

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 214.258 van 29 juni 2011
in de zaak A. 189.354/XII-5525**

In zake: OPENBAAR CENTRUM VOOR MAATSCHAPPELIJK
WELZIJN VAN LINKEBEEK
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Patrik De Maeyer en Tangui Vandenput
kantoor houdend te 1160 Brussel
Tedescolaan 7
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de VLAAMSE GEMEENSCHAP
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bart Staelens
kantoor houdend te 8000 Brugge
Stockhouderskasteel
Gerard Davidstraat 46 bus 1
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 14 augustus 2008, strekt tot de nietigverklaring van het besluit van de minister van Binnenlands Bestuur, Stedenbeleid, Wonen en Inburgering van 17 juni 2008 houdende vernietiging van het besluit van de raad voor maatschappelijk welzijn van Linkebeek van 11 december 2007 houdende de invoeging van een vrijstelling van aanwervingsexamen voor een dienstdoende OCMW-secretaris in het administratief statuut en van het besluit van 11 december 2007 van de raad voor maatschappelijk welzijn van Linkebeek houdende organisatie van een examen van secretaris, wat betreft artikel 1 en 3 van dit besluit.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

Auditeur Iris Verheven heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij en de verwerende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 7 juni 2011.

Staatsraad Geert Van Haegendoren heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Kristel Boels, die loco advocaat Patrik De Maeyer verschijnt voor de verzoekende partij en advocaat Bart Staelens, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Iris Verheven heeft een met dit arrest advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. Op 11 december 2007 neemt de raad voor maatschappelijk welzijn van Linkebeek de twee besluiten die voorwerp vormen van het thans bestreden optreden van de toezichthoudende overheid.

Het besluit tot invoeging van een vrijstelling van aanwervingsexamen voor de dienstdoende OCMW-secretaris in het administratief statuut (hierna ook: het besluit vrijstelling aanwervingsexamen) strekt ertoe:

“Artikel 1 . - In het administratief statuut van het OCMW van Linkebeek het volgende artikel toe te voegen :

‘De dienstdoende secretaris, die sedert meer dan 2 jaar in vast verband de functie van secretaris uitoefent, is vrijgesteld van het aanwervingsexamen voor die functie.’”

Het besluit tot organisatie van een examen voor de invulling van het vacante ambt van secretaris (hierna ook: het besluit organisatie aanwervingsexamen) herneemt in artikel 1 de aangehaalde bepaling van het besluit vrijstelling aanwervingsexamen en vermeldt in artikel 3:

“De overeenkomstig voormelde selectieprocedure geselecteerde bekwame kandidaten en de vrijgestelde dienstdoende secretaris zullen vervolgens onderling worden vergeleken voor wat hun titels en verdiensten betreft.”

3.2. Op 21 januari 2008 schorst de gouverneur van de provincie Vlaams-Brabant de uitvoering van het besluit vrijstelling aanwervingsexamen en van de artikelen 1 en 3 van het besluit organisatie aanwervingsexamen.

3.3. Op 11 april 2008 beslist de raad voor maatschappelijk welzijn tot handhaving van beide besluiten van 11 december 2007.

3.4. Op 17 juni 2008 vernietigt de minister van Binnenlands Bestuur, Stedenbeleid, Wonen en Inburgering beide besluiten op grond van de volgende overwegingen:

“Overwegende dat de Raad voor Maatschappelijk Welzijn van Linkebeek op 13 december 2004 de functie van OCMW-secretaris vacant verklaard heeft; dat de raad pas op 11 december 2007 een beslissing genomen heeft betreffende de organisatie van een examen; dat daarbij in een aparte beslissing een vrijstelling ingevoegd werd voor de waarnemend secretaris, die in tussentijd in dienst was met een contract van onbepaalde duur; dat dit principe herhaald wordt in artikel 1 van de beslissing houdende de organisatie van een aanwervingsexamen voor secretaris; dat artikel 3 van deze laatste beslissing bepaalt dat de overeenkomstig de selectieprocedure geselecteerde kandidaten en de vrijgestelde dienstdoende secretaris vervolgens onderling zullen worden vergeleken wat hun titels en verdiensten betreft;

Overwegende dat het verlenen van een vrijstelling van een aanwervingsexamen aan de dienstdoende secretaris in strijd is met het grondwettelijke gelijkheidsbeginsel en de gelijke toegang tot het openbaar ambt;

Overwegende dat de raad zich hierbij beroept op artikel 4 van het koninklijk besluit van 20 juli 1993 tot vaststelling van de algemene bepalingen inzake het administratief en geldelijk statuut van de secretarissen en de ontvangers van de openbare centra voor maatschappelijk welzijn : ‘De Raad voor maatschappelijk welzijn kan in het reglement voorzien in een gedeeltelijke of gehele vrijstelling van het aanwervingsexamen voor de kandidaat die sedert ten minste twee jaar in vast verband de functie uitoefent van secretaris of van ontvanger van hetzelfde of een ander openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn (...).’

Overwegende dat met ‘in vast verband’ bedoeld wordt ‘in vast verband benoemd’, indien niet in de functie van secretaris of ontvanger, dan wel in een andere graad, dat ‘in vast verband’ altijd een statutaire benoeming betekent in personeelsaangelegenheden van de overheid; dat hiervoor onder andere kan verwezen worden naar afdeling 2 van het koninklijk besluit van 28 november 1969 tot uitvoering van de wet van 27 juni 1969 tot herziening van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders;

Overwegende dat de dienstdoende secretaris van het OCMW van Linkebeek in contractueel verband is aangesteld als waarnemend secretaris; dat betrokkene bijgevolg niet vrijgesteld kan worden op grond van bovengenoemd koninklijk besluit van 20 juli 1993; dat overigens opgemerkt moet worden dat artikel 4 van dat koninklijk besluit per 1 januari 2008 opgeheven werd;

Overwegende dat de beslissingen van 11 december 2007 niet voorgelegd werden aan het overlegcomité gemeente-OCMW; noch aan het syndicaal overhandelingscomité; dat het hier nochtans een belangrijke wijziging van het statuut betreft; waarover onderhandeld moet worden; dat de beslissingen van 11 december 2007 bijgevolg ook strijdig zijn met artikel 26bis, par. 1, 3°, van de OCMW-wet en met artikel 2.par.1, 1°, van de wet van 19 november 1974 tot regeling van de betrekkingen tussen de overheid en de vakbonden van haar personeel; dat deze overweging evenwel maar bijkomstig is, aangezien de genoemde beslissingen aan de basis onwettelijk zijn, want strijdig met het gelijkheidsbeginsel; dat, zelfs al waren de beslissingen van 11 december voorgelegd aan de gemeente en aan de syndicaten, ze dus nog steeds onwettelijk zouden zijn;

Overwegende dat noch de raadsbesluiten van 11 december 2007, noch het rechtvaardigingsbesluit van 10 april 2008 melding maken van het feit dat de waarnemend OCMW-secretaris de zitting verlaten heeft; dat artikel 50 van de wet van 8 juli 1976 betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn stipuleert dat de bepalingen van artikel 37 van deze wet van toepassing zijn op de personeelsleden van het OCMW; dat artikel 37 van deze wet bepaalt dat het de raadsleden verboden is tegenwoordig te zijn bij de beraadslaging of een besluit over zaken waarbij zij, hetzij persoonlijk, hetzij als zaakgelastigde rechtstreeks belang hebben; dat de waarnemende secretaris rechtstreeks belang had bij de geschorste besluiten van 11 december 2007, aangezien het hier om een vrijstelling op persoonlijke titel voor hemzelf betreft en toch de zitting niet verlaten heeft tijdens de behandeling van deze agendapunten; dat dit dus een verdere

strijdigheid met de wet van 8 juli 1976 betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn inhoudt.”

IV. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

4.1. Het eerste middel is geput uit de schending van de artikelen 41 en 162 van de Grondwet, artikel 42, zesde en zevende lid, van de organieke wet van 8 juli 1976 betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn (hierna: OCMW-wet) *juncto* artikel 105 al dan niet gelezen samen met artikel 116 van het gemeentedecreet en uit machtsoverschrijding.

Verzoeker wijst erop dat de artikelen 41 en 162 van de Grondwet de residuaire bevoegdheid van de gemeenteraden -“en bijgevolg de OCMW-raden”- erkennen om alles te regelen wat van gemeentelijk belang is, behoudens dat die handelingen onderworpen zijn aan het administratief toezicht waaraan gemeenten zijn onderworpen. De gemeentelijke bevoegdheden kunnen worden beknot voor de materies die de wet- en de decreetgever uitdrukkelijk aan het gemeentelijk niveau hebben onttrokken.

Artikel 105 van het gemeentedecreet bepaalt dat de gemeenteraad de rechtspositieregeling van het personeel vaststelt, waarbij als minimumeisen onder meer “de voorwaarden en procedures voor aanwerving en bevordering” van het personeel worden vermeld, zonder dat daaraan enige beperking wordt aangebracht. Deze bepalingen hebben ook hun uitwerking voor het OCMW-personeel, aangezien artikel 42, zesde en zevende lid, van de OCMW-wet bepaalt dat het OCMW-personeel hetzelfde statuut geniet als het gemeentepersoneel van de betrokken gemeente. Uit de voorbereidende werken van artikel 105, § 2, van het gemeentedecreet kan volgens verzoeker worden afgeleid dat de aspecten vermeld in dat artikel uitsluitend tot de gemeentelijke autonomie behoren.

Artikel 116, § 2, van het gemeentedecreet dat de Vlaamse regering machtigt minimale voorwaarden vast te stellen voor de rechtspositieregeling van het personeel, biedt verwerende partij evenmin soelaas om de bevoegdheid van verzoeker om de voorwaarden en de procedures van zijn personeel vast te stellen te beknotten. Uit de parlementaire werken blijkt volgens verzoeker immers dat deze minimale voorwaarden moeten worden begrepen in de spraakgebruikelijke betekenis, namelijk dat ze enkel de minimumgaranties van het personeel betreffen.

Het bestreden besluit heeft het voor verzoeker onmogelijk gemaakt zijn bevoegdheden uit te oefenen op de wijze die de decreet- en grondwetgever voor ogen hebben gehad en aldus houdt zulks een niet te verantwoorden inbreuk op de gemeentelijke autonomie in.

4.2. In de memorie van wederantwoord betoogt verzoeker dat het administratief toezicht niet derwijze mag worden aangewend dat de uitoefening van de lokale autonomie onmogelijk wordt. Verwerende partij is tussengekomen in een aangelegenheid die niet tot haar bevoegdheid behoort en ook door haar niet kan worden geregeld onder het mom van het administratief toezicht.

4.3. Ook in de laatste memorie blijft verzoeker erbij dat de bestreden beslissing ontegensprekelijk de lokale autonomie van verzoeker miskent.

Beoordeling

5. De artikelen 41 en 162 van de Grondwet waarborgen het beginsel van de gemeentelijke autonomie, dit is de bevoegdheid van de gemeenten om al hetgeen te regelen wat van uitsluitend gemeentelijk belang is.

De openbare centra voor maatschappelijk welzijn ressorteren noch naar de letter, noch naar analogie onder de ingeroepen grondwetsbepalingen. Een OCMW is geen maatschap van burgers, zoals gemeenten of provincies, die belast is met het regelen van een collectief en onbepaald belang. De wetgever en thans de decreetgever hebben de OCMW's als openbare instellingen met rechtspersoonlijkheid opgericht en hun een welbepaalde opdracht van maat-

schappelijke dienstverlening toegewezen binnen een weliswaar territoriaal omschreven gebied. Hun autonomie als functioneel gedecentraliseerd bestuur is dan ook geenszins te vergelijken met -of te toetsen aan- de door de Grondwet gewaarborgde lokale autonomie van de gemeenten.

6. Nu verzoeker, door zich op de gemeentelijke autonomie te beroepen, vertrekt van een fundamenteel verkeerd uitgangspunt en de schending van de overige in het middel aangevoerde bepalingen uitsluitend adstrueert in het licht van dit uitgangspunt, dient het eerste middel verworpen te worden.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

7.1. In het tweede middel voert verzoeker de schending aan van artikel 112, § 3, van de OCMW-wet, van de artikelen 41 en 162 van de Grondwet, van artikel 42, zesde en zevende lid, van de OCMW-wet *juncto* artikel 105 “al dan niet samengelezen met” artikel 116 van het gemeentedecreet, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen en van de beginselen van behoorlijk bestuur, “inzonderheid van het beginsel luidens hetwelk elke beslissing van een overheid op in feite en in rechte draagkrachtige motieven dient te berusten”, van het redelijkheidsbeginsel, van het verbod van willekeur, uit “de manifeste beoordelingsverging” en “uit machtsoverschrijding”.

Verzoeker herhaalt dat de bevoegdheid van verwerende partij om toezicht uit te oefenen over de beslissingen van verzoeker, die zij put uit artikel 112 van de OCMW-wet, veronderstelt dat de toezichthoudende overheid de autonomie van de lokale besturen eerbiedigt. Het toezicht kan maar worden uitgeoefend wanneer de beslissingen van verzoeker strijdig zijn met de wet of het algemeen belang.

Verzoeker zet uiteen dat geen enkel van de vier door het bestreden besluit ingeroepen motieven rechtens, dan wel feitelijk aanvaardbaar zijn.

Meer bepaald aan het eerste motief van het bestreden besluit - dat een vrijstelling van aanwervingsexamen aan de dienstdoende secretaris wordt verleend in strijd met het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel en de gelijke toegang tot het openbare ambt-, werpt verzoeker tegen dat het artikel 3 uitdrukkelijk voorziet in de onderlinge vergelijking van titels en verdiensten van de overeenkomstig de selectieprocedure geselecteerde bekwame kandidaten en de huidige dienstdoende secretaris, die na ettelijke jaren dienst geacht kan worden bekwaam te zijn voor de uitoefening van de functie, zodat er geen enkele discriminatie is.

Het beginsel van de gelijke toegang tot het openbaar ambt noodzaakt volgens verzoeker dat er een examen wordt georganiseerd waaraan andere kandidaten kunnen deelnemen om hun geschiktheid als secretaris aan te tonen. Daarna worden de titels en verdiensten van de geschikt bevonden kandidaten en de huidige secretaris vergeleken door het vast bureau dat vervolgens een voorstel voor de invulling van de vacante plaats doet aan de raad die tot aanstelling kan overgaan. Geen andere bekwame kandidaten wordt de toegang tot het betrokken ambt versperd, alleen “heeft de ontworpen regeling tot gevolg dat over de vraag of de huidige secretaris geschikt is geen antwoord dient te worden gegeven aangezien hij daarvan in het verleden klaarblijkelijk het bewijs heeft geleverd”. Dit is geen schending van het gelijkheidsbeginsel aangezien er niemand zich in een gelijkaardige, zelfs niet vergelijkbare toestand bevindt.

7.2. In de memorie van wederantwoord stelt verzoeker dat wanneer één van de motieven het betwiste toezichtbesluit niet zou schragen, het niet aan de Raad van State toevalt te oordelen of de nog overblijvende motieven voldoende zouden zijn om de beslissing alsnog te kunnen ondersteunen.

Met betrekking tot het eerste motief benadrukt verzoeker dat de vrijstelling niet alleen geldt voor de huidige secretaris maar ook voor andere dienstdoende secretarissen die sedert meer dan twee jaar in vast verband de functie van secretaris uitoefenen, ook in andere OCMW's, dan wel in de toekomst. De vrijstelling van artikel 4 van het koninklijk besluit van 20 juli 1993 is intussen opgeheven, zodat verzoeker heeft geoordeeld om de vrijstellingsmogelijkheid alsnog in het eigen administratief statuut op te nemen. Van een voorkeurbehandeling van de huidige OCMW-secretaris kan in deze geen sprake zijn. Ten over-

vloede wijst verzoeker erop dat de huidige secretaris elders en eerder reeds in twee examens als OCMW-secretaris is geslaagd.

Wat nog de formele-motiveringsplicht betreft, verklaart verzoeker deze schending aangevoerd te hebben om een discussie over de scheidingslijn tussen formele en materiële motivering te vermijden.

Beoordeling

8. Voor de aangevoerde schending van de artikelen 41 en 162 van de Grondwet voegt verzoeker geen bijkomende argumenten toe ten opzichte van de in het eerste middel ontwikkelde argumentatie zodat het volstaat te verwijzen voor de beoordeling ter zake naar het eerste middel.

9. Het bestreden besluit maakt een aantal redenen kenbaar waarom de toezichthoudende overheid meent te moeten optreden. Verzoeker kén't die redenen en biedt er inhoudelijk weerwerk tegen. In de memorie van wederantwoord geeft verzoeker overigens uitdrukkelijk aan dat hij met het tweede middel de inhoudelijke motieven van het bestreden besluit aanvecht. De beweerde schending van de formele-motiveringsplicht faalt.

Verzoeker zet voorts niet uiteen waarin de aangevoerde schending van het redelijkheidsbeginsel, van het verbod van willekeur, de “manifeste beoordelingsvergissing” en “machtsoverschrijding” méér te betekenen heeft dan de in het middel wel uitgewerkte schending van de motiveringsplicht. In die mate is het middel onontvankelijk.

10. In het eerste vernietigingsmotief geeft de minister aan dat de besluiten houdende de vrijstelling van het aanwervingsexamen voor de dienstdoende secretaris die tussen de vacantverklaring van de functie van OCMW-secretaris en de beslissing tot organisatie van het aanwervingsexamen in dienst was als waarnemend secretaris met een contract voor onbepaalde duur, strijdig is met het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel en de gelijke toegang tot het openbaar ambt.

Bij de lezing van de procedurestukken valt op dat het zwaartepunt van het betoog van verzoeker gaandeweg is gewijzigd. Waar in het inleidend verzoekschrift door verzoeker uitdrukkelijk wordt aangegeven dat de betwiste vrijstelling is aangenomen ten behoeve van “de huidige secretaris”, heet het in de memorie van wederantwoord dat de vrijstelling zou gelden voor elkeen die gedurende twee jaar als contractueel aangestelde de functie van secretaris heeft aangenomen, argument waartegen verwerende partij overigens geen verweer heeft kunnen voeren.

Zelfs als de verwijzing naar “de dienstdoende secretaris, die sedert meer dan 2 jaar in vast verband de functie van secretaris uitoefent” in het beschikkend gedeelte van de vernietigde besluiten nog voor interpretatie vatbaar zou zijn, dan laten de considerans van het besluit vrijstelling aanwervingsexamen -waarin sprake is van “de dienstdoende betrokken secretaris” en stellig geen rekening wordt gehouden met mogelijk andere dienstdoende OCMW-secretarissen die op de vrijstelling een beroep zouden willen doen- en de beslissing tot handhaving van de besluiten -die refereert aan de “huidige” dienstdoende secretaris- er geen twijfel over bestaan dat de vrijstelling oorspronkelijk enkel en alleen voor de huidige dienstdoende secretaris is ingeschreven.

11. Ongeacht het doorvoeren van een vergelijking van titels en verdiensten van de dienstdoende secretaris en de geslaagde kandidaten in het aanwervingsexamen, en daargelaten op basis van welke objectieve gegevens dan wel vergeleken zou kunnen worden, kan niet anders dan worden vastgesteld dat de dienstdoende secretaris zich niet hoeft te onderwerpen aan een examen dat peilt naar zijn bekwaamheid waardoor hij, en hij alleen, een verschillende behandeling krijgt dan eventuele andere kandidaten voor de functie. De dienstdoende secretaris heeft alvast het voordeel zeker te zijn dat met zijn kandidatuur rekening wordt gehouden, terwijl andere gegadigden ongeacht hun eerdere beroepservaring vooraf dienen te slagen in een examen.

12. De grondwettelijke regels van de gelijkheid en de niet-discriminatie sluiten niet uit dat een verschil in behandeling tussen bepaalde categorieën van personen wordt ingesteld, voor zover dat verschil op een objectief criterium berust en het redelijk verantwoord is.

Het bestaan van een dergelijke verantwoording moet worden beoordeeld rekening houdend met het doel en de gevolgen van de betwiste maatregel en met de aard van de ter zake geldende beginselen; het gelijkheidsbeginsel is geschonden wanneer vaststaat dat geen redelijk verband van evenredigheid bestaat tussen de aangewende middelen en het beoogde doel.

13. Uit het betoog van verzoeker mag worden begrepen dat de verschillende behandeling van de dienstdoende secretaris is ingegeven om rekening te houden met zijn eerder verworven bekwaamheid. Daargelaten of verworven bekwaamheid een voldoende verantwoording is om een vrijstelling van examen te rechtvaardigen, staat vast dat enkel met de bekwaamheid van de huidige dienstdoende secretaris rekening wordt gehouden. In het licht van het voorgaande moet worden geconcludeerd dat er geen redelijke verantwoording bestaat voor de voorkeursbehandeling van de huidige dienstdoende secretaris, zodat de bestreden beslissing terecht het gelijkheidsbeginsel geschonden noemt.

14. Het eerste motief volstaat op zichzelf genomen reeds om wegens schending van de wet het optreden van de toezichthoudende overheid te verantwoorden en aldus het bestreden besluit te schragen. Met die vaststelling stelt de Raad van State zich niet in de plaats van de toezichthoudende overheid.

15. Het tweede middel is dan ook ongegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State verwierpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 175 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 29 juni 2011,
door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Lust,	staatsraad,
Geert Van Haegendoren,	staatsraad,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest