvrijheid van de titularissen van die functies. Hun spreekrecht zal namelijk minder ver reiken dan dat van overheidspersoneel van wie de functie niet die vertrouwensband vereist.

24. Uit de hierboven besproken loyaleits- en gehoorzaamheidsplicht blijkt dat een personeelslid dat zich niet kan vinden in het gevoerde beleid van zijn minister en een opgelegd bevel weigert, zich mogelijk schuldig maakt aan een deontologische tekortkoming. Behoudens wanneer het gaat om een onwettig bevel, moet het overheidspersoneelslid de hem opgelegde beslissing loyaal uitvoeren. De zaak die aan de basis lag van het arrest van 11 januari 2021⁹⁹ is echter geen klassiek toepassingsgeval van een ambtenaar die weigert een bepaald bevel uit te voeren. De toenmalige regeringscommissaris was het niet eens met de doorgevoerde hervormingen met betrekking tot de BAM, en heeft deze hervormingen juridisch aangevochten door middel van een annulatieberoep bij de Raad van State. In een nota aan de Vlaamse

⁹⁶ B. VI. Reg. 31 januari 202 tot wijziging van het besluit van de Vlaamse Regering tot vaststelling van het statuut van de provinciegouverneurs en de adjunct van de gouverneur van de provincie Vlaams-Brabant, wat betreft de procedure tot benoeming, *BS* 10 februari 2020.

⁹⁷ Adv. RvS Afdeling Wetgeving nr. 66.867/3, 3.

⁹⁸ RvS nr. 241.629 van 29 mei 2018, Roel Dom; RvS 23 maart 2000, nr. 86.190, Toune, RvS 6 december 2005 nr. 152.277, Italiano; RvS 14 februari 2012, nr. 217.984, Youlal.

⁹⁹ RvS 11 januari 2021, nr. 249.445, Haekens.

Regering waarnaar het bestreden besluit refereert, wordt immers gesteld: *“Scherper kan de kritiek eigenlijk niet zijn waar R.H. niet alleen intellectuele kritiek uitoefende op een beleidsmatige beslissing van de Vlaamse Regering, maar ook de vernietiging van het besluit van de Vlaamse Regering tot aanstelling van een dergelijke nieuwe deeltijdse regeringscommissaris vorderde. Daarmee heeft R.H. het beleid van de Vlaamse Regering juridisch aangevochten, waarvan hij als regeringscommissaris bij de nv BAM net de ultieme vertrouwenspersoon diende te zijn.”*¹⁰⁰ De Regering stelde wel dat het R.H. vrij stond om intern daarover met zijn minister en met de Vlaamse Regering een discussie te voeren, *“maar als ultieme vertrouwenspersoon staat het hem niet vrij om de andere visie die hij op de inrichting van het regeringscommissariaat bij de nv BAM heeft, te doen ontaarden in een rechtsstrijd tegen de regering waarvan hij het vertrouwen heeft gekregen in zijn hoedanigheid van regeringscommissaris. Kortom, R.H. bekleedt een vertrouwensfunctie par excellence en wie een dergelijke functie bekleedt kan geen publiekelijke rechtsstrijd voeren over de organisatie van de functie tegen degene die net in hem het grootste vertrouwen moet hebben. Een rechtsstrijd voeren over het mandaat zelf dat men in volstrekt vertrouwen moet uitoefenen, is in se niet verenigbaar met het nodige vertrouwen tussen regering en regeringscommissaris.”*¹⁰¹

25. Daarenboven was er volgens de Vlaamse Regering geen enkele motivering vereist om het mandaat van regeringscommissaris te beëindigen, aangezien de vertrouwensrelatie tussen haar en de regeringscommissaris gelijk te stellen zou zijn met de rechtsfiguur van de lastgeving, waaraan de lastgever naar eigen goeddunken een einde kan maken.¹⁰² In het arrest is te lezen dat de Regering meer bepaalde stelde: *“In een nutshell komt het er natuurlijk op neer dat de vertrouwende bestuurder, de lastgever, moet constateren dat de vertrouwenspersoon bij uitstek, de lasthebber, de rechtsstrijd is aangegaan met het vertrouwend bestuur, met de lastgever, nopens de lastgeving zelve. De rechtsstrijd is aangegaan omdat er een andere lasthebber, een andere regeringscommissaris, werd aangesteld, in omstandigheden die haar niet zinnen.(...)”*¹⁰³ Het motief van de Vlaamse Regering tot beëindiging van het mandaat, de zogenaamde ‘rechtsstrijd’ die de regeringscommissaris was aangegaan, plaatst de discussie over het spreekrecht van een overheidspersoneelslid in een ander daglicht, met name in het licht van het recht op toegang tot de rechter.

¹⁰⁰ RvS 11 januari 2021, nr. 249.445, Haekens, p. 5.

¹⁰¹ RvS 11 januari 2021, nr. 249.445, Haekens, p. 6.

¹⁰² RvS 11 januari 2021, nr. 249.445, Haekens, p. 16.

¹⁰³ RvS 11 januari 2021, nr. 249.445, Haekens, p. 16

4.3. Recht op toegang tot de rechter

26. Artikel 6 EVRM is van toepassing op geschillen betreffende burgerlijke rechten en verplichtingen en bij het bepalen van de gegrondheid van de strafvervolgung.¹⁰⁴ Over de toepasselijkheid van dit artikel binnen de sfeer van het ambtenarenrecht is reeds heel wat inkt gevloeid.¹⁰⁵ Gedurende lange tijd konden ambtenaren geen aanspraak maken op de waarborgen van artikel 6, eerste lid EVRM.¹⁰⁶ Sinds het Grote Kamerarrest *Vilho Eskelinen/Finland* van het EHRM geldt echter een vermoeden dat artikel 6, eerste lid EVRM van toepassing is op geschillen die rijzen tussen overheidspersoneel en de tewerkstellende overheid, ongeacht de wijze van tewerkstelling.¹⁰⁷ Een verdragsstaat mag enkel uitzonderingen voorschrijven op de toepasselijkheid van artikel 6, eerste lid EVRM op geschillen met overheidspersoneel indien (1) de nationale wetgeving de toegang tot de rechter expliciet heeft uitgesloten; (2) deze uitsluiting gerechtvaardigd wordt op grond van objectieve redenen van staatsbelang.¹⁰⁸ Het moet dan gaan om geschillen die specifiek betrekking hebben op de bijzondere loyauteits-en vertrouwensband tussen de ambtenaar en de overheid.¹⁰⁹ Sinds dit arrest oordeelt de Raad van State dat artikel 6 EVRM van toepassing is op het ambtenarencontentieux,¹¹⁰ bijvoorbeeld op tuchtprocedures tegen ambtenaren.¹¹¹

27. In het arrest van 11 januari 2021 vernietigt de Raad van State het bestreden besluit aangezien het motief waarop het besluit steunt, niet deugdelijk is.¹¹² Volgens de Raad doet dit immers

¹⁰⁴ Zie P.J.-VAN DE WEYER, *De rechterlijke toetsing van bestuursrechtelijke handelingen. De invloed van de vereiste van volle rechtsmacht in de zin van artikel 6 EVRM*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 55 e.v.

¹⁰⁵ Zie hierover uitgebreid: R. ANDERSEN, “La Convention Européenne des droits de l’homme et le droit disciplinaire dans la fonction publique belge”, *Rev. Trim. D. H.* 1995, 229-224; A. DE BECKER, “De invloed van de rechtspraak en de regelgeving van de Europese Unie op de rechtspositie van het overheidspersoneel”, *CDPK* 2010, 418-436; M. MELCHIOR, “Quant à l’applicabilité de l’article 6, §1^{er}, de la Convention des droits de l’homme au contentieux de la fonction publique – Evolution de la jurisprudence de Strasbourg” in W. PINTENS, A. ALEN, E. DIRIX en P. SENAËVE (eds.), *Vigilantibus ius scriptum. Feestbundel voor Hugo Vandenberghe*, Brugge, Die Keure, 2007, 201-207; B. LOMBAERT, *La convention européenne des droits de l’homme dans le contentieux de la fonction publique belge*, Brussel, Bruylant, 2001, 21-63.

¹⁰⁶ EHRM 26 november 1992, nr. 11519/85, Francesco Lombardi. Volgens deze rechtspraak werden geschillen omtrent de aanwerving, de loopbaan of de beëindiging van een betrekking van statutair ambtenaar volledig buiten het toepassingsgebied van artikel 6.1 EVRM gehouden. Zie ook EHRM (GK) 8 december 1999, 28541/95, Pellegrin/Frankrijk.

¹⁰⁷ EHRM (GK) 19 april 2007, nr. 63235/00, Vilho/Eskelinen/Finland; A. DE BECKER, “De invloed van de rechtspraak en de regelgeving van de Europese Unie op de rechtspositie van het overheidspersoneel”, *CDPK* 2010, (418) 432.

¹⁰⁸ EHRM (GK) 19 april 2007, nr. 63235/00, Vilho/Eskelinen/Finland, § 62. Zie hierover: J. VAN COMPERNOLLE, “De Revirement en revirement: à la recherche d’un critère d’applicabilité de l’article 6, § 1 de la convention de l’homme au contentieux des agents publics”, *Rev. Trim. D. H.* 2008, 1125-1137.

¹⁰⁹ EHRM (GK) 19 april 2007, nr. 63235/00, Vilho/Eskelinen/Finland, § 62.

¹¹⁰ RvS 7 mei 2007, nr. 179.887, Darville; RvS 4 december 2007, nr. 177.593, Beaumont.

¹¹¹ RvS 21 november 2016, nr. 236.468, Van Mieghem. Zie hierover: I. OPDEBEEK en A. COOLSAET, *Algemene beginselen van Ambtenarentucht*, Brugge, Die Keure, 2011, 5-15.

¹¹² RvS 11 januari 2021, nr. 249.445, Haekens.

afbreuk aan *het recht van verzoeker op toegang tot de rechter* wanneer hij zich door een handeling van de overheid geschaad ziet. Dit recht wordt hem immers gewaarborgd door de artikelen 6, lid 1 en 13 van het EVRM en artikel 13 van de Grondwet. Volgens de Raad is het louter instellen van dat beroep en de argumentatie die er eigen aan is, geen in rechte aanvaardbare grondslag voor de ingeroepen vertrouwensbreuk. Dit is des te meer het geval nu het beroep slechts de organisatie van het regeringscommissariaat betrof en niet de uitvoering van de beleidsopties van de Vlaamse Regering die rechtstreeks de nv BAM betreffen. Verzoeker heeft dan ook het recht de beschikbare middelen aan te wenden tegen de overheidshandelingen die hij onwettig acht en waardoor hij zich gegriefd acht.¹¹³ De Raad maakte hierbij wel een belangrijke nuancering. Bij het uitoefenen van dit fundamenteel recht mag verzoeker namelijk geen rechtsmisbruik plegen en moet hij erover waken dat hij de kritiek die geuit wordt tijdens de behandeling van zijn beroep niet laat doorwerken in zijn functie van regeringscommissaris, maar dat was volgens de Raad niet het geval.¹¹⁴

28. Het recht op toegang tot de rechter is voor de Raad van State dermate fundamenteel dat het instellen van een annulatieberoep bij de Raad van State niet als oorzaak van een vertrouwensbreuk kan worden beschouwd. Ook al gaat het in dit arrest weliswaar specifiek over een regeringscommissaris en de vertrouwensrelatie die tussen hem en de Vlaamse Regering moet bestaan, kan m.i. de redenering die de Raad van State hier hanteert eveneens worden gevolgd ingevolge de algemene plicht tot een loyale ambtsuitoefening en de daaruit voortvloeiende gehoorzaamheidsplicht. Ook al heeft het overheidspersoneelslid een loyauteits- en discretieplicht, hij behoudt wel zijn recht op toegang tot de rechter. Het personeelslid zal de hem opgelegde beslissing wel moeten uitvoeren, maar het kan deze beslissing wel steeds betwisten voor de rechter of langs hiërarchische weg.¹¹⁵

29. Dit kadert in een ruimere tendens in de rechtspraak van de Raad van State, waarbij veel belang wordt gehecht aan het recht op toegang tot de rechter en alle afgeleiden daarvan, zoals het recht van verdediging. Volgens de Algemene Vergadering van de Raad van State is het recht op toegang tot een rechter een algemeen rechtsbeginsel dat met inachtneming van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, van de artikelen 6 en 13 van het EVRM en van artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie aan eenieder moet worden gewaarborgd. Het vormt immers een wezenlijk aspect van het recht op een eerlijk proces en is

¹¹³ RvS 11 januari 2021, nr. 249.445, Haekens, p. 22.

¹¹⁴ RvS 11 januari 2021, nr. 249.445, Haekens, p. 22.

¹¹⁵ RvS 29 april 2002, nr. 106.170, Lapage.

fundamenteel in een rechtsstaat.¹¹⁶ Het recht om zich tot een rechter te wenden, heeft bovendien zowel betrekking op de vrijheid om in rechte op te treden als op de vrijheid om zich te verdedigen.¹¹⁷ Het recht kan worden onderworpen aan voorwaarden, die er evenwel niet toe mogen leiden dat dit recht op zodanige wijze wordt beperkt dat de kern ervan wordt aangetast.¹¹⁸

30. Die tendens kunnen we ook duidelijk terugvinden in de rechtspraak van de Raad van State aangaande de rechten van verdediging in tuchtzaken.¹¹⁹ In dit verband oordeelde de Raad dat het algemeen rechtsbeginsel van het recht van verdediging inhoudt dat een personeelslid het recht heeft om vrij zijn verdediging te organiseren zoals hij dat verkiest. Hij beschikt in het bijzonder over het recht om te zwijgen en stil te zitten in de eigen zaak¹²⁰, alsook over het recht om de feiten of de kwalificatie ervan als tuchtvergriep te ontkennen en om zijn onschuld vol te houden, of om de feiten op een andere manier voor te stellen, zelfs tegen alle gegevens van de zaak in.¹²¹ Net zoals in het strafrecht kan een verdachte niet worden gedwongen tegen zichzelf te getuigen. Aldus is het personeelslid er niet toe gehouden loyaal mee te werken aan het tuchtonderzoek. Het personeelslid kan wel worden ondervraagd maar is er niet toe gehouden te spreken over de feiten waarnaar een onderzoek wordt gevoerd omdat niemand kan verplicht worden zichzelf te beschuldigen.¹²²

31. In zijn rechtspraak wees de Raad van State er ook op dat de uitoefening van het recht op toegang tot de rechter niet mag worden belemmerd, bijvoorbeeld via een tuchtstraf. Wanneer een ambtenaar een gegeven opdracht weliswaar uitvoert, maar zich het recht voorbehoudt om beroep in te stellen tegen deze opdracht en wanneer hij zelfs in rechte optreedt met het oog op de onwettigverklaring van de opdracht, is dit volgens de Raad geen weigering om een opdracht uit te voeren.¹²³ Dit is in lijn met de rechtspraak van de Raad van State over het zogenaamde ‘chilling effect’ van bepaalde tuchtrechtelijke maatregelen. Indien het bestuur een tuchtstraf overweegt tegen een overheidspersoneelslid, moet erover worden gewaakt dat die inmenging

¹¹⁶ RvS, algemene vergadering, 26 januari 2016, nr. 233.609; RvS, algemene vergadering, 21 maart 2017, nr. 237.723. Zie ook RvS 8 maart 2018, nr. 240.981, nv Dranaco.

¹¹⁷ RvS, algemene vergadering, 26 januari 2016, nr. 233.609; RvS, algemene vergadering, 21 maart 2017, nr. 237.723.

¹¹⁸ RvS 19 november 2014, nr. 229.211, Dalemans.

¹¹⁹ Zie hierover: I. OPDEBEEK en S. DE SOMER, *Algemeen Bestuursrecht. Grondslagen en beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2019, nr. 459.

¹²⁰ Arbitragehof 25 januari 2001, nr. 4/2001, B.5.5.

¹²¹ RvS 11 januari 2019, nr. 243.382, Verbeke.

¹²² RvS 30 maart 2018, nr. 241.181, Renaers.

¹²³ RvS 5 oktober 1994, nr. 49.435, Wicart.

evenredig is met de nagestreefde doelstellingen.¹²⁴ Zeker wanneer het gaat om maatregelen tegen een ambtenaar die meende bepaalde misbruiken of disfuncties binnen het bestuur aan het licht te moeten brengen, moet de tuchtrechtelijke overheid vermijden om straffen op te leggen die een overdreven afschrikkend effect hebben, op gevaar af dat het spreekrecht van die ambtenaar, en van zijn collega's, daardoor uitgehold zou worden.¹²⁵

32. Tot slot is het van belang in te gaan op de vereisten die de Raad in het besproken arrest stelt inzake de materiële motiveringsplicht. De Raad beaamt dat de Vlaamse Regering over een zeer ruime discretionaire bevoegdheid beschikt wanneer zij moet oordelen over de aanwezigheid van de vereiste vertrouwensrelatie, maar volgens hem is het juist dan dat zij precieze en concrete feitelijke motieven moet aangeven op grond waarvan zij een beslissing neemt die negatief is voor de regeringscommissaris. Het ambt van regeringscommissaris kan niet zomaar vergeleken worden met de privaatrechtelijke figuur van de lastgeving om een handelen naar goeddunken te verantwoorden. Het bestuur bevindt zich immers in een bijzondere situatie, meer bepaald het behartigen van het algemeen belang en bij het nemen van beslissingen moet het zich laten leiden door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.¹²⁶ Het louter vaststellen dat er een vertrouwensbreuk is, volstaat dus niet; dit moet materieel en formeel gemotiveerd worden.

5. Conclusie

33. De relatie tussen de spreekvrijheid van overheidspersoneelsleden en hun deontologische plichten is en blijft een delicate evenwichtsoefening. De uitkomst van die evenwichtsoefening lijkt te worden beïnvloed door verschillende factoren, waaronder de aard van de functie en de plaats van het personeelslid in de hiërarchie. Uit het besproken arrest mag blijken dat het al dan niet uitoefenen van een vertrouwensfunctie een belangrijke factor is waarmee moet worden rekening gehouden, enerzijds door het personeelslid bij de overweging om te spreken, en anderzijds door het bestuur bij het eventueel opleggen van een tuchtstraf.

34. In het algemeen gesteld moet een overheidspersoneelslid loyaal zijn nadat een beslissing is genomen, ook al strookt die niet met zijn standpunt. Hij is ertoe gehouden de beslissing uit te voeren of het standpunt waarover een beslissing werd genomen te verdedigen naar buiten toe. Het komt het overheidspersoneelslid, als ondergeschikte, dan ook niet toe de doelmatigheid of

¹²⁴ RvS 12 maart 2007, nr. 168.781, Peersmans.

¹²⁵ RvS 12 maart 2007, nr. 168.781, Peersmans.

¹²⁶ RvS 11 januari 2021, nr. 249.445, Haekens, p. 20.

de opportuniteit van een bevel te beoordelen.¹²⁷ Maar dit doet geen afbreuk aan het grondrecht van een personeelslid om de beschikbare middelen aan te wenden tegen de overheidshandelingen die hij onwettig acht en waardoor hij zich gegriefd acht. Een bestuur zal dit bezwaarlijk kunnen kwalificeren als een tekortkoming aan de deontologische plichten van het overheidspersoneelslid, zoals een gebrek aan loyauteit.¹²⁸ Behoudens wanneer het gaat om een onwettig bevel zal het personeelslid de opgelegde beslissing wel moeten uitvoeren, maar door de bescherming van artikel 6 EVRM kan het deze beslissing wel steeds betwisten voor de rechter. Een dergelijk fundamenteel recht kan ook aan een lid van het overheidspersoneel niet worden ontnomen.

¹²⁷ Zie bv. RvS 26 maart 1975, nr. 16.953, D'Haese; RvS 30 oktober 1984, nr. 24.786, Declercq; RvS 26 juni 1987, nr. 28.248, Vroonen.

¹²⁸ Het zou uitzonderlijk eventueel anders kunnen zijn indien het een tergend en roekeloos geding zou zijn. Het personeelslid mag immers zijn recht op toegang tot de rechter niet misbruiken, zoals ook de Raad van State stelde in het arrest van 11 januari 2021.