

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

IXe KAMER

ARREST

**nr. 247.355 van 31 maart 2020
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 het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 2 juni 2017, strekt tot de nietigverklaring 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 425*quinquies* van de rechtspositieregeling”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 240.355 van 8 januari 2018 is de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing verworpen.

De verzoekende partij heeft een verzoekschrift tot voortzetting van de rechtspleging ingediend.

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

Eerste 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 24 februari 2020.

Staatsraad Bert Thys heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Bob Martens, die verschijnt voor de verzoekende partij en advocaat Veerle Huysman, die *loco* advocaat Bart Staelens verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste 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 het toentertijd geldende artikel 219 van het decreet van 19 december 2008 ‘betreffende de organisatie van de openbare centra voor maat-

schappelijk 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 “ressortierend 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 vakantiedagen (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 marktconform 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 onder vinden 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 [versta: 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].

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, § 1 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, § 1, 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 instellingen 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 leeftijds piramide

De leeftijds piramide 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:

- o 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.
- o 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.
- o 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.
- o 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 bestuurd 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 ondergraaft 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 bo-

venlokale niveau, haaks staat op de lokale autonomie.

De vier laatste argumenten zijn voornamelijk een herhaling van het ongevoegen, dat het OCMW van Leuven reeds eerder uitte ten aanzien van het [besluit van de Vlaamse Regering van 12 november 2010], 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 vereniging 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 [besluit van de Vlaamse Regering van 12 november 2010], 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 posi-

tionneert 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. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

4. 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 be-

stuurlijk 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 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. Beide artikelen vormen dan ook een eigen rechtsgrond voor de vaststelling van de rechtspositieregeling van het personeel dat er respectievelijk onder ressorteert en geen van deze artikelen kan worden aangewend om de rechtsgrond te vormen van de rechtspositieregeling van het personeel dat ressorteert onder het andere artikel.

Volgens de verzoekende partij stelt de verwerende partij in de bestreden beslissing niettemin dat artikel 104, § 6, van het OCMW-decreet de rechtsgrond vormt voor de vaststelling van de rechtspositieregeling van het personeel van de verzoekende partij, aangezien zij overweegt dat “[d]e desbetreffende dwingende bepaling uit het artikel 138, § 1, eerste lid van het [besluit van de Vlaamse Regering van 12 november 2010] [door]werkt [...] op het zorgbedrijf”. Artikel 229, § 1, van het OCMW-decreet bepaalt evenwel nergens expliciet en impliceert ook niet op enige wijze dat artikel 138, § 1, eerste lid, van het besluit van de Vlaamse Regering van 12 november 2010 moet worden nageleefd. Dit in tegenstelling tot artikel 104, § 6, derde lid, van het OCMW-decreet waarin wel expliciet is bepaald dat eventuele afwijkingen niet strijdig mogen zijn met de minimale voorwaarden die zijn opgelegd door de Vlaamse Regering. Volgens de verzoekende partij is de redenering van de verwerende partij in de bestreden beslis-

sing dan ook met zekerheid gesteund 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 [besluit van de Vlaamse Regering van] 12 november 2010 moet naleven”.

De verzoekende partij merkt voorts op dat artikel 229, § 1, tweede lid, van het OCMW-decreet haar toelaat om 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 evenwel wanneer zij in de bestreden beslissing 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 Leuven, *in concreto* de ouderenzorg, de thuiszorg en de kinderopvang, afwijkingen van de rechtspositieregeling van het OCMW van Leuven nodig maken. Zij diende geenszins aan te tonen dat de specifieke marktsituatie van het Zorgbedrijf Leuven, ten opzichte van het OCMW van Leuven, een afwijking van de rechtspositieregeling van het OCMW verantwoordt. De verzoekende partij meent ruimschoots aan de voormelde motiveringsverplichting te hebben voldaan, nu uit haar besluit 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 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 11700 personen worden tewerkgesteld in ziekenhuizen, terwijl dit aantal bijvoorbeeld in heel Limburg slechts 10967 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.

5. In haar memorie van wederantwoord benadrukt de verzoekende partij het onderscheid tussen artikel 229, § 1, van het OCMW-decreet, dat de rechtsgrond vormt voor de vaststelling van de rechtspositieregeling van een OCMW-vereniging, en artikel 104, § 6, van het OCMW-decreet, dat 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 betoogt dat op grond van artikel 104, § 6, derde lid, van het OCMW-decreet in de rechtspositieregeling van de voornoemde personeelsgroep van het OCMW niet kan worden afgeweken van artikel 138, § 1, eerste lid, van het besluit van de Vlaamse Regering van 12 november 2010. Overeenkomstig deze voor een OCMW dwingende bepaling heeft die personeelsgroep recht op 26 werkdagen betaalde vakantie en elf feestdagen. Aangezien de verzoekende partij overeenkomstig artikel 229, § 1, eerste lid, van het OCMW-decreet in beginsel de rechtspositieregeling van het OCMW moet overnemen, dient zij in beginsel te bepalen dat haar personeel recht heeft op 26 werkdagen betaalde vakantie en elf feestdagen. Zij kan evenwel met toepassing van artikel 229, § 1, tweede lid, van het OCMW-decreet afwijkingen van de overgenomen rechtspositie vaststellen. Daarbij moet worden vastgesteld dat artikel 229, § 1, van het OCMW-decreet geen enkele bepaling bevat die een OCMW-vereniging verbiedt

om af te wijken van artikel 138, § 1, van het besluit van de Vlaamse Regering van 12 november 2010 en dit in tegenstelling tot artikel 104, § 6, derde lid, van het OCMW-decreet waarbij een dergelijke afwijking wel expliciet wordt verboden. Aangezien haar niet decretaal is verboden om af te wijken van artikel 138, § 1, van het besluit van de Vlaamse Regering van 12 november 2010 moet worden besloten dat dit artikel niet dwingend is ten aanzien van de verzoekende partij. Niettemin overweegt de verwerende partij in de bestreden beslissing verkeerdelijk dat artikel 138, § 1, eerste lid, van het besluit van de Vlaamse Regering van 12 november 2010 een dwingende bepaling is die doorwerkt op het Zorgbedrijf Leuven. Eveneens stelt de verwerende partij ten onrechte dat “[d]e raad van beheer [...] er verkeerdelijk van uit[gaat] dat [...] 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”. Artikel 138, § 1, van het besluit van de Vlaamse Regering van 12 november 2010 werkt in beginsel weliswaar door op de verzoekende partij door de overname van de rechtspositieregeling van het OCMW, maar de verzoekende partij beschikt ingevolge artikel 229, § 1, tweede lid, van het OCMW-decreet over de decretale grond om hiervan af te wijken en meer werkdagen betaalde vakantie vast te stellen. In tegenstelling tot wat de verwerende partij meent is deze afwijkingsmogelijkheid in hoofdte van de verzoekende partij geenszins ingeperkt door artikel 138, § 1, van het besluit van de Vlaamse Regering van 12 november 2010, dat niet dwingend is ten aanzien van de verzoekende partij, maar enkel ten aanzien van het OCMW. Door te stellen dat de afwijkingsmogelijkheid in hoofdte van de verzoekende partij is ingeperkt door artikel 138, § 1, van het besluit van de Vlaamse Regering van 12 november 2010 en aldus aan te nemen dat deze bepaling dwingend is ten aanzien van de verzoekende partij en dat het haar verboden is ervan af te wijken, maakt de verwerende partij artikel 104, § 6, derde lid, van het OCMW-decreet van toepassing op de verzoekende partij, wat *contra legem* is en in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel. Bovendien, zo vervolgt de verzoekende partij, spreekt de verwerende partij zich in de bestreden beslissing inhoudelijk tegen door enerzijds te stellen dat de verzoekende partij op grond van artikel 229, § 1, van het OCMW-decreet geen

wettelijke basis heeft om af te wijken en meer verlofdagen toe te kennen, maar anderzijds te oordelen dat de verzoekende partij niet afdoende motiveert dat het specifieke karakter van sommige van haar diensten en instellingen een afwijking nodig maakt waardoor de verzoekende partij niet aan de afwijkingsvoorwaarden bepaald in artikel 229, § 1, tweede lid, van het OCMW-decreet zou voldoen om meer verlofdagen toe te kennen.

De verzoekende partij herhaalt voorts haar argumentatie met betrekking tot die afwijkingsvoorwaarden.

Wat ten slotte de overweging van de bestreden beslissing betreft dat “rekening moet gehouden worden met de noodzaak om het financieel evenwicht van het OCMW en [zijn] verenigingen niet in gevaar te brengen”, doet de verzoekende partij gelden dat de verwerende partij niet kan worden bijgevalen in haar argumentatie dat het financiële evenwicht van één lokaal OCMW en zijn verenigingen deel uitmaakt van het algemeen belang. Zij wijst erop dat de verwerende partij nalaat om op enige wijze haar stelling te onderbouwen en zij blijft dan ook van oordeel dat de verwerende partij haar bevoegdheid als toezichthoudende overheid heeft overschreden en daardoor in strijd heeft gehandeld met de op haar rustende zorgvuldigheidsplicht en het motiveringsbeginsel, aangezien van een zorgvuldig handelende toezichthoudende overheid mag worden verwacht dat zij binnen de perken van haar decretaal toegewezen bevoegdheid blijft en haar besluiten op “louter correcte motieven” steunt.

6. In haar laatste memorie stelt de verzoekende partij nog dat zij niet beweert dat de verwerende partij het besluit van haar raad van beheer van 23 november 2016 en diens daaropvolgende handhavingsbesluit letterlijk aan artikel 104, § 6, van het OCMW-decreet zou hebben getoetst, maar dat zij meent dat de verwerende partij *contra legem* het dwingende karakter van artikel 138, § 1, van het besluit van de Vlaamse Regering van 12 november 2010, zoals het met toepassing van artikel 104, § 6, van het OCMW-decreet geldt bij het vaststellen van de rechtspositieregeling van een OCMW, laat doorwerken bij de vaststelling

van de rechtspositieregeling van een OCMW-vereniging. Zij voegt eraan toe dat zij niet betwist dat zij met toepassing van artikel 229, § 1, eerste lid, van het OCMW-decreet in beginsel de rechtspositieregeling van het OCMW, met inbegrip van artikel 138, § 1, van het besluit van de Vlaamse Regering van 12 november 2010, moet overnemen, waardoor die bepaling aldus in beginsel doorwerkt bij de vaststelling van de rechtspositieregeling van een OCMW-vereniging, maar wel dat zij niet van artikel 138, § 1, van het besluit van de Vlaamse Regering van 12 november 2010 zou kunnen afwijken op grond van artikel 229, § 1, tweede lid, van het OCMW-decreet.

Beoordeling

7. In het eerste middel, zoals het door de verzoekende partij in haar inleidend verzoekschrift wordt aangevoerd, kunnen wezenlijk twee onderdelen worden onderscheiden.

Vooreerst doet de verzoekende partij gelden dat de verwerende partij ten onrechte artikel 104, § 6, van het OCMW-decreet heeft toegepast bij de beoordeling van de door haar vastgestelde rechtspositieregeling, namelijk door ervan uit te gaan dat de dwingende bepaling van artikel 138, § 1, van het besluit van de Vlaamse Regering van 12 november 2010 doorwerkt op de vereniging en de verzoekende partij niet mag afwijken van die bepaling, terwijl uit artikel 229, § 1, van het OCMW-decreet nochtans niet volgt dat dit laatste het geval zou zijn. Volgens de verzoekende partij maakt artikel 229, § 1, tweede lid, van het OCMW-decreet het haar integendeel mogelijk om afwijkingen vast te stellen op de krachtens artikel 229, § 1, eerste lid, van het OCMW overgenomen rechtspositieregeling en houdt het geen verbod in om af te wijken van artikel 138, § 1, van het besluit van de Vlaamse Regering van 12 november 2010.

Voorts geeft de bestreden beslissing volgens de verzoekende partij een verkeerde draagwijdte aan artikel 229, § 1, tweede lid, van het OCMW-decreet, waar ze stelt dat de verzoekende partij slechts afwijkingen van de

rechtspositieregeling van het OCMW mag vaststellen “indien de specifieke situatie van het bedrijf dit verantwoordt”.

8.1. Wat het eerste middelonderdeel betreft, ziet de argumentatie van de verzoekende partij op de volgende overwegingen van de bestreden beslissing:

“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 [besluit van de Vlaamse Regering van 12 november 2010], werkt door op het zorgbedrijf.

[...]

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.”

8.2. Artikel 229, § 1, eerste en tweede lid, van het OCMW-decreet luidde toentertijd:

“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 toentertijd 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 personeelsleden van het OCMW dat de gemeente bedient waar de zetel van de betrokken vereniging is gevestigd. Het bevoegde orgaan van de vereniging mag evenwel afwijkingen van de rechtspositieregeling vaststellen voor zover het specifieke karakter van sommige diensten en instellingen van de vereniging dat nodig maakt.

8.3. Artikel 104, § 6, eerste, tweede, en derde lid, van het OCMW-decreet luidde toentertijd:

“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 besluit van de Vlaamse Regering van 12 november 2010.

8.4. 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 de verenigingen zoals bedoeld in artikel 219 van het OCMW-decreet.

8.5. De verwerende partij overweegt in de bestreden beslissing dan ook terecht dat de “dwingende bepaling uit het artikel 138, § 1, eerste lid van het [besluit van de Vlaamse Regering van 12 november 2010], [door]werkt [...] op het zorgbedrijf”.

8.6. Anders dan de verzoekende partij aanvoert, volgt noch uit die overweging, noch uit enige andere overweging van de bestreden beslissing, dat de verwerende partij heeft geoordeeld dat de verzoekende partij niet met toepassing van artikel 229, § 1, tweede lid, van het OCMW-decreet zou mogen afwijken van hetgeen is bepaald in artikel 138, § 1, van het besluit van de Vlaamse Regering van 12 november 2010 en dat de verwerende partij aldus artikel 104, § 6, van het OCMW-decreet zou hebben toegepast bij de beoordeling van de door de verzoekende partij vastgestelde rechtspositieregeling.

Het tegendeel blijkt uit de vaststelling dat de verwerende partij na de voormelde overweging stelt:

“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 res-

sorteren onder het OCMW.”

De verwerende partij heeft met andere woorden getoetst of de door de verzoekende partij aangebrachte motivering voldoet om met toepassing van artikel 229, § 1, tweede lid, van het OCMW-decreet af te wijken van de rechtspositieregeling die krachtens artikel 229, eerste lid, van het OCMW-decreet, gelezen in samenhang met artikel 104, § 6, van datzelfde decreet en artikel 138, § 1, eerste lid, van het besluit van de Vlaamse Regering van 12 november 2010 op haar van toepassing is.

Logischerwijze mag daaruit worden afgeleid dat de verwerende partij een dergelijke afwijking mogelijk acht.

Aan die conclusie wordt geen afbreuk gedaan doordat de verwerende partij in de bestreden beslissing nog overweegt dat “de raad van beheer [...] er verkeerdelijk van uit[gaat] dat [...] 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”. Deze overweging is immers niet meer dan een louter algemeen antwoord dat – overigens terecht – het argument van de verzoekende partij in het handhavingsbesluit van 19 januari 2017 tegensprekt dat het beleid van de Vlaamse Regering – in dit geval onder meer veruitwendigd in haar besluit van 12 november 2010 – de beslissingsbevoegdheid van de raad van beheer van het Zorgbedrijf Leuven om af te wijken van de overgenomen rechtspositieregeling niet zou kunnen bepalen.

8.7. 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 [het besluit van de Vlaamse Regering van 12 november 2010].”

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 genoegzaam dat de verwerende partij 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.

8.8. Het eerste onderdeel van het eerste middel berust dan ook op een onjuiste of minstens onvolledige lezing van de bestreden beslissing. De verzo-

kende partij erkent dit overigens impliciet, aangezien zij in een tweede onderdeel van het eerste middel kritiek levert op het oordeel van de verwerende partij dat de opgegeven motivering niet voldoet om met toepassing van artikel 229, § 1, tweede lid, van het OCMW-decreet af te wijken van artikel 138, § 1, eerste lid, van het besluit van de Vlaamse Regering van 12 november 2010.

8.9. Het eerste onderdeel van het eerste middel mist derhalve feitelijke grondslag.

9.1. Wat het tweede middelonderdeel betreft, bepaalt artikel 229, § 1, tweede lid, van het OCMW-decreet 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, nr. 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 laat het over 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 is 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, gaat de verwerende partij haar beoordelingsvrijheid niet te buiten wanneer zij 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”.

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

10. Voor zover de verzoekende partij bijkomend nog 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 redegeving van de bestreden beslissing 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, mede vorm geeft aan het algemeen belang, volgt 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 vernietiging van deze beslissing kan verantwoorden.

11. Ook daargelaten de vraag of het door de verzoekende partij ingeroepen beginsel van de lokale autonomie geldt voor verenigingen zoals toentertijd 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.

12. Het eerste middel is in geen dele gegrond.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

13. 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 Leuven 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 Leuven 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.

14. In haar memorie van wederantwoord doet de verzoekende partij nog gelden dat de verwerende partij in de eerste van de vier vermelde passussen uitgaat van de verkeerde premisse dat artikel 138, § 1, van het besluit van de Vlaamse Regering van 12 november 2010 een dwingende bepaling zou vormen ten aanzien van de verzoekende partij en dat zij hierdoor ten onrechte de vier argumenten van de verzoekende partij, die mede aantonen dat afwijkingen van de rechtspositieregeling van het OCMW gerechtvaardigd zijn, volledig buiten beschouwing heeft gelaten. Dit is niet alleen in strijd met de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurs-handelingen’ en het motiveringsbeginsel, maar ook met het zorgvuldigheidsbeginsel dat de verwerende partij ertoe verplicht om de argumenten van de verzoekende partij op een correcte en zorgvuldige wijze in beschouwing te nemen, en met het rechtszekerheidsbeginsel, nu elke andere zorgvuldig en redelijk handelende overheid concreet zou hebben aangetoond omwille van welke motieven de door de verzoekende partij aangereikte motivering onvoldoende zou zijn.

Beoordeling

15. 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.

16. 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 beslissing moeten worden weergegeven. De vraagstelling van de verzoekende partij bij de door haar aangegeven passussen van de bestreden beslissing is daarom niet dienstig.

17. 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.

18. Het tweede middel is derhalve niet gegrond 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’.

19. Voor zover de verzoekende partij in het middel ook nog de schending aanvoert van de beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het motiveringsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel, heeft zij in de uiteenzetting van het middel daaraan geen invulling gegeven die te onderscheiden valt van de beweerde schending van de formelemotiveringsplicht, welke hiervóór reeds is verworpen.

Voor zover zij in haar memorie van wederantwoord nog doet gelden dat de verwerende partij in de bestreden beslissing is uitgegaan van de foutieve premisse dat artikel 138, § 1, van het besluit van de Vlaamse Regering van 12 november 2010 een dwingende bepaling vormt ten aanzien van de verzoekende partij en dat zij hierdoor ten onrechte vier argumenten van de verzoekende partij die mede aantonen dat afwijkingen van de rechtspositieregeling van het OCMW gerechtvaardigd zijn, volledig buiten beschouwing heeft gelaten, moet andermaal worden opgemerkt dat deze stelling feitelijke grondslag mist. Zoals bij de beoordeling van het eerste middel reeds is uiteengezet, heeft de verwerende partij in de bestreden beslissing terecht geoordeeld dat de dwingende bepaling van artikel 138, § 1, van het besluit van de Vlaamse Regering van 12 november 2010 in principe doorwerkt naar het Zorgbedrijf Leuven en heeft zij daarbij niét gesteld dat de verzoekende partij daarvan niet zou kunnen afwijken, indien voldaan is aan de voorwaarde bedoeld in artikel 229, § 1, tweede lid, van het OCMW-decreet. De verwerende partij is, na toetsing van de argumenten van de verzoekende partij, tot het besluit gekomen dat ze niet aantonen dat die voorwaarde in dit geval vervuld is.

20. Het tweede middel is eveneens in genen dele gegrond.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

21. 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 volgens de bestreden beslissing artikel 138, § 1, van het besluit van de Vlaamse Regering van 12 november 2010 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 elf 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 veertien 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 Leuven 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 allerm minst 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”.

“In ondergeschikte orde” voert de verzoekende partij aan dat “[i]ndien [de Raad van State] de mening zou zijn toegedaan dat de verwerende partij rechtmatig besliste dat bij het toepassen van [...] artikel 229, § 1, lid 2, van het OCMW-decreet de bepaling vervat in [...] artikel 138, § 1, eerste lid, van het Besluit [van de Vlaamse Regering van] 12 november 2010 een dwingende bepaling vormt die doorwerkt op de verzoekende partij”, daaruit dan zou volgen dat zij een verschil in behandeling moet vaststellen tussen, enerzijds, de personeelsleden van de dienst Kinderopvang georganiseerd op haar niveau en, anderzijds, de personeelsleden van de dienst Kinderopvang georganiseerd op het niveau van de stad Leuven. Aangezien het onderzoek of dit onderscheid al dan niet gerechtvaardigd is, behoort tot de bevoegdheid van het Grondwettelijk Hof, vraagt de verzoekende partij de Raad van State om het Grondwettelijk Hof hieromtrent drie prejudiciële vragen te stellen, die zij als zodanig in haar inleidend verzoekschrift formuleert.

22. Op het antwoord van de verwerende partij dat personeelsleden van de dienst Kinderopvang van de verzoekende partij niet kunnen worden vergeleken met personeelsleden van een dienst Kinderopvang georganiseerd op het niveau van de stad Leuven, aangezien deze laatstgenoemde dienst is ingebracht bij de verzoekende partij en thans niet meer bestaat op het niveau van de stad Leuven, repliceert de verzoekende partij in haar memorie van wederantwoord dat de stad Leuven nog steeds op elk moment kan beslissen om een dienst kinderopvang te organiseren en dat personeelsleden van de dienst Kinderopvang van de verzoekende partij ook kunnen worden vergeleken met personeelsleden van een dienst kinderopvang georganiseerd op het niveau van een andere gemeente of stad.

De verzoekende partij betwist voorts het standpunt van de verwerende partij dat het aangeklaagde verschil in behandeling niet is toe te schrijven aan een betwistbare norm, maar aan een feitelijke situatie. Zij stelt dat het verschil in behandeling is toe te schrijven aan de betwistbare norm van artikel 138, § 1, eerste lid, van het besluit van de Vlaamse Regering van 12 november 2010. Volgens haar is er bijgevolg sprake van vergelijkbare categorieën, alsmede van een betwistbare norm, zodat aan het gelijkheidsbeginsel moet worden getoetst.

De verzoekende partij herhaalt ten slotte “[i]n ondergeschikte orde” haar verzoek om aan het Grondwettelijk Hof drie prejudiciële vragen te stellen.

23. In haar laatste memorie stelt de verzoekende partij met betrekking tot de eerste voorgestelde prejudiciële vraag nog dat de verwerende partij in de bestreden beslissing wél oordeelt dat met toepassing van artikel 229, § 1, tweede lid, van het OCMW-decreet niet kan worden afgeweken van artikel 138, § 1, van het besluit van de Vlaamse Regering van 12 november 2010. Volgens de verzoekende partij vertrekt de voorgestelde prejudiciële vraag dan ook niet vanuit een foutieve premisse en moet ze aan het Grondwettelijk Hof worden gesteld.

Wat de tweede en de derde voorgestelde prejudiciële vraag betreft, doet de verzoekende partij nog gelden dat deze samenhangen met de eerste prejudiciële vraag. Indien de eerste prejudiciële vraag positief wordt beantwoord, volgt daaruit dat de artikelen 138, § 1, eerste lid, en 139, eerste en tweede lid, van het besluit van de Vlaamse Regering van 12 november 2010 niet op een dwingende wijze mogen worden toegepast met betrekking tot de dienst Kinderopvang. De verzoekende partij beoogt echter met haar besluit van 23 november 2016 ook afwijkingen vast te stellen voor de diensten Thuiszorg en Ouderenzorg, waarover in het antwoord op de eerste prejudiciële vraag geen uitspraak zal worden gedaan. Louter op grond van het antwoord op de eerste prejudiciële vraag zou de verzoekende partij de voornoemde artikelen niet op een dwingende wijze mogen toepassen met betrekking tot de dienst Kinderopvang, maar wel met betrekking tot de diensten Ouderenzorg en Thuiszorg, wat opnieuw een ongerechtvaardigd verschil in behandeling zou impliceren. In dit opzicht dringt, aldus de verzoekende partij, de tweede prejudiciële vraag zich op. De verzoekende partij vervolgt dat indien het antwoord op de eerste twee prejudiciële vragen positief is, zij een ongerechtvaardigd verschil in behandeling zou kunnen vaststellen ten aanzien van het OCMW “voor wat betreft de personeelsleden die onder hetzelfde toepassingsgebied vallen van artikel 104, § 6, lid 1, van het OCMW-decreet”. In dat opzicht dringt volgens

de verzoekende partij ook de derde prejudiciële vraag zich op. Aldus meent zij ook belang te hebben bij de tweede en derde voorgestelde prejudiciële vragen.

Ten slotte stelt de verzoekende partij dat zelfs háár standpunt dat met toepassing van artikel 229, § 1, tweede lid, van het OCMW-decreet kan worden afgeweken van artikel 138, § 1, van het besluit van de Vlaamse Regering van 12 november 2010, eveneens op gespannen voet staat met het grondwettelijk gewaarborgd gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel. In dat geval impliceert de regeling van artikel 229, § 1, van het OCMW-decreet immers dat zij, in eerste instantie, de rechtspositieregeling van het OCMW moet overnemen en een onge-rechtvaardigd verschil in behandeling moet vaststellen, waarna zij slechts in tweede instantie dit ongerechtvaardigd verschil in behandeling kan verhelpen indien zij een afwijking voor een specifieke situatie vaststelt. Die techniek lijkt volgens de verzoekende partij niet te kunnen worden gerijmd met het grondwet-telijk gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel. Zij meent dan ook dat ook hier-over een prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof moet worden gesteld.

Beoordeling

24. De verzoekende partij voert in het middel met verwijzing naar haar eerste middel in essentie aan dat de verwerende partij ervan uitgaat dat het Zorgbedrijf Leuven gebonden is door artikel 138, § 1, eerste lid, van het besluit van de Vlaamse Regering van 12 november 2010, zonder mogelijkheid tot afwijking, waardoor zij gedwongen wordt een inbreuk te begaan op het grondwettelijk ge-lijkheids- en non-discriminatiebeginsel, namelijk door in haar rechtspositierege-ling een regeling op te nemen die een verschillende behandeling impliceert van de personeelsleden van haar dienst Kinderopvang vergeleken met de personeelsleden van de dienst Kinderopvang georganiseerd op het niveau van de stad Leuven.

Bij de beoordeling van het eerste middel is evenwel reeds ge-bleken dat de voormelde zienswijze van de verzoekende partij feitelijke grondslag

mist, zodat ook de beweerde, daaraan verbonden schending van het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel niet opgaat.

25. De door de verzoekende partij “[i]n ondergeschikte orde” in haar inleidend verzoekschrift gesuggereerde prejudiciële vragen, namelijk voor het geval dat de Raad van State het voormelde uitgangspunt dat zij toeschrijft aan de verwerende partij zou bijvallen, dienen om diezelfde reden alleen al, niet aan het Grondwettelijk Hof te worden gesteld.

26. Voor zover de verzoekende partij in haar laatste memorie nog doet gelden dat zelfs háár standpunt dat met toepassing van artikel 229, § 1, tweede lid, van het OCMW-decreet kan worden afgeweken van artikel 138, § 1, van het besluit van de Vlaamse Regering van 12 november 2010, eveneens op gespannen voet staat met het grondwettelijk gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel en zij voorstelt om dienaangaande een prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof te stellen, dient te worden opgeworpen dat een dergelijke vraag het belang van de verzoekende partij bij het middel en zelfs bij haar beroep te buiten gaat, zodat ze evenmin dient te worden gesteld.

27. Het derde middel kan niet worden aangenomen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing en van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 400 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 840 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van eenendertig maart tweeduizend twintig, door de Raad van State, IXe kamer, samengesteld uit:

Geert Van Haegendoren,	kamervoorzitter,
Bruno Seutin,	staatsraad,
Bert Thys,	staatsraad,
bijgestaan door	
Vera Wauters,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Vera Wauters

Geert Van Haegendoren