RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE IXe KAMER

ARREST

nr. 240.355 van 8 januari 2018
in de zaak A. 222.325 /IX-9078

In zake: het ZORGBEDRIJF LEUVEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bob Martens
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 106
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 de vordering

1. De vordering, ingesteld op 2 juni 2017, strekt tot de schorsing van de tenuitvoerlegging van de beslissing van de Vlaamse minister van Binnenlands Bestuur, Inburgering, Wonen, Gelijke Kansen en Armoedebestrijding van 3 april 2017 waarbij het besluit van de raad van beheer van het Zorgbedrijf Leuven van 23 november 2016 betreffende de rechtspositieregeling van het personeel wordt vernietigd "voor wat betreft de artikelen 258, § 1, 2° en 425quinquies van de rechtspositieregeling".

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Auditeur Iris Verheven heeft een verslag opgesteld.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 23 oktober 2017.

Staatsraad Bert Thys heeft verslag uitgebracht.

Coördinator Zorg Ann-Marie Kiebooms en advocaat Bob Martens, die verschijnen voor de verzoekende partij en advocaat Ruth Van Ooteghem, die *loco* advocaat Bart Staelens verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Iris Verheven heeft een met dit arrest eensluidend 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. De verzoekende partij is een publiekrechtelijke vereniging zoals bedoeld in artikel 219 van het decreet van 19 december 2008 ‘betreffende de organisatie van de openbare centra voor maatschappelijk welzijn’ (hierna: het OCMW-decreet). Zij werd als zodanig door de stad Leuven en het openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn (hierna: OCMW) van Leuven opgericht op 17 oktober 2016.

Volgens de verzoekende partij heeft zij als doel “een gepaste, kwaliteitsvolle en toegankelijke dienstverlening en/of huisvesting te verlenen aan kwetsbare en zorgbehoevende personen en/of gezinnen, met name de inrichting, het beheer, de coördinatie, het optimaliseren en de exploitatie van instellingen en

diensten voor woon en zorg, opvang en verzorging van bejaarden en van zorgbehoevenden alsmede kinderopvang".

Eveneens volgens de verzoekende partij zijn op 1 januari 2017 onder meer de diensten Ouderenzorg en Thuiszorg van het OCMW van Leuven en de dienst Kinderopvang "ressorterend onder de stad Leuven" bij haar ingebracht.

3.2. Op 23 november 2016 stelt de raad van beheer van de verzoekende partij de rechtspositieregeling van het personeel van de vereniging vast. De raad beslist, met verwijzing naar artikel 229, § 1, van het OCMW-decreet, om "de gehele rechtspositieregeling van OCMW Leuven over [te nemen], dit met uitzondering van de bepalingen in de artikelen 1 § 1 3°, 89, 92 en 258 § 1 2°". Daarnaast wordt een nieuw artikel 425*quinquies* toegevoegd.

Het gewijzigde artikel 258, § 1, 2°, van de rechtspositieregeling luidt:

> "Het voltijdse personeelslid nieuw in dienst vanaf 1 januari 2017 overeenkomstig artikel 1 § 1 3° heeft jaarlijks recht op 30 werkdagen betaalde vakantie die gelijkgesteld zijn met dienstactiviteit."

Het nieuwe artikel 425*quinquies* van de rechtspositieregeling luidt:

> "Voltijdse personeelsleden overeenkomstig artikel 1 § 1 3° die overgedragen worden van OCMW Leuven naar Zorgbedrijf Leuven en in dienst traden tussen 1 januari 2011 en 31 december 2016 hebben vanaf 1 januari 2017 jaarlijks recht op 30 werkdagen betaalde vakantie die gelijkgesteld zijn met dienstactiviteit."

De raad van beheer overweegt "[w]at betreft de aanpassing van artikel 258 § 1 2° en het nieuwe artikel 425quinquies":

> "De rechtspositieregeling van OCMW Leuven voorziet dat de medewerkers van de specifieke diensten en voorzieningen (d.i. woonzorgcentra, lokale dienstencentra en thuisdiensten) vanaf 2011 recht hebben op 26 jaarlijkse vakan-

tiedagen (in combinatie met 11 wettelijke feestdagen), dit in tegenstelling tot andere categorieën van personeelsleden in hetzelfde OCMW, dewelke recht hebben op 35 jaarlijkse vakantiedagen (in combinatie met 14 wettelijke feestdagen).

Sinds 2011 bestaan er in OCMW Leuven dan ook twee statuten naast elkaar, dit binnen dezelfde diensten en voorzieningen.

Deze gewijzigde verlofregeling heeft vanaf 2011 tot rekruteringsproblemen geleid alsook tot een aantal andere toepassingsproblemen.

Doorheen de jaren ondervond OCMW Leuven moeilijkheden om vacatures in te vullen binnen de voormelde diensten; het gaat hier immers om knelpuntberoepen. Daarenboven zijn in regio Leuven een heel aantal andere spelers actief die beroep doen op dezelfde schaarse profielen op de arbeidsmarkt doch betere arbeidsvoorwaarden (kunnen) aanbieden.

Het huidige pakket loon- en arbeidsvoorwaarden voor deze functiegroepen werd vergeleken met het pakket dat wordt aangeboden in een aantal organisaties die gelijkaardige profielen tewerkstellen in de regio Leuven. Hieruit blijkt dat er op bepaalde punten een verschil bestaat waardoor het OCMW, en dus nu ook het Zorgbedrijf, als minder aantrekkelijke werkgever naar voren komt. Als publieke werkgever beschikken het OCMW/het Zorgbedrijf bovendien niet over de vrijheden van de privésector om bijvoorbeeld compenserende maatregelen te treffen tengevolge van gedaalde verlofdagen of op andere vlakken marktconforme aspecten op te nemen in het verloningspakket. Uiteraard kiest een sollicitant het voor haar/hem meest voordelige pakket.

Gelet op het toenemende belang van het evenwicht werk/privé (niet in het minst bij fysiek belastende beroepen zoals deze in woonzorgcentra, thuisdiensten en kinderdagverblijven), wordt het dan ook des te moeilijker voor OCMW Leuven om zich als aantrekkelijke werkgever te positioneren.

Het lokale zorgaanbod verschilt uiteraard van regio tot regio. Dit zowel op het vlak van het aantal organisaties, de loon- en arbeidsvoorwaarden per organisatie als op het vlak van het aantal beschikbare medewerkers in verhouding tot het aantal beschikbare plaatsen in de lokale zorgsector. Zesentwintig jaarlijkse verlofdagen kunnen in de ene regio mark[t]conform zijn en geen rekruteringsproblemen veroorzaken, terwijl dit in een andere regio allesbehalve marktconform blijkt.

De federale maatregel inzake de toekenning van ADV-dagen voor personen tewerkgesteld in fysiek belastende beroepen biedt jammer genoeg geen soelaas aan jongere medewerkers die hierop geen recht hebben (pas vanaf de leeftijd van 45 jaar). Bovendien brengt dit soort dagen geen soelaas voor de personeelsleden tewerkgesteld in Thuiszorg en Kinderopvang waar ADV-dagen niet gelden.

Nu ook de dienst Kinderopvang vanuit Stad Leuven wordt ingebracht in het Zorgbedrijf en het overgedragen personeel vanuit de stad via het OCMW wordt overgenomen, zal ook daar dezelfde dubbele situatie zich voordoen: de bestaande (overgedragen) personeelsleden behouden hun 35 dagen verlof waarnaast de nieuwe personeelsleden (vanaf 01/01/2017), tewerkgesteld in dezelfde diensten, slechts 26 dagen verlof zouden hebben. Het rekruteringsprobleem zou zich bijgevolg eveneens manifesteren in de dienst Kinderopvang, terwijl men

met het verlofstelsel van 35 dagen thans zelfs al moeilijkheden blijkt te ondervinden met het vinden van gepaste profielen.

Vanuit de sociale context van het zorgaanbod die de publieke sector meer op zich neemt, stelt zich aansluitend het belangrijke gegeven dat er dienstverlening geboden wordt aan een groot aantal kwetsbare gezinnen. Dit maakt dat men als werkgever zeer hoge eisen stelt op pedagogisch vlak ten aanzien van de medewerkers, hetgeen de belasting voor het personeel verhoogt. Binnen deze dienst is het bovendien noodzakelijk collectieve verlofdagen in te plannen, hetgeen cruciaal is om voldoende personeel te kunnen verzekeren tijdens de openingsdagen alsook om de continuïteit van begeleiding te waarborgen per groep.

In geval de nieuwe personeelsleden slechts zouden beschikken over 26 betaalde vakantiedagen, beperkt dit enerzijds de mogelijkheden voor het inplannen van het collectieve verlof waarnaast dit anderzijds de werking zal hypothekeren aangezien de personeelsleden met 35 verlofdagen een heel aantal extra dagen verlof kunnen inplannen. Een contingent van 30 dagen betaalde vakantie (i.p.v. 26) zou de werking van deze dienst dan ook zeer zeker ten goede komen.

In het kader van de oprichting van Zorgbedrijf Leuven is het noodzakelijk deze spijtige realiteit bij te sturen, dit in functie van de lokale autonomie. Het is vanzelfsprekend van belang dat het Zorgbedrijf in staat is haar activiteiten in die zin te organiseren teneinde een volwaardige partner te zijn/worden in de lokale zorgsector.

Gelet op bovenstaande, wordt in de rechtspositieregeling van het Zorgbedrijf dertig verlofdagen voorzien voor de medewerkers die nieuw in dienst treden vanaf 1/1/2017.

Parallel zal het aantal verlofdagen van de contractuele medewerkers die vanuit het OCMW worden overgedragen met een contingent van 26 dagen, eveneens verhoogd worden naar dertig dagen."

3.3. De gouverneur van de provincie Vlaams-Brabant beslist op 13 januari 2017 in de uitoefening van het algemeen bestuurlijk toezicht om het voormelde besluit van de raad van beheer van de verzoekende partij van 23 november 2016 te schorsen "voor wat betreft de artikelen 258, § 1, 2° en 425quinquies van de rechtspositieregeling".

Hij verantwoordt zijn beslissing als volgt:

"Op grond van artikel 229, § 1 van het OCMW-decreet, zijn de personeelsleden van de OCMW-vereniging van publiekrecht Zorgbedrijf Leuven, onderworpen aan dezelfde rechtspositieregeling en hetzelfde pensioenstelsel en aan dezelfde bepalingen van het OCMW-decreet als die welke van toepassing zijn op de personeelsleden van het OCMW Leuven. Het bevoegde orgaan van de vereniging stelt op grond van datzelfde artikel, de afwijkingen van genoemde

rechtspositieregeling vast, ‘voor zover het specifieke karakter van sommige diensten en instellingen van de vereniging dat nodig maakt’, en bepaalt de rechtspositieregeling voor de betrekkingen die onbestaand zijn op gemeentelijk vlak, evenals de rechtspositieregeling van het personeel van het ziekenhuis.

De bovenvermelde raadsbeslissing d.d. 23 november 2016 van de raad van beheer van Zorgbedrijf Leuven, stelt afwijkingen vast van de rechtspositieregeling van toepassing op het personeel van het OCMW Leuven, en meer bepaald wat betreft het aantal dagen jaarlijks verlof.

Het artikel 258, § 1, 2° van de rechtspositieregeling voor het personeel van OCMW-Leuven bepaalt dat het voltijdse personeelslid, vermeld in artikel 104, § 6 van het OCMW-decreet, jaarlijks recht heeft op 26 werkdagen betaalde vakantie die gelijkgesteld zijn met dienstactiviteit, en dit conform de dwingende bepaling hieromtrent van artikel 138, § 1 eerste lid van het BVR RPR O d.d. 12 november 2010.

De bovenvermelde raadsbeslissing d.d. 23 november 2016 van de raad van beheer van Zorgbedrijf Leuven voorziet o.a.:
- in artikel 258, § 1, 2° van de rechtspositieregeling, dat het voltijdse personeelslid, vermeld in artikel 104, § 6 van het OCMW-decreet, nieuw in dienst vanaf 1 januari 2017 jaarlijks recht heeft op 30 werkdagen betaalde vakantie die gelijkgesteld zijn met dienstactiviteit.
- in artikel 425quinquies van de rechtspositieregeling, dat voltijdse personeelsleden, vermeld in artikel 104, § 6 van het OCMW-decreet, die overgedragen worden van OCMW Leuven naar Zorgbedrijf Leuven en in dienst traden tussen 1 januari 2011 en 31 december 2016 vanaf 1 januari 2017 jaarlijks recht hebben op 30 werkdagen betaalde vakantie die gelijkgesteld zijn met dienstactiviteit.

De raad van beheer kan inderdaad zoals eerder gesteld, op basis van art. 229 § 1 van het OCMW decreet, afwijkingen vaststellen op de rechtspositieregeling van het OCMW-personeel, maar de noodzaak van deze afwijkingen moet verantwoord worden op basis van het specifieke karakter van de betrokken diensten en instellingen van de vereniging. Dat betekent dat de rechtspositieregeling van het OCMW-personeel, en hier meer bepaald van het OCMW-personeel bedoeld in art. 104, § 6 van het OCMW-decreet, als vertrekpunt dient, en de afwijkingen niet op willekeurige wijze, maar afdoende gemotiveerd dienen te worden vastgesteld. Er moet m.a.w. worden aangetoond, dat de afwijkingen verantwoord zijn, rekening houdend met de specifieke situatie van de betrokken diensten en instellingen waarvoor de afwijkingen moeten gelden.

De motivering die voor het afwijkend verhogen van het aantal verlofdagen door de raad van beheer wordt gegeven, komt er in hoofdzaak op neer, dat de beperking van het aantal dagen jaarlijks verlof tot 26 werkdagen, het moeilijk maakt om voldoende geschikt personeel aan te trekken. De raad van beheer verwijst daarvoor naar de moeilijkheden die het OCMW op dat vlak voorheen steeds ondervond. Daarnaast wijst de raad ook op het feit dat sommige personeelsleden van diensten die in het Zorgbedrijf worden ingebracht, vandaag 26 verlofdagen hebben en anderen tot 35 dagen. Het Zorgbedrijf wil dit onderscheid wegwerken.

De beperking tot 26 verlofdagen waarnaar de raad verwijst, is evenwel het gevolg van een dwingende bepaling uit het artikel 138, § l eerste lid van het

BVR d.d. 12 november 2010 houdende de rechtspositieregeling van het OCMW personeel.

Het beleid van de Vlaamse Regering om voor het personeel genoemd in art. 104, § 6 van het OCMW-decreet tot een expliciet verschillende regeling te komen inzake het aantal dagen jaarlijks verlof (max. 26 dagen), is gericht op de continuïteit en de kwaliteit van de dienstverlening, en op de beheersing van de exploitatiekosten van de bedoelde diensten en instellingen.

Dat beleid is tot op vandaag ongewijzigd, en er is mij hieromtrent ook geen enkele goedgekeurde afwijking bekend.

De bovenvermelde afwijkingen op de rechtspositieregeling van het OCMW personeel, die de raad van beheer nu wil doorvoeren, worden niet gemotiveerd op basis van 'het specifieke karakter van deze diensten en instellingen bij het Zorgbedrijf'. Het 'karakter' van de betrokken diensten en instellingen is immers niet gewijzigd door het loutere feit van de overheveling van deze diensten en instellingen van het OCMW naar het Zorgbedrijf. De aangehaalde rekruteringsproblematiek omwille van de beperking tot 26 verlofdagen, is niet specifiek verbonden aan het Zorgbedrijf.

Ook het onderlinge verschil in aantal verlofdagen (26 – 35) tussen bepaalde personeelsleden, geldt ten gevolge van het bovenvermeld BVR, sedert 2010 voor elk OCMW. De raad van beheer toont niet aan, waar het 'specifieke karakter van haar diensten en instellingen' hieromtrent een afwijkende regeling zou rechtvaardigen.

De afwijkingen zoals vastgesteld in de artikelen 258, § l, 2° en 425quinquies van de rechtspositieregeling van het Zorgbedrijf Leuven, zijn om de genoemde redenen onvoldoende onderbouwd; daarom in strijd met de bovenvermelde bepaling van 229, § 1 van het OCMW-decreet; en bijgevolg van aard de wet te schenden en/of het algemeen belang te schaden.

Een schorsing of vernietiging van een beslissing die inhoudelijk verschillende zelfstandige zaken behelst, kan beperkt blijven tot de bepalingen die onregelmatig zijn."

3.4. De raad van beheer van de verzoekende partij beslist op 19 januari 2017 om de geschorste bepalingen van de rechtspositieregeling van het personeel van de vereniging te handhaven.

Luidens het "[h]andhavingsbesluit" dat door de verzoekende partij bij haar inleidend verzoekschrift is gevoegd, voert de raad van beheer daartoe de volgende motieven aan:

"Allereerst dient vastgesteld te worden dat de toezichthoudende overheid terecht erkent dat de Raad van Beheer op grond van artikel 229, § 1 van het OCMW-decreet afwijkingen kan vaststellen van genoemde rechtspositieregeling en wel 'voor zover het specifieke karakter van sommige diensten en in-

stellingen van de vereniging dat nodig maakt'.

Indien de raad hiertoe een passende motivering aandraagt, kan de toezichthoudende overheid deze motivering evenwel slechts marginaal toetsen, hetgeen wil zeggen nagaan of de Raad van Beheer deze beslissing in redelijkheid, gelet op de daarbij betrokken belangen, had mogen nemen.

Zij oordeelt dan niet over de inhoud van het besluit zelf, maar kijkt alleen of het besluit op de juiste manier tot stand is gekomen.

De gegeven verantwoording die gegrond is in de specifieke situatie van relatief ongunstige arbeidsvoorwaarden in een zeer krappe lokale arbeidsmarkt als zowel een ongelijke situatie op de werkvloer, dient zodoende de marginale toetsing aan de toezichthoudende overheid te doorstaan.

Iedere inhoudelijke beoordeling van de motivering schendt de autonomie van de bevoegdheid tot afwijken die de Raad van beheer op grond van artikel 229, § 1 van het OCMW-decreet door de wetgever is gegeven.

Het beleid van de Vlaamse Regering kan zo ook geen argument zijn voor schorsing, dit Vlaams beleid kan met andere woorden niet de beslissingsbevoegdheid van de Raad van Beheer om af te wijken, inperken.

Evenwel weerlegt de Raad van Beheer hierna de schorsingsmotieven als ook zal zij haar eigen motivering tot afwijking verder uitbreiden en verduidelijken:

Het schorsingsbesluit stelt dat het karakter van de betrokken diensten niet gewijzigd is louter door de overheveling ervan van OCMW Leuven naar Zorgbedrijf Leuven en dat de aangehaalde rekruteringsproblematiek omwille van de beperking van 26 dagen niet specifiek aan het Zorgbedrijf is.

Het klopt niet dat er niets veranderd is louter door de overheveling van de diensten van het OCMW naar het Zorgbedrijf. Immers door de verzelfstandiging en bundeling van de zorgcomponenten van OCMW Leuven en stad Leuven in een nieuwe organisatiestructuur, zijnde een OCMW-vereniging van publiek recht, positioneert het Zorgbedrijf zich anders in de lokale zorgsector. De organisatie staat namelijk directer in concurrentie met andere (private) spelers op de markt waardoor het des te belangrijker is marktconforme arbeidsvoorwaarden te kunnen bieden en zich als aantrekkelijke werkgever te kunnen positioneren.

Deze wel zeer specifieke Leuvense context waarbinnen Zorgbedrijf Leuven een concurrerende werkgever moet zijn, wordt gekenmerkt door een grote concentratie van (gezondheids)zorgactoren gekoppeld aan een schaarste aan zorgprofielen op de arbeidsmarkt. De situatie in de regio Leuven valt op dit vlak niet te vergelijken met andere regio's, enkele kenmerken ervan kunnen als volgt worden weergegeven:

De vraag naar zorgprofessionals is vergeleken met de rest in Vlaanderen groter in Leuven want:

- de jobratio in Leuven is erg hoog
- het aantal mantelzorgers, de toegang tot informele zorg, is laag
- terwijl het aantal gerechtigden mantel- en thuiszorg even hoog is als of hoger is dan de rest van Vlaanderen
- de uren gezinszorg en thuiszorg die nu verstrekt worden horen tot de hoogste in Vlaanderen

De vraag naar zorgprofessionals is vergeleken met de rest in Vlaanderen groter want het aanbod waarin zij tewerkgesteld worden is groter:

• de aanwezigheid van de zorgsector en ziekenhuizen
• Leuven heeft het relatief gesproken hoogste aanbod aan kinderopvangplaatsen
• Leuven vangt kinderen op die uit de buurgemeenten komen
• het aantal plaatsen in de residentiële ouderenzorg is hoog
• het uren gezinszorg is hoog

Het aanbod aan reeds opgeleide of mits opleiding te heroriënteren arbeidsprofielen in Leuven is laag:
• hoogopgeleide bevolking
• Leuven heeft de laagste werkloosheidscijfers in de lagere- en midden geschoolde marktsegmenten
• Leuven heeft het laagste aantal laaggeschoolde niet-werkende werkzoekenden, en bij vrouwen is dit nog lager (hoog aandeel in zorgberoepen)

Ter staving van de bovengenoemde motivering wordt een bijlage 1 met cijfermateriaal toegevoegd.

Een belangrijk element is ook dat lokale besturen in hun werking beperkt zijn tot hun eigen grondgebied, terwijl andere spelers op de markt bij rekruteringsproblemen in een bepaalde specifieke regio hun activiteiten deels kunnen verschuiven naar een regio waar dit niet of minder het geval is. Dit vormt een bijkomende handicap voor de lokale besturen, waardoor bij hen de noodzaak des te urgenter is om zich in die specifieke regio waarin ze zich situeren te kunnen profileren als een aantrekkelijke werkgever.

Alles samen duidt dit op een erg grote marktspanning voor zorgberoepen in Leuven, dit door zowel een hoge vraag naar deze profielen als een beperktere aanwezigheid in de beroepsbevolking van deze profielen. Als Zorgbedrijf Leuven in deze concurrentiële arbeidsmarkt succesvol moet kunnen rekruteren, moet ze vergelijkbare arbeidsvoorwaarden kunnen aanbieden zoals andere lokale publieke en privéspelers.

Dat een afwijking voor een betere rekruterings- en retentiegraad nodig is, wijst de huidige personeelssituatie ook uit:

Inzake rekrutering en personeelsverloop

Bij OCMW vertaalde dit zich de afgelopen jaren in permanent openstaande zorgfuncties ondanks voortdurende selecties en in een groot personeelsverloop. Van de kandidaten die zich aandienen wordt slechts een beperkt aantal geschikt bevonden. Zo werden in de eerste helft van 2016 152 kandidaten uitgenodigd voor een selectie huishoudhulp, verpleegkundige, verzorgende en zorgkundige, waarvan slechts 37 geslaagd waren en uiteindelijk slechts 24 effectief in dienst traden.

De specifieke Leuvense situatie met een groot zorgaanbod en een grote vraag naar zorgprofielen leidt ertoe dat er een hoger personeelsverloop is voor deze profielen. Zo heeft 21 % van de verzorgenden en zorgkundigen die van 2012 tot 2015 in dienst zijn gekomen de organisatie binnen het jaar verlaten. Bij de verpleegkundigen heeft zelfs 37 % de organisatie binnen het jaar opnieuw verlaten.

Van de verpleegkundigen die in de jaren 2012 tot 2015 instroomden, is nog maar 28 % in dienst.

Inzake de leeftijdspiramide

De leeftijdspiramide toont aan dat er een significant grote groep oudere personeelsleden zijn. Dit betekent dat we de komende jaren geconfronteerd

zullen worden met een hogere afwezigheidsgraad en een hoge geplande uitstroom gelet op een hoger ziekte percentage en pensionering. Hieruit vloeit voort dat het aantal vacatures voor deze knelpuntfuncties nog zal stijgen. De uitdaging om mensen aan te trekken neemt dan ook toe. Dat de hogere leeftijdscijfers gepaard gaan met hogere ziektecijfers voor verpleegkundigen en zorgkundigen, is te wijten aan het feit dat beide functies fysiek belastend zijn en het moeilijk is om bij ziekte aangepast werk te vinden.

Voor verdere gegevens inzake rekruterings- en retentiegegevens, zie bijlage 2.

Wat betreft de specifieke situatie van de diensten, dienen we aansluitend het volgende in overweging te nemen:

- Zorgbedrijf Leuven bestaat niet enkel uit diensten komende van OCMW Leuven, maar eveneens uit diensten komende van stad Leuven. De diensten Thuiszorg en Ouderenzorg werden ingebracht door OCMW Leuven. De dienst Kinderopvang (nl. de kinderdagverblijven en gezinsopvang) werd ingebracht door stad Leuven. Voor de dienst Kinderopvang, voorheen georganiseerd door stad Leuven en op 1 januari 2017 overgeheveld naar Zorgbedrijf Leuven, verandert er bijgevolg wel degelijk iets wezenlijk op het vlak van het aantal verlofdagen voor nieuwe medewerkers (in dienst vanaf 1 januari 2017), en wijzigt hierdoor zowel de rekruteringsproblematiek als het problematische onderscheid tussen de verschillende groepen van medewerkers.
- Immers, waar de dienst Kinderopvang zijn (kandidaat)werknemers tot 31/12/2016 nog 35 dagen verlof en 14 feestdagen kon bieden, wijzigt dit vanaf 1/1/2017 naar 26 dagen verlof en 11 feestdagen, wat de reeds latent aanwezige rekruteringsproblematiek exponentieel versterkt en voor Zorgbedrijf Leuven een nieuw onderscheid in personeelsgroepen creëert.
- Eveneens in de kinderdagverblijven worden we geconfronteerd met knelpuntberoepen, waarvan het voordien al erg moeilijk was deze ingevuld te krijgen. Gelet op de bezettingsgraad op de werkvloer, ligt de druk om vacatures snel in te vullen dan ook hoger.
- In tegenstelling tot zorgdiensten die geen collectieve sluitingsmomenten hebben, is dit voor de kinderdagverblijven wel het geval. Met slechts 26 dagen verlof hebben nieuwe medewerkers in de toekomst quasi geen keuzevrijheid meer voor het inzetten van deze verlofdagen. Nieuwe medewerkers zullen hun eerste jaar zelfs onvoldoende verlofdagen hebben voor de collectieve sluitingsdagen, en elders ingezet moeten worden.

We stellen vast dat de beperking van het aantal verlof- en feestdagen binnen het OCMW, vóór de opstart van het Zorgbedrijf, reeds een belangrijke hinderpaal vormde die de werking van de betrokken diensten aanzienlijk bemoeilijkte, met onderbezetting op sommige diensten tot gevolg. Dat is ook de reden dat het OCMW onmiddellijk bij de invoering van de nieuwe maatregel in 2010 per officieel schrijven gereageerd heeft naar de bevoegde minister.

Het grote verschil is evenwel dat er voor het OCMW bij de invoering van deze maatregel in 2011 (en ook nu nog steeds) geen wettelijke basis was om af te wijken van het rechtspositiebesluit van de Vlaamse regering, daar waar er voor het Zorgbedrijf wel een wettelijke basis bestaat in art 229 § 1 van het OCMW decreet.

Dus waar men vroeger eveneens wou afwijken maar geen wettelijke basis hiertoe had, is dit nu wel het geval, waardoor er wederom wel degelijk wezenlijk iets veranderd is.

Men kan geen besluit tot afwijking schorsen omdat deze afwijking feitelijk ook al eerder nodig was.

De keuze voor een sterk democratisch bestuurde organisatie voor een dienstverlening van zo'n sterk en groeiend maatschappelijk belang was voor OCMW en stad Leuven heel belangrijk. Het lijkt nu of het OCMW en de stad afgestraft worden voor het oprichten van een publiekrechtelijke vereniging.

Was er gekozen voor een privaatrechtelijke vorm, dan was het toekennen van arbeidsvoorwaarden wel vrij gebleven. De privaatrechtelijke spelers op de markt werken meestal in een vzw-vorm, waarbij het aantal verlofdagen door VAP-regeling toeneemt met de leeftijd van de werknemer. Oudere medewerkers hebben zo vanaf 35 jaar al 5 extra verlofdagen, die oplopen tot 36 extra verlofdagen vanaf 55 jaar in PC 319 (gezinszorg) en PC 331 (kinderopvang). Het aantal verlofdagen beperken tot 26 dagen bezorgt Zorgbedrijf Leuven een heel sterk concurrentieel nadeel ten opzichte van deze privé-instellingen.

Ook omwille van de sterke sociale functie van de publieke dienstverlening is een proportioneel veel groter deel van het cliënteel, in vergelijking met privé-instellingen, maatschappelijk en psychisch zeer kwetsbaar. Dit specifiek profiel van het cliënteel maakt werken bij Zorgbedrijf Leuven extra zwaar in verhouding met de tewerkstelling in een gelijkaardige privé-instelling, met dus opnieuw een bijkomend concurrentieel nadeel voor Zorgbedrijf Leuven qua rekrutering én retentie.

Daarnaast stellen we volgende anomalie vast in de regelgeving:

Wanneer de diensten, beschreven in artikel 104 § 6 van het OCMW decreet (met name de verzorgende, verplegende en dienstverlenende instellingen en diensten van het openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn, waarvan de werking gebaseerd is op federale of gewestelijke financiering met bijbehorende werkings- en erkenningsregels en voor het voltallige personeel dat ingezet wordt voor activiteiten die hoofdzakelijk verricht worden in mededinging met andere marktdeelnemers), worden uitgevoerd binnen een stedelijke context, vallen ze onder het besluit van de Vlaamse regering van 7/12/2007 en hebben ze recht op minimum 30 en maximum 35 dagen verlof en 14 feestdagen.

Indien evenwel dezelfde activiteiten worden georganiseerd binnen de context van een OCMW of een OCMW-vereniging, vallen ze onder het besluit van de Vlaamse regering van 12/11/2010 en hebben ze slechts recht op 26 verlofdagen en 11 feestdagen.

De motivatie dat deze beperking van verlofdagen gericht is op de continuïteit en kwaliteit van de dienstverlening en op de beheersing van de exploitatiekosten, zou evenwel altijd moeten gelden en niet afhankelijk mogen zijn van het feit of de betrokken dienstverlening door de stad dan wel door het OCMW wordt georganiseerd.

In casu had de dienst Kinderopvang voordien, zolang hij georganiseerd was binnen stad Leuven, recht op minimum 30 en maximum 35 dagen verlof en 14 feestdagen, terwijl dezelfde dienstverlening binnen de context van een OCMW-vereniging terugvalt op 26 dagen verlof en 11 feestdagen.

Dit is niet alleen een schending van het gelijkheidsbeginsel, maar onder-

graaft ook de motivatie die aan de beperking van het verlof ten gronde lag (kwaliteit, continuïteit en beheersing exploitatiekosten), aangezien deze argumentatie immers steeds zou moeten gelden, ongeacht de organisatiecontext.

De argumentatie dat het geringe aantal dagen verlof gericht is op de continuïteit en de kwaliteit van de dienstverlening en op de beheersing van de exploitatiekosten klopt niet met de realiteit.

Aangezien immers door de specifieke lokale context hierdoor rekruteringsproblemen ontstaan, leidt dit tot een onderbezetting op de werkvloer, tot overbelasting van de aanwezige werknemers en tot een grotere uitstroom van medewerkers naar organisaties met betere arbeidsvoorwaarden. Bepaalde diensten kunnen ook enkel werkzaam blijven indien er een minimale bezetting gegarandeerd kan worden (bvb. kinderdagverblijven) per persoon/groep waar men zorg aan verleent.

Men begrijpt dat dergelijke onderbezetting en groot personeelsverloop noch de continuïteit van de dienstverlening, noch de kwaliteit ervan ten goede komt.

Om goed te kunnen inspelen op de beleidsdoelen van continuïteit en kwaliteit van de dienstverlening is het noodzakelijk dat Zorgbedrijf Leuven, in het kader van de lokale autonomie en binnen de specifieke lokale context, de beslissing kan nemen om beter marktconform te zijn door 30 verlofdagen te voorzien.

Het is een belangrijk beleidsdoel van de huidige Vlaamse regering om een sterkere samenwerking op lokaal niveau te stimuleren.

OCMW Leuven en stad Leuven ondersteunden deze doelstelling door voor hun zorgdiensten nu reeds volledig te versmelten in een nieuwe structuur, zijnde een OCMW-vereniging.

Het is betreurenswaardig dat men als gevolg hiervan geconfronteerd wordt met een beperking van het aantal verlofdagen en feestdagen, waardoor de rekruteringsproblemen groeien en er grote ongelijkheden tussen groepen medewerkers ontstaan met als gevolg dat de goede werking en dienstverlening wordt bemoeilijkt.

Het beperken van (de afwijkingsmogelijkheid op) het aantal verlofdagen opgelegd vanuit het bovenlokale niveau staat dan ook haaks op de lokale autonomie.

Het onderscheid in verlofdagen en feestdagen is in het OCMW en Zorgbedrijf Leuven momenteel erg groot, m.n. 35 versus 26 verlofdagen en 14 versus 11 feestdagen, of in het totaal een verschil [van] 12 dagen.

Met deze beslissing van de Raad van Beheer wordt slechts een beperkt gedeelte van de opgelegde ongelijkheid weggewerkt, in een poging zo de rekruteringsproblematiek én grote ongelijkheid op de werkvloer toch enigszins te temperen. Het is een compromis dat zowel tegemoet komt aan onze noden als aan de eisen van de regelgeving om marktconform in deze sector te werken. Bovendien bieden we met dit aantal verlofdagen medewerkers, in deze toch wel zware beroepen, werkbaar werk en creëren we bijkomende mogelijkheden om meer mensen te activeren op de arbeidsmarkt.”

3.5. Op 3 april 2017 neemt de Vlaamse minister van Binnenlands Bestuur, Inburgering, Wonen, Gelijke Kansen en Armoedebestrijding de thans

bestreden beslissing waarbij het besluit van de raad van beheer van de verzoekende partij van 23 november 2016 betreffende de rechtspositieregeling van het personeel van de vereniging wordt vernietigd “voor wat betreft de artikelen 258, § 1, 2° en 425quinquies van de rechtspositieregeling”.

Deze beslissing steunt onder meer op de volgende motivering:

“Met de bovenvermelde handhavingsbeslissing d.d. 19 januari 2017 poogt de raad van beheer de motieven van het schorsingsbesluit te weerleggen.

De raad van beheer stelt samengevat:

- dat de toezichthoudende overheid de door het zorgbedrijf gegeven verantwoording slechts marginaal mag toetsen;
- dat het beleid van de Vlaamse Regering de beslissingsbevoegdheid van de raad van beheer om af te wijken, niet kan inperken;
- dat het karakter van de betrokken diensten en instellingen wel degelijk is veranderd, aangezien door de verzelfstandiging en bundeling van de zorgcomponenten in een nieuwe organisatiestructuur, het zorgbedrijf zich anders positioneert binnen de sector, en directer in concurrentie staat met andere spelers op de markt;
- dat er een erg grote marktspanning voor zorgberoepen is in de regio Leuven;
- dat de beperking van het aantal verlofdagen, reeds sedert 2010 (van vóór de opstart van het zorgbedrijf), voor het OCMW een belangrijke hinderpaal vormde bij de rekrutering;
- dat de regelgeving anomalieën vertoont, aangezien dezelfde activiteiten onder een andere verlofregeling vallen, afhankelijk van het feit of ze worden georganiseerd binnen de context van een gemeente dan wel van een OCMW;
- dat het opgelegd beperken van het aantal verlofdagen vanuit het bovenlokale niveau, haaks staat op de lokale autonomie.

De vier laatste argumenten zijn voornamelijk een herhaling van het ongenoegen, dat het OCMW van Leuven reeds eerder uitte ten aanzien van het BVR RPR O, en meer bepaald ten aanzien van de dwingende bepaling uit het artikel 138, § 1, eerste lid, waarbij het aantal jaarlijkse verlofdagen wordt beperkt tot 26 dagen, hetgeen volgens het bestuur voor rekruteringsproblemen zou zorgen. Ze voegen echter niets wezenlijks toe aan de motivering van de in dit dossier vastgestelde afwijkingen van de rechtspositieregeling van het OCMW-personeel.

Wat de bevoegdheid van de toezichthoudende overheid betreft, wordt gewezen op het feit dat de decreetgever zelf heeft aangetoond, dat hij hier wel degelijk belang aan hecht, door het verplichten tot toezending aan de provinciegouverneur, binnen de twintig dagen, van de besluiten van de raad van bestuur waarbij wordt afgeweken van de rechtspositieregeling van het OCMW-personeel.

Zowel voor het statutaire als voor het contractuele personeel van de vereni-

ging is het vertrekpunt de rechtspositieregeling van het overeenkomstige OCMW-personeel. Het zorgbedrijf kan hiervan afwijken indien de specifieke situatie van het bedrijf dit verantwoordt. Dit betekent dus dat er niet op willekeurige wijze kan worden afgeweken van de rechtspositieregeling van het OCMW-personeel. Afwijkingen moeten telkens worden gemotiveerd. Een algemene vage formulering is niet afdoende als motivering. De verantwoording van de afwijkingen van de rechtspositieregeling moet dus expliciet zijn. Er moet worden aangetoond dat de afwijkingen verantwoord zijn rekening houdend met de situatie, of de marktsituatie, van het bedrijf.

Bovendien is het zo dat er bij de verantwoording van de afwijkingen, rekening moet gehouden worden met de noodzaak om het financieel evenwicht van het OCMW en haar verenigingen niet in gevaar te brengen.

Dit houdt dus duidelijk meer in dan een loutere marginale toetsing door de toezichthoudende overheid, zoals verkeerdelijk door het zorgbedrijf wordt gesteld.

De beperking tot 26 verlofdagen waarnaar de raad verwijst, maakt inderdaad een onderdeel uit van het beleid van de Vlaamse Regering, om voor het personeel genoemd in artikel 104, § 6 van het OCMW-decreet tot een expliciet verschillende regeling te komen inzake het aantal dagen jaarlijks verlof (max. 26 dagen). Dit beleid is gericht op de continuïteit en de kwaliteit van de dienstverlening, en op de beheersing van de exploitatiekosten van de bedoelde diensten en instellingen.

De desbetreffende dwingende bepaling uit het artikel 138, § 1, eerste lid van het BVR RPR O, werkt door op het zorgbedrijf.

De raad van beheer overtuigt niet wat betreft het aantonen van de specifieke situatie van het bedrijf, die zou kunnen verantwoorden dat het personeel van een dienst die ressorteert onder het zorgbedrijf een afwijkend aantal verlofdagen zou hebben, dan wanneer datzelfde personeel en diezelfde dienst zouden ressorteren onder het OCMW.

Het argument dat door de verzelfstandiging en bundeling van de zorgcomponenten in een nieuwe organisatiestructuur, het zorgbedrijf zich anders positioneert binnen de sector, is onvoldoende met het oog op de bedoelde afwijking.

Ook het feit dat omwille van het inbrengen van de stedelijke dienst Kinderopvang in het zorgbedrijf, nieuwe medewerkers van deze dienst voortaan ook nog slechts 26 dagen verlof zullen kunnen genieten, waardoor er een onderscheid ontstaat met de reeds in dienst zijnde personeelsleden, die in overgang 35 dagen verlof behouden, vormt geen reden om te kunnen afwijken van een dwingende bepaling die reeds op een zelfde wijze, en met dezelfde gevolgen, geldt voor het personeel van alle andere ingebrachte componenten.

De raad van beheer gaat er verkeerdelijk van uit, dat daar waar het OCMW voorheen onder de beperking van de 26 dagen-regel wou uitkomen, doch gebonden was aan de dwingende bepaling van bovenvermeld artikel 138, § 1, eerste lid het zorgbedrijf nu op basis van artikel 229, § 1 van het OCMW-decreet wel een wettelijke basis heeft om af te wijken en meer verlofdagen toe te kennen, en, dat deze afwijkingsmogelijkheid niet kan ingeperkt worden door het beleid van de Vlaamse Regering.

De afwijkingen zoals vastgesteld in de artikelen 258, § 1, 2° en 425quinquies van de rechtspositieregeling van Zorg Leuven, zijn om de genoemde redenen in

strijd met de bovenvermelde bepaling van artikel 229, § 1 van het OCMW-decreet en bijgevolg van aard de wet te schenden en/of het algemeen belang te schaden.

Een vernietiging van een beslissing die inhoudelijk verschillende zelfstandige zaken behelst, kan beperkt blijven tot de bepalingen die onregelmatig zijn."

IV. Schorsingsvoorwaarden

4. Krachtens artikel 17, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan de schorsing van de tenuitvoerlegging slechts worden bevolen onder de dubbele voorwaarde dat de zaak te spoedeisend is voor een behandeling ervan in een beroep tot nietigverklaring en indien minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de akte of het reglement *prima facie* kan verantwoorden.

V. Ernst van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

5. De verzoekende partij voert in een eerste middel de schending aan van de artikelen 229, § 1, 249 en 259, derde lid, van het OCMW-decreet, alsook van het beginsel van de lokale autonomie en de beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het motiveringsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel, "[d]oordat de verwerende partij het artikel 229, § 1, van het OCMW-decreet op foutieve wijze toepast aangezien zij niet het voornoemde artikel maar daarentegen verkeerdelijk het artikel 104, § 6, van het OCMW-decreet aanwendt als rechtsgrond voor de vaststelling van de rechtspositieregeling van de verzoekende partij". Volgens de verzoekende partij is het bestuurlijk toezicht op het besluit van haar raad van beheer van 23 november 2016 aldus op een manifest verkeerde wijze uitgeoefend.

De verzoekende partij licht toe dat artikel 229, § 1, van het OCMW-decreet de rechtsgrond vormt voor de vaststelling van de rechtspositieregeling van haar personeel en wezenlijk verschilt van artikel 104, § 6, van hetzelfde decreet dat dan weer de rechtsgrond vormt voor de vaststelling van de rechtspositieregeling van het voltallige personeel van de verzorgende, verplegende en dienstverlenende instellingen en diensten van het OCMW.

Zij stelt vast dat "[d]e specifieke in artikel 104, § 6 gestelde voorwaarde [dat] 'de eventuele afwijkingen […] evenmin strijdig [mogen] zijn met de minimale voorwaarden die de Vlaamse Regering bijkomend kan bepalen voor het personeel vermeld in deze paragraaf'" niet is opgenomen in artikel 229, § 1. Zij leidt hieruit af dat de krachtens artikel 104, § 6, derde lid, van het OCMW-decreet in acht te nemen regeling van het jaarlijks aantal vakantiedagen in artikel 138, § 1, eerste lid, van het besluit van de Vlaamse Regering van 12 november 2010 'houdende de minimale voorwaarden voor de personeelsformatie en het mandaatstelsel van het personeel van de openbare centra voor maatschappelijk welzijn en houdende de minimale voorwaarden voor sommige aspecten van de rechtspositieregeling van bepaalde personeelsgroepen van de openbare centra voor maatschappelijk welzijn' (hierna: het besluit van de Vlaamse Regering van 12 november 2010), enkel geldt voor het personeel van het OCMW en niet voor het personeel van het Zorgbedrijf Leuven. Volgens de verzoekende partij is de redenering van de bestreden beslissing evenwel met zekerheid gestoeld op artikel 104, § 6, derde lid, van het OCMW-decreet. Zij besluit dat de bestreden beslissing "op foutieve wijze het artikel 104, § 6, van het OCMW-decreet toepast op de onderliggende vaststelling van de rechtspositieregeling" en dat de verwerende partij "ten onrechte stelt dat de verzoekende partij de bepaling uit het artikel 138, § 1, eerste lid, van het Besl. Vl. Reg. 12 november 2010 moet naleven".

Voorts wijst de verzoekende partij erop dat artikel 229, § 1, tweede lid, van het OCMW-decreet haar toelaat afwijkingen vast te stellen van de rechtspositieregeling van het OCMW, mits zij motiveert dat "het specifieke karakter van sommige diensten en instellingen van de vereniging dat nodig maakt".

De verwerende partij vervormt deze voorwaarde wanneer zij stelt dat de verzoekende partij slechts afwijkingen mag vaststellen "indien de specifieke situatie van het bedrijf dit verantwoordt". Volgens de verzoekende partij heeft de verwerende partij haar besluit van 23 november 2016 en het handhavingsbesluit met zijn bijlagen dan ook "verkeerdelijk […] getoetst op een motivering waaruit zou blijken dat de specifieke situatie van het (Zorg)bedrijf een afwijking van de rechtspositieregeling van het OCMW Leuven verantwoordt". De verzoekende partij stelt dat zij bij het toepassen van artikel 229, § 1, tweede lid, van het OCMW-decreet louter een motivering diende aan te reiken waaruit blijkt dat het specifieke karakter van de diensten gezondheidszorg van het Zorgbedrijf, *in concreto* de ouderenzorg, de thuiszorg en de kinderopvang, afwijkingen van de rechtspositieregeling van het OCMW van Leuven nodig maken. Zij meent ruimschoots aan de voormelde motiveringsverplichting te hebben voldaan, nu uit haar beslissing van 23 november 2016 en haar handhavingsbesluit met de daarbij behorende bijlagen blijkt dat haar diensten een specifiek karakter hebben "bestaande uit een zorgaspect". Dit specifieke karakter brengt onder meer met zich mee dat deze diensten zowel fysiek als mentaal enorm belastend zijn en tot de knelpuntberoepen behoren, wat de beoogde afwijking van de rechtspositieregeling van het OCMW van Leuven nodig maakt. De verzoekende partij benadrukt de specifieke situatie van Leuven "waar een veelheid van zorgcentra en ziekenhuizen [...] een specifieke aanpak vereist". Zij merkt in dit verband op dat "in Leuven 11.700 personen worden tewerkgesteld in ziekenhuizen, terwijl dit aantal bijvoorbeeld in heel Limburg slechts 10.967 bedraagt".

Ten slotte wordt volgens de verzoekende partij in de bestreden beslissing ten onrechte gesteld dat "rekening moet gehouden worden met de noodzaak om het financieel evenwicht van het OCMW en [zijn] verenigingen niet in gevaar te brengen". De verzoekende partij stelt dat deze kwestie tot het belang van het OCMW van Leuven en zijn verenigingen behoort, zodat de verwerende partij haar bevoegdheid als toezichthoudende overheid heeft overschreden.

Beoordeling

6. In het eerste middel, zoals het door de verzoekende partij in haar inleidend verzoekschrift wordt aangevoerd, kunnen op het eerste gezicht wezenlijk twee onderdelen worden onderscheiden. Vooreerst doet de verzoekende partij gelden dat de verwerende partij haar besluit van 23 november 2016 en haar daaropvolgend handhavingsbesluit verkeerdelijk heeft getoetst aan artikel 104, § 6, van het OCMW-decreet in de plaats van aan het toepasselijke artikel 229, § 1, van datzelfde decreet. Voorts geeft de bestreden beslissing volgens de verzoekende partij een verkeerde draagwijdte aan artikel 229, § 1, tweede lid, van het OCMW-decreet.

Er dient te worden opgemerkt dat de verzoekende partij het laatstgenoemde middelonderdeel slechts zinvol kan aanvoeren indien het eerstgenoemde middelonderdeel niet ernstig is.

7.1. Artikel 229, § 1, eerste en tweede lid, van het OCMW-decreet luidt:

> "§ 1. Met behoud van de toepassing van § 2 en § 3 zijn de personeelsleden van een vereniging onderworpen aan dezelfde rechtspositieregeling en hetzelfde pensioenstelsel en aan dezelfde bepalingen van dit decreet als die welke van toepassing zijn op de personeelsleden van het openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn dat de gemeente bedient waar de zetel van de vereniging gevestigd is.
>
> Het bevoegde orgaan van de vereniging stelt de afwijkingen van de rechtspositieregeling, vermeld in het eerste lid, vast, voor zover het specifieke karakter van sommige diensten en instellingen van de vereniging dat nodig maakt, en bepaalt de rechtspositieregeling voor de betrekkingen die onbestaand zijn op gemeentelijk vlak, evenals de rechtspositieregeling van het personeel van het ziekenhuis."

Krachtens deze bepalingen zijn op de personeelsleden van de verenigingen die worden bedoeld in artikel 219 van het OCMW-decreet, zoals de verzoekende partij er één is, in beginsel dezelfde bepalingen van het OCMW-decreet en dezelfde rechtspositieregeling van toepassing als op de per-

soneelsleden van het OCMW dat de gemeente bedient waar de zetel van de betrokken vereniging is gevestigd.

7.2. Artikel 104, § 6, eerste, tweede en derde lid, van het OCMW-decreet luidt:

> "De raad voor maatschappelijk welzijn kan op gemotiveerde wijze afwijken van de rechtspositieregelingen vermeld in § 1 en § 2, voor het voltallige personeel van de verzorgende, verplegende en dienstverlenende instellingen en diensten van het openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn, waarvan de werking gebaseerd is op federale of gewestelijke financiering met bijbehorende werkings- en erkenningsregels en voor het voltallige personeel dat ingezet wordt voor activiteiten die hoofdzakelijk verricht worden in mededinging met andere marktdeelnemers. Deze mogelijkheid tot gemotiveerde afwijking geldt niet voor de bezoldiging van de personeelsleden en de salarisschalen die van toepassing zijn, rekening houdend met onder meer de gestelde bekwaamheidsvereisten en functievereisten.
>
> De eventuele afwijkingen mogen bovendien niet strijdig zijn met de minimale voorwaarden opgelegd door de Vlaamse Regering voor het specifieke personeel van de openbare centra voor maatschappelijk welzijn, vermeld in § 3.
>
> De eventuele afwijkingen mogen evenmin strijdig zijn met de minimale voorwaarden die de Vlaamse Regering bijkomend kan bepalen voor het personeel vermeld in deze paragraaf."

De "rechtspositieregelingen vermeld in § 1 en § 2", waarvan sprake, betreffen respectievelijk de rechtspositieregeling van het personeel van het OCMW dat een betrekking bekleedt die ook bestaat bij de gemeente en de rechtspositieregeling van het personeel dat een betrekking bekleedt die specifiek is voor het OCMW.

De "minimale voorwaarden die de Vlaamse Regering bijkomend kan bepalen voor het personeel vermeld in deze paragraaf", zijn bepaald bij het reeds genoemde besluit van de Vlaamse Regering van 12 november 2010.

7.3. Uit artikel 229, § 1, eerste lid, van het OCMW-decreet, gelezen in samenhang met artikel 104, § 6, van datzelfde decreet, kan op het eerste gezicht worden afgeleid dat de dwingende bepaling van artikel 138, § 1, eerste lid, van het besluit van de Vlaamse Regering van 12 november 2010, luidens welke het aantal

werkdagen betaalde vakantie voor het personeel van de verzorgende, verplegende en dienstverlenende instellingen en diensten 26 bedraagt voor een volledig arbeidsjaar, doorwerkt tot in de verenigingen zoals bedoeld in artikel 219 van het OCMW-decreet.

7.4. De bestreden beslissing overweegt voorafgaand aan haar motieven die hiervóór *sub* 3.5 zijn aangehaald:

> "Zorg Leuven is een vereniging onderworpen aan titel VIII, hoofdstuk I, van het OCMW-decreet van 19 december 2008.
>
> Op grond van artikel 229, § 1 van het OCMW-decreet, zijn de personeelsleden van de OCMW-vereniging van publiekrecht Zorg Leuven, onderworpen aan dezelfde rechtspositieregeling en hetzelfde pensioenstelsel en aan dezelfde bepalingen van het OCMW-decreet als die welke van toepassing zijn op de personeelsleden van het OCMW Leuven. Het bevoegde orgaan van de vereniging stelt op grond van datzelfde artikel, de afwijkingen van genoemde rechtspositieregeling vast, 'voor zover het specifieke karakter van sommige diensten en instellingen van de vereniging dat nodig maakt', en bepaalt de rechtspositieregeling voor de betrekkingen die onbestaand zijn op gemeentelijk vlak, evenals de rechtspositieregeling van het personeel van het ziekenhuis.
>
> De bovenvermelde raadsbeslissing d.d. 23 november 2016 van de raad van beheer van Zorg Leuven, stelt afwijkingen vast van de rechtspositieregeling van toepassing op het personeel van het OCMW Leuven, en meer bepaald wat betreft het aantal dagen jaarlijks verlof.
>
> Het artikel 258, § 1, 2° van de rechtspositieregeling voor het personeel van OCMW Leuven bepaalt dat het voltijdse personeelslid, vermeld in artikel 104, § 6 van het OCMW-decreet, jaarlijks recht heeft op 26 werkdagen betaalde vakantie die gelijkgesteld zijn met dienstactiviteit, en dit conform de dwingende bepaling hieromtrent van artikel 138, § 1, eerste lid van het BVR RPR O."

Na de redenen te hebben weersproken die de raad van beheer van de verzoekende partij ertoe hebben gebracht zijn door de provinciegouverneur geschorste beslissing van 23 november 2016 te handhaven, besluit de bestreden beslissing:

> "De afwijkingen zoals vastgesteld in de artikelen 258, § 1, 2° en 425quinquies van de rechtspositieregeling van Zorg Leuven, zijn om de genoemde redenen in strijd met de bovenvermelde bepaling van artikel 229, § 1 van het OCMW-decreet en bijgevolg van aard de wet te schenden en/of het algemeen belang te schaden."

Hieruit blijkt op het eerste gezicht genoegzaam dat de bestreden beslissing het besluit van de raad van beheer van de verzoekende partij van 23 november 2016 heeft beoordeeld in het licht van artikel 229, § 1, van het OCMW-decreet en dat de verwijzing naar artikel 104, § 6, van het OCMW-decreet enkel dient ter aanduiding van de personeelscategorie waarop de vakantieregeling van artikel 138, § 1, eerste lid, van het besluit van de Vlaamse Regering van 12 november 2010 van toepassing is.

7.5. Voor zover de verzoekende partij in het middel aanvoert dat de bestreden beslissing haar besluit heeft getoetst aan artikel 104, § 6, van het OCMW-decreet in de plaats van aan het toepasselijke artikel 229, § 1, van datzelfde decreet, mist het feitelijke grondslag.

8.1. Artikel 229, § 1, tweede lid, van het OCMW-decreet bepaalt dat het bevoegde orgaan van de vereniging de afwijkingen van de rechtspositieregeling, vermeld in het eerste lid, vaststelt, voor zover het specifieke karakter van sommige diensten en instellingen van de vereniging dat nodig maakt.

Blijkens de memorie van toelichting bij het ontwerp van decreet dat het OCMW-decreet is geworden (*Parl.St.* Vl.Parl., 2007-2008, nr. 1701/1, 110), is deze bepaling overgenomen uit artikel 128 van de wet van 8 juli 1976 'betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn', zoals gewijzigd bij decreet van 14 juli 1998.

De verantwoording van de invoeging van die bepaling in de voornoemde wet is als volgt toegelicht (*Parl.St.* Vl.Parl., 1997-1998, 856/5, 5):

> "De vereniging mag niet over minder mogelijkheden inzake het statuut van het personeel van de vereniging beschikken dan deze die de raad van het OCMW heeft ingevolge artikel 42, zesde lid."

De voormelde decretale bepaling lijkt het over te laten aan het bevoegde orgaan van de vereniging om te oordelen of het specifieke karakter van

de diensten en de instellingen van de vereniging een afwijking van de rechtspositieregeling van het OCMW nodig maakt. Het staat vervolgens evenwel aan de verwerende partij om als toezichthoudende overheid een wettigheidstoezicht én een toezicht op de opportuniteit – de verenigbaarheid met het algemeen belang – uit te oefenen op de beslissing die daarover door dat orgaan wordt genomen.

Uit niets blijkt dat de verwerende partij bij de uitoefening van haar bestuurlijk toezicht de voorwaarde van artikel 229, § 1, tweede lid, van het OCMW-decreet heeft "vervormd", doordat zij in de bestreden beslissing refereert aan "de specifieke situatie van het bedrijf". In dit verband dient te worden opgemerkt dat de verzoekende partij zelf onder meer de marktsituatie van het Zorgbedrijf in de Leuvense regio als een rechtvaardigingsgrond voor de geschorste bepalingen van haar besluit van 23 november 2016 heeft aangereikt. Het lijkt dan ook aanvaardbaar dat de verwerende partij in de bestreden beslissing haar beoordeling toespitst op dit argument van de verzoekende partij. In acht genomen dat volgens de opvatting van de decreetgever de rechtspositieregeling van een vereniging in beginsel dezelfde moet zijn als deze van het OCMW, lijkt het daarenboven niet onredelijk dat de verwerende partij bij haar beoordeling van de afwijkende regeling die haar is voorgelegd, de situatie van de verzoekende partij waarop die afwijking beweerdelijk een antwoord biedt, vergelijkt met deze van het OCMW en daarbij op grond van de haar voorgelegde gegevens tot het besluit komt dat "[d]e raad van beheer [niet] overtuigt [...] wat betreft het aantonen van de specifieke situatie van het bedrijf".

8.2. Voor zover de verzoekende partij in het middel aanvoert dat de bestreden beslissing een foutieve draagwijdte geeft aan artikel 229, § 1, tweede lid, van het OCMW-decreet, is het derhalve niet ernstig.

9. Voor zover de verzoekende partij doet gelden dat in de bestreden beslissing ten onrechte wordt gesteld dat "rekening moet gehouden worden met de noodzaak om het financieel evenwicht van het OCMW en [zijn] verenigingen niet in gevaar te brengen", moet worden vastgesteld dat uit de redengeving van de

bestreden beslissing op het eerste gezicht blijkt dat het doorslaggevende motief voor de gedeeltelijke vernietiging van het besluit van de raad van beheer van de verzoekende partij van 23 november 2016 erin bestaat dat deze raad in het licht van artikel 229, § 1, tweede lid, van het OCMW-decreet niet overtuigt "wat betreft het aantonen van de specifieke situatie van het bedrijf, die zou kunnen verantwoorden dat het personeel van een dienst die ressorteert onder het zorgbedrijf een afwijkend aantal verlofdagen zou hebben, dan wanneer datzelfde personeel en diezelfde dienst zouden ressorteren onder het OCMW".

Daargelaten de vraag of het financiële evenwicht, waarvan sprake, niet mede vorm geeft aan het algemeen belang, volgt op het eerste gezicht uit het voorgaande dat de voormelde grief van de verzoekende partij geen betrekking heeft op een bepalend motief van de bestreden beslissing en dan ook niet de schorsing van de tenuitvoerlegging van deze beslissing lijkt te kunnen verantwoorden.

10. Daargelaten eveneens de vraag of het door de verzoekende partij ingeroepen beginsel van de lokale autonomie ook geldt voor verenigingen zoals bedoeld in artikel 219 van het OCMW-decreet, is dit beginsel alleszins niet absoluut en zou het niet wegnemen dat het bevoegde orgaan van een dergelijke vereniging zich dient te voegen naar het voorschrift van artikel 229, § 1, tweede lid, van het OCMW-decreet.

11. Het eerste middel is in genen dele ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

12. De verzoekende partij voert in een tweede middel de schending aan van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 'betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen', alsook van de beginselen van

behoorlijk bestuur, in het bijzonder het motiveringsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel.

Volgens de verzoekende partij heeft de verwerende partij in de bestreden beslissing geenszins de juridische en feitelijke overwegingen opgenomen die deze beslissing moeten kunnen dragen. Zij beperkt zich daarentegen meermaals tot een louter negatieve uitspraak over de omstandige motivering van de verzoekende partij, zonder hierbij enige pertinente en draagkrachtige motivering aan te reiken.

De verzoekende partij citeert enkele passussen uit de bestreden beslissing en zij voert daarbij aan dat onduidelijk is:
- waarom de laatste vier argumenten van haar handhavingsbesluit, die volgens de verwerende partij voornamelijk slechts een herhaling zijn van eerder geuit ongenoegen ten aanzien van het besluit van de Vlaamse Regering van 12 november 2010, niets wezenlijks toevoegen aan de motivering van de beoogde afwijking;
- waarom zij er niet van overtuigt dat de specifieke situatie van het Zorgbedrijf kan verantwoorden dat het personeel van een dienst die ressorteert onder dit bedrijf, een aantal verlofdagen heeft dat afwijkt van het aantal verlofdagen dat toegekend zou zijn indien datzelfde personeel en diezelfde dienst zouden ressorteren onder het OCMW;
- waarom haar argument dat het Zorgbedrijf door de verzelfstandiging en bundeling van de zorgcomponenten in een nieuwe organisatiestructuur zich anders positioneert binnen de sector, onvoldoende is voor de beoogde afwijking;
- waarom de raad van beheer verkeerdelijk ervan uitgaat dat, waar het OCMW voorheen onder de beperking van de zesentwintigdagenregel uit wou komen, maar gebonden was door de dwingende bepaling van artikel 138, § 1, eerste lid, van het besluit van de Vlaamse Regering van 12 november 2010, het Zorgbedrijf nu op grond van artikel 229, § 1, van het OCMW-decreet wel een wettelijke basis heeft om af te wijken en meer verlofdagen toe te kennen en dat deze afwijkingsmogelijkheid niet kan worden ingeperkt door het beleid van de Vlaamse Regering.

Volgens de verzoekende partij heeft de bestreden beslissing op geen andere wijze dan met stereotiepe verklaringen en bewoordingen, de door haar aangehaalde motieven weerlegd.

Beoordeling

13. De artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 'betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen' verplichten de overheid ertoe in de akte de juridische en feitelijke overwegingen op te nemen die aan de beslissing ten grondslag liggen, en dit op een "afdoende" wijze. Het afdoende karakter van de motivering betekent dat de motivering pertinent moet zijn, dit wil zeggen dat ze duidelijk met de beslissing te maken moet hebben en dat ze draagkrachtig moet zijn, dit wil zeggen dat de aangehaalde redenen moeten volstaan om de beslissing te dragen.

14. Met de verwerende partij moet worden opgemerkt dat bij het onderzoek van het afdoende karakter van de formele motivering van de bestreden beslissing rekening moet worden gehouden met het geheel van de motivering en niet met één of enkele onderdelen daarvan op zich.

Bovendien reikt de voormelde formelemotiveringsplicht niet zover dat ook de motieven van de motieven van de beslissing moeten worden weergegeven. De vraagstelling van de verzoekende partij bij de door haar aangegeven passussen van de bestreden beslissing is daarom niet dienstig.

15. Uit de motivering van de bestreden beslissing, zoals hiervóór *sub* 3.5 aangehaald, blijkt dat volgens de verwerende partij de raad van beheer van de verzoekende partij "niet [overtuigt] wat betreft het aantonen van de specifieke situatie van het bedrijf, die zou kunnen verantwoorden dat het personeel van een dienst die ressorteert onder het zorgbedrijf een afwijkend aantal verlofdagen zou hebben, dan wanneer datzelfde personeel en diezelfde dienst zouden ressorteren onder het OCMW". Voorts wordt in de bestreden beslissing vermeld waarom de

argumenten van de verzoekende partij ter staving van de vereiste specifieke situatie niet worden aangenomen. Dit brengt de verwerende partij tot het besluit dat "de afwijkingen zoals vastgesteld in de artikelen 258, § 1, 2° en 425quinquies van de rechtspositieregeling van Zorg Leuven [...] om de genoemde redenen in strijd [zijn] met de [...] bepaling van artikel 229, § 1, van het OCMW-decreet en bijgevolg van aard de wet te schenden en/of het algemeen belang te schaden".

Aldus geeft de bestreden beslissing afdoende aan om welke redenen de verwerende partij het besluit van de raad van beheer van de verzoekende partij van 23 november 2016 in de aangegeven mate vernietigt.

16. Het tweede middel is niet ernstig voor zover het de schending aanvoert van de formelemotiveringsplicht zoals bepaald in de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 'betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen'.

17. Voor zover de verzoekende partij in het middel naast de schending van de voormelde formelemotiveringsplicht, ook nog de schending aanvoert van de beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het motiveringsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel, blijkt op het eerste gezicht niet en legt zij niet in het minst uit dat zij daarmee doelt op een onwettigheid die te onderscheiden valt van de beweerde schending van de formelemotiveringsplicht.

18. Het tweede middel is in genen dele ernstig.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

19. De verzoekende partij voert in een derde middel de schending aan van artikel 229, § 1, van het OCMW-decreet en van de artikelen 10 en 11 van

de Grondwet, “in het bijzonder de grondwettelijk gewaarborgde beginselen van gelijkheid en non-discriminatie”.

Zij betoogt dat artikel 138, § 1, van het besluit van de Vlaamse Regering van 12 november 2010 volgens de bestreden beslissing een dwingende bepaling is die doorwerkt en alzo impliceert dat personeelsleden van de dienst Kinderopvang, indien deze dienst wordt georganiseerd op het niveau van de verzoekende partij, slechts recht hebben op 26 werkdagen betaalde vakantie die worden gelijkgesteld met dienstactiviteit en op 11 feestdagen. De personeelsleden van de dienst Kinderopvang van de stad Leuven daarentegen hebben recht op 35 werkdagen betaalde vakantie die worden gelijkgesteld met dienstactiviteit en op 14 feestdagen. De verzoekende partij stelt dat er aldus een verschil in behandeling is tussen, enerzijds, de personeelsleden van de dienst Kinderopvang georganiseerd op het niveau van het Zorgbedrijf en, anderzijds, de personeelsleden van de dienst Kinderopvang georganiseerd op het niveau van de stad Leuven. Dit verschil is slechts gerechtvaardigd indien het op een objectief criterium berust en redelijk verantwoord is, waarbij het bestaan van deze 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 geen redelijk verband van evenredigheid bestaat tussen de aangewende middelen en het beoogde doel. Volgens de verzoekende partij ontbreekt in dit geval elk objectief criterium. Het enige onderscheid dat kan worden gevonden, betreft het niveau waarop de kinderopvang wordt georganiseerd, maar dit is allerminst een objectief criterium dat het voormelde verschil in behandeling kan rechtvaardigen.

De verzoekende partij stelt dat indien zij het standpunt van de verwerende partij zou volgen, zij een inbreuk zou begaan op het grondwettelijk gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel “door in haar rechtspositieregeling een verschil in behandeling vast [te] stellen tussen de personeelsleden van haar dienst kinderopvang en de personeelsleden van de dienst kinderopvang georganiseerd op het niveau van de stad Leuven”.

Beoordeling

20. Bij de beoordeling van het eerste middel werd reeds vastgesteld, op het eerste gezicht, dat uit artikel 229, § 1, eerste lid, van het OCMW-decreet, gelezen in samenhang met artikel 104, § 6, van datzelfde decreet kan worden afgeleid dat de dwingende bepaling van artikel 138, § 1, eerste lid, van het besluit van de Vlaamse Regering van 12 november 2010, luidens welke het aantal werkdagen betaalde vakantie voor het personeel van de verzorgende, verplegende en dienstverlenende instellingen en diensten 26 bedraagt voor een volledig arbeidsjaar, doorwerkt tot in de verenigingen zoals bedoeld in artikel 219 van het OCMW-decreet. Hetzelfde geldt overigens voor artikel 139 van het besluit van de Vlaamse Regering van 12 november 2010 dat 11 feestdagen bepaalt waarop het personeel, vermeld in artikel 104, § 6, van het OCMW-decreet, "betaalde vakantie" heeft.

De verzoekende partij voert niet aan dat de artikelen 138, § 1, eerste lid, en 139 van het besluit van de Vlaamse Regering van 12 november 2010 als zodanig onwettig zijn. Wel doet zij gelden dat de doorwerking ervan naar de verenigingen haar ertoe noopt de personeelsleden van haar dienst Kinderopvang op het vlak van de vakantieregeling aan een ongeoorloofd verschil in behandeling te onderwerpen in vergelijking met de personeelsleden van de dienst Kinderopvang georganiseerd op het niveau van de stad Leuven. Die doorwerking lijkt, zoals hiervóór reeds gesteld, te moeten worden toegeschreven aan het voorschrift van artikel 229, § 1, van het OCMW-decreet dat de personeelsleden van de vereniging in beginsel onderwerpt aan dezelfde rechtspositieregeling en dezelfde bepalingen van dat decreet als die welke van toepassing zijn op de personeelsleden van het openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn dat de gemeente bedient waar de zetel van de vereniging gevestigd is. De Raad van State is niet bevoegd om zich over de bestaanbaarheid van dat voorschrift met het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel en non-discriminatiebeginsel uit te spreken. Hij kan slechts vaststellen dat de verzoekende partij in de huidige stand van de rechtspleging geen prejudiciële vraag daaromtrent aan het Grondwettelijk Hof wenst gesteld te zien worden.

21. Het derde middel kan derhalve vooralsnog niet worden aangenomen.

22. Aangezien de verzoekende partij geen ernstig middel aanvoert, is er niet voldaan aan ten minste één van de voorwaarden gesteld in artikel 17, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State die cumulatief vervuld moeten zijn opdat een vordering tot schorsing zou kunnen worden ingewilligd.

BESLISSING

De Raad van State verwerpt de vordering.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 8 januari 2018, door de Raad van State, IXe kamer, samengesteld uit:

Bert Thys,	staatsraad, waarnemend voorzitter,

bijgestaan door

Vera Wauters,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Vera Wauters	**Bert Thys**