

KONINKRIJK BELGIË
-----ADVIES 43.608/3
VAN 23 OKTOBER 2007VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, derde kamer, op 19 september 2007 door de Vlaamse minister van Binnenlands Bestuur, Stedenbeleid, Wonen en Inburgering verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, verlengd tot 5 november 2007, van advies te dienen over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering "houdende de minimale voorwaarden voor de personeelsformatie, de rechtspositieregeling en het mandaatstelsel van het gemeentepersoneel en het provinciepersoneel en houdende enkele bepalingen betreffende de rechtspositie van de secretaris en de ontvanger van de openbare centra voor maatschappelijk welzijn", heeft het volgende advies gegeven:

1. Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, heeft de afdeling wetgeving zich toegespitst op het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

Daarnaast bevat dit advies ook een aantal opmerkingen over andere punten. Daaruit mag echter niet worden afgeleid dat de afdeling wetgeving binnen de haar toegemeten termijn een exhaustief onderzoek van het ontwerp heeft kunnen verrichten.

*
* *

STREKKING VAN HET ONTWERP

2. Het om advies voorgelegde ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering strekt er vooreerst toe, ter uitvoering van artikel 116, § 1, van het gemeentedecreet van 15 juli 2005 (hierna: het gemeentedecreet) en artikel 112, § 1, van het provinciedecreet van 9 december 2005 (hierna: het provinciedecreet), de minimale voorwaarden te bepalen die de gemeenten en de provincies moeten naleven bij het vaststellen van de personeelsformatie, de rechtspositieregeling en het mandaatstelsel van hun personeel.

Die minimale voorwaarden hebben een verschillende juridische binding. Zo wordt in bepaalde gevallen aan de gemeenten en de provincies uitdrukkelijk de keuze gelaten om een bepaalde aangelegenheid wel of niet in de rechtspositieregeling op te nemen, terwijl in andere gevallen zij ertoe worden verplicht een bepaalde aangelegenheid in die regeling op te nemen. Voor sommige aspecten van de rechtspositieregeling wordt dan weer de keuze gelaten tussen verschillende regelingen terwijl voor andere aspecten er ruimte is voor aanvulling of afwijking van de algemene regeling.

3. Daarnaast wordt met het ontwerp beoogd de rechtspositieregeling van de secretaris en de ontvanger van de openbare centra voor maatschappelijk welzijn (hierna: OCMW-secretaris en OCMW-ontvanger) te wijzigen. Die wijzigingen zijn voornamelijk terug te vinden in de titels I en X van het ontwerp.

.../...

4. De inhoud van de ontworpen regeling kan als volgt worden samengevat.

In titel I van het ontwerp wordt het toepassingsgebied bepaald en worden een aantal in het ontwerp gehanteerde begrippen gedefinieerd.

Titel II bevat de minimale voorwaarden voor het vaststellen van de personeelsformatie.

De titels III tot IX regelen verschillende aspecten van de rechtspositie van het gemeente- en het provinciepersoneel. Titel III bevat bepalingen met betrekking tot de loopbaan. Worden onder meer geregeld: de aanwerving, de bevordering, de proeftijd met het oog op de vaste aanstelling in statutair verband, de evaluatie, de personeelsvorming, de administratieve anciënniteit, de functionele loopbaan en de invulling van een vacature door interne personeelsmobiliteit. Titel IV bevat de minimale voorwaarden betreffende het mandaatsstelsel, het opdrachthouderschap en het waarnemen van een hogere functie. Titel V regelt de ambtshalve herplaatsing van het vast aangestelde statutaire personeelslid, zowel in een functie van dezelfde rang als in een functie van een lagere graad. Titel VI bepaalt de voorwaarden inzake het verlies van de hoedanigheid van statutair personeelslid en de definitieve ambtsneerlegging. Titel VII bevat bepalingen met betrekking tot het salaris, onder meer op het vlak van de salarisschalen, de toekenning van periodieke salarisverhogingen door het opbouwen van geldelijke anciënniteit, en de betaling van het salaris. Titel VIII bevat een regeling van de verschillende toelagen (onder meer een eindejaarstoelage, een toelage voor onregelmatige prestaties, een toelage voor het waarnemen van een hogere functie, een gevarentoelage, een permanentietoelage, een mandaattoelage, een opdrachthouderschapstoelage, een functioneringstoelage en een managementstoelage), de vergoeding voor reis- en verblijfkosten, de sociale voordelen (maaltijdcheques, een hospitalisatieverzekering, een vergoeding voor woon-werkverkeer en een begrafenisvergoeding) en de vergoeding van de conciërge. Titel IX regelt de verloven en de afwezigheden en bevat regelingen op het vlak van, onder meer, de jaarlijkse vakantiedagen, de feestdagen, het bevallings- en opvangverlof, het ziekteverlof, de disponibiliteit, het verlof voor deeltijdse prestaties, het verlof voor opdracht, het omstandigheidsverlof, het onbetaald verlof en de dienstvrijstellingen.

Titel X, ten slotte, bevat opheffings- en overgangsbepalingen en bepaalt de inwerkingtreding van de ontworpen regeling. Met uitzondering van enkele bepalingen treedt het besluit dat thans in ontwerpvorm voorligt, in werking op 1 januari 2008. Alle "plaatselijke" reglementaire bepalingen over de personeelsformatie, de rechtspositieregeling en het mandaatstelsel moeten uiterlijk op 1 januari 2009 met de bepalingen van dit besluit in overeenstemming worden gebracht of worden opgeheven.

RECHTSGROND

5. Voor de ontworpen regeling wordt een gediversifieerde rechtsgrond geboden.

5.1. De artikelen 3 tot 7 van het ontworpen besluit vinden rechtsgrond in artikel 116, § 1, 1/, van het gemeentedecreet en in artikel 112, § 1, 1/, van het provinciedecreet. Krachtens die bepalingen stelt de Vlaamse Regering de minimale voorwaarden vast voor de personeelsformatie van respectievelijk het gemeente- en het provinciepersoneel.

5.2. De artikelen 8 tot 79 en 92 tot 218 van het ontworpen besluit vinden rechtsgrond in artikel 116, § 1, 2/, van het gemeentedecreet en in artikel 112, § 1, 2/, van het provinciedecreet. Naar luid van die bepalingen stelt de Vlaamse Regering de minimale voorwaarden vast voor de rechtspositieregeling van respectievelijk het gemeente- en het provinciepersoneel.

5.3. De artikelen 80 tot 91 van het ontworpen besluit vinden rechtsgrond in artikel 116, § 1, 2/ en 3/, van het gemeentedecreet en in artikel 112, § 1, 2/ en 3/, van het provinciedecreet. Op grond van die bepalingen stelt de Vlaamse Regering de minimale voorwaarden vast voor de rechtspositieregeling van respectievelijk het gemeente- en het provinciepersoneel en voor de toepassing van een mandaatstelsel op dat personeel.

5.4. De artikelen 238 en 239 van het ontworpen besluit vinden rechtsgrond in respectievelijk artikel 313, § 1, van het gemeentedecreet en artikel 268 van het provinciedecreet.

5.5. De artikelen 219, 220, 222 tot 232, 234, 235 en 240, 1/ en 3/, vinden, als opheffings-, overgangs- of inwerkingtredingsbepaling, rechtsgrond in artikel 116, § 1, van het gemeentedecreet en in artikel 112, § 1, van het provinciedecreet.

5.6. De artikelen 1, § 2, 221, 236, 237 en 240, 2/, die betrekking hebben op de rechtspositie van de OCMW-secretaris en de OCMW-ontvanger, vinden rechtsgrond in artikel 42 van de organieke wet van 8 juli 1976 betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn.

6. In het eerste lid van de aanhef van het ontwerp wordt gerefereerd aan de wet van 14 februari 1961 voor economische expansie, sociale vooruitgang en financieel herstel. Op het eerste gezicht valt niet in te zien voor welke bepalingen van het ontworpen besluit deze wet rechtsgrond zou kunnen bieden. Uit het verslag aan de Vlaamse Regering blijkt dat met het ontworpen besluit een aantal uitvoeringsbesluiten die tot stand zijn gekomen op grond van reeds opgeheven bepalingen van die wet, formeel worden opgeheven. Voor dit laatste wordt de rechtsgrond evenwel geboden door artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen. Luidens dat artikel is de Regering bevoegd om de verordeningen te maken en de besluiten te nemen die voor de uitvoering van de decreten nodig zijn. Tot die bevoegdheid kan onder meer de bevoegdheid worden gerekend om een besluit formeel op te heffen als daarvoor geen rechtsgrond meer bestaat.

7. In het derde lid van de aanhef van het ontwerp wordt verwezen naar artikel 23 van de Nieuwe Gemeentewet. Met artikel 233 van het ontwerp wordt beoogd, bij wijze van overgangsmaatregel, de terminologie van het ontwerp af te stemmen op artikel 23 van de Nieuwe Gemeentewet, in afwachting dat dit artikel wordt opgeheven ter uitvoering van artikel 313, § 1, van het gemeentedecreet. Op zich biedt artikel 23 van de Nieuwe Gemeentewet echter geen rechtsgrond voor artikel 233 van het ontworpen besluit, nu het geen delegatie aan de Vlaamse Regering omvat.

Het in het zesde lid van de aanhef vermelde artikel 52 van het decreet van 7 juli 2006 tot wijziging van de organieke wet van 8 juli 1976 betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn, biedt op zich geen rechtsgrond voor artikel 233 van het ontworpen besluit, daar het evenmin een delegatie aan de Vlaamse Regering omvat.

Voor artikel 233 van het ontworpen besluit kan wel rechtsgrond worden gevonden in het voornoemde artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980, gelezen in samenhang met artikel 23 van de Nieuwe Gemeentewet en artikel 52 van het decreet van 7 juli 2006.

VORMVEREISTEN

8. Met toepassing van de artikelen 2 en 4, § 2, 2/, van het decreet van 28 april 2006 houdende de oprichting van de Vlaamse Adviesraad voor Bestuurszaken dient over het ontworpen besluit het advies te worden ingewonnen van bedoeld adviesorgaan, aangezien het in dit geval kennelijk om een ontwerp van basisuitvoeringsbesluit in de zin van voornoemd artikel 2 gaat.

Volgens de gemachtigde is bedoeld advies gevraagd op 3 oktober 2007. Indien door de Vlaamse Regering als gevolg van dit advies nog wijzigingen worden aangebracht in de thans om advies voorgelegde tekst van het ontwerp, dienen deze wijzigingen, met toepassing van artikel 3, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, nog om advies aan de afdeling wetgeving te worden voorgelegd.

In de aanhef van het ontwerp dient ook melding te worden gemaakt van het advies van de Vlaamse Adviesraad voor Bestuurszaken.

ALGEMENE OPMERKINGEN

De juridische binding van het ontworpen besluit

9. In het verslag aan de Vlaamse Regering (p. 2) wordt gesteld dat de minimale voorwaarden voor de personeelsformatie, de rechtspositieregeling en het mandaatstelsel van het gemeente- en het provinciepersoneel "geen rechtstreekse uitwerking" hebben op de leden van dat personeel, omdat de gemeente- en de provincieraden die minimale voorwaarden nog moeten verwerken in de rechtspositieregeling van hun personeel, en dit uiterlijk op 1 januari 2009.

Vraag is of deze redenering kan worden gevolgd. Het lijkt integendeel aannemelijk dat, indien na 1 januari 2009 zou blijken dat een rechtspositieregeling van een gemeente of een provincie niet of niet volledig in overeenstemming is met de bepalingen van het ontworpen besluit, sommige bepalingen van dat besluit, inzonderheid die welke op een ondubbelzinnige wijze rechten toekennen, zoals bijvoorbeeld het minimum aantal vakantiedagen of bepaalde vormen van omstandigheidsverlof, wel degelijk rechtstreekse werking zullen hebben ten aanzien van het personeel. Die rechten zullen dan ook in rechte kunnen worden afgedwongen.

Het beginsel van de lokale autonomie

10. De ontworpen regeling dient in overeenstemming te zijn met het grondwettelijke ¹ en internationaalrechtelijke ² beginsel van de lokale autonomie. Het personeelsbeleid, waartoe het vaststellen van de rechtspositieregeling moet worden gerekend, behoort immers tot de lokale autonomie van de provincies en de gemeenten ³.

11. In advies 42.186/AV ⁴ heeft de Raad van State, afdeling wetgeving, betreffende de toepassing van het beginsel van de lokale autonomie op het niveau van de uitvoerende macht het volgende gesteld:

(1) Zie de artikelen 41 en 162 van de Grondwet.

(2) Zie het Europees Handvest inzake lokale autonomie, gedaan te Straatsburg op 15 oktober 1985, inzonderheid artikel 6 ervan.

(3) Zie bijvoorbeeld, advies 15.933/9 van 9 mei 1984 over een voorontwerp dat geleid heeft tot de wet van 11 februari 1986 op de gemeentepolitie, *Parl. St.*, Kamer, 1984-85, nr. 1009/1, p. 14-15; advies 24.891/1 van 15 februari 1996 over een voorontwerp dat geleid heeft tot de wet van 13 april 1997 tot wijziging van de wet van 22 oktober 1990 tot vervanging van artikel 54 van de wetten op het toekennen van de academische graden en het programma van de universitaire examens, gecoördineerd bij het besluit van de Regent van 31 december 1949, *Parl. St.*, Kamer, 1995-96, nr. 655/1, p. 6-7. Zie in dat verband ook: J. VELAERS, *De Grondwet en de Raad van State, afdeling wetgeving*, Antwerpen, 1999, 533-534.

(4) Advies 42.186/AV van 6 februari 2007 over een voorstel van bijzondere wet tot wijziging van artikel 1 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof, teneinde het hof bevoegd te maken voor de toetsing aan de artikelen 41 en 162 van de Grondwet inzake de gemeentelijke en provinciale autonomie, *Parl. St.*, Senaat, 2004-05, nr. 3-1054/2, p. 6 en 8.

"Aangezien de beoordelingsbevoegdheid inzake het behoud van een bevoegdheid op lokaal niveau in wezen toekomt aan de bevoegde wetgevers, kunnen ze de uitoefening van bepaalde bevoegdheden daarenboven toevertrouwen aan de Koning of aan de gemeenschaps- en gewestregeringen. Ministers kunnen op hun beurt bij besluit gemachtigd worden om bepaalde bevoegdheden uit te oefenen, in het bijzonder die welke verband houden met het stellen van individuele handelingen of handelingen met een beperkte strekking. Dat is ook het geval inzake het toezicht.

Moeilijkheden uit het oogpunt van de afbakening van het begrip lokaal belang enerzijds en algemeen belang anderzijds kunnen dus ook rijzen op het vlak van de uitoefening van bevoegdheden die toegekend worden aan de uitvoerende macht, waarbij de machtigingen beoordeeld moeten worden in het licht van het grondwettelijk beginsel van de lokale autonomie.

(...)

Ten slotte dient erop gewezen te worden dat de machtigingen verleend aan de uitvoerende macht ten uitvoer moeten worden gelegd met eerbiediging van de beginselen afgeleid uit de lokale autonomie, en dat bijgevolg een rechterlijke toetsing van de eerbiediging van die beginselen uitgeoefend wordt door de afdeling administratie van de Raad van State op basis van artikel 160 van de Grondwet en artikel 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, en door alle rechtscolleges op basis van artikel 159 van de Grondwet."

In hetzelfde advies heeft de afdeling wetgeving gesteld dat "het begrip lokale autonomie [in essentie] zowel het onderwerp van de handelingen die door de plaatselijke overheden worden gesteld, als de werkingssfeer ervan [bepaalt]", maar dat "deze principiële autonomie (...) evenwel niet absoluut [is]" en door de wetgever kan worden beperkt en verder dat "(v)an deze mogelijkheid waarover de bevoegde wetgever beschikt om de lokale autonomie te beperken, op zijn beurt niet onbegrensd gebruik [kan] worden gemaakt".

Uit de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof kan worden afgeleid dat een inbreuk op de lokale autonomie slechts strijdig is met de grondwettelijke beginselen ter zake, indien deze inbreuk "kennelijk onevenredig" is. Dat zou, volgens het Hof, bijvoorbeeld het geval zijn indien de inbreuk ertoe zou leiden dat aan de provincies (of de gemeenten) het geheel of de essentie van hun bevoegdheden wordt onttrokken, of indien de beperking van de bevoegdheid niet zou kunnen worden verantwoord door het feit dat die beter zou worden uitgeoefend op een ander bevoegdheidsniveau ^{5 6}.

⁽⁵⁾ Grondwettelijk Hof, nr. 95/2005, 25 mei 2005, B.26.

⁽⁶⁾ Zie ook M. BOES, Het gemeentedecreet. Algemeen kader, in J. DUJARDIN (ed.), *Gemeente- en Provinciedecreet*, Brugge, 2006, 27-28.

12. Rekening houdende met hetgeen hiervoor is opgemerkt met betrekking tot de draagwijdte van het beginsel van de lokale autonomie, is de afdeling wetgeving van oordeel dat de ontworpen regeling geen afbreuk doet aan dat beginsel. Niettemin verdient het aanbeveling om in het verslag aan de Vlaamse Regering dienaangaande een verantwoording op te nemen.

Het nationaliteitsvereiste

13. Artikel 10, eerste lid, 3/, van het ontwerp bepaalt dat, om toegang te hebben tot een functie bij een gemeentebestuur of een provinciebestuur (hierna: het bestuur), de kandidaten voor een statutaire functie moeten voldoen aan het nationaliteitsvereiste zoals vastgesteld in de Europese en Belgische wetgeving ter zake, en de kandidaten voor een contractuele functie Belg moeten zijn als de uit te oefenen functie een rechtstreekse of onrechtstreekse deelname aan de uitoefening van het openbaar gezag inhoudt of werkzaamheden omvat die strekken tot de vrijwaring van de belangen van het bestuur.

De afdeling wetgeving heeft in het verleden reeds meermaals gesteld dat krachtens artikel 10, tweede lid, van de Grondwet, naar luid waarvan alleen de Belgen tot de burgerlijke en de militaire bedieningen benoembaar zijn behoudens de uitzonderingen die voor bijzondere gevallen door een wet kunnen worden gesteld, enkel de decreetgever, en niet de Vlaamse Regering kan afwijken van het nationaliteitsvereiste voor benoeming in een overheidsbetrekking. Artikel 10, eerste lid, 3/, dient bijgevolg volledig ⁷ uit het ontwerp te worden weggelaten.

14. De regeling zou bovendien, zoals ze thans voorligt, om de hierna volgende redenen evenmin door de decreetgever tot stand kunnen worden gebracht.

(7) Het nationaliteitsvereiste geldt ook voor contractuele functies. Zie in dat verband: C. HOREVOETS, "La condition de nationalité comme condition d'accès aux emplois publics", in *Les agents contractuels dans la fonction publique régionale*, Brussel, 1997, 248; B. WEEKERS, "De toegang van niet-Belgen tot de Belgische publieke sector", *T. Gem.* 2005, (p. 5) 7, inzonderheid randnummer 9.

14.1. De in artikel 10, tweede lid, van de Grondwet aan de wetgevende macht verleende bevoegdheid heeft betrekking op "bijzondere gevallen". Een afwijking van het nationaliteitsvereiste kan bijgevolg slechts, onverminderd hetgeen voortvloeit uit het Europese Gemeenschapsrecht (zie opmerking 14.3), worden toegestaan rekening houdende met de eigen kenmerken van elke soort "bediening" afzonderlijk. De wetgever kan dus niet op een algemene wijze afwijken van het beginsel dat de Belgische nationaliteit vereist is, maar hij moet integendeel zijn bevoegdheid telkens *in concreto* uitoefenen ⁸. Weliswaar verzet artikel 10, tweede lid, van de Grondwet zich niet tegen het verlenen van een afwijking voor categorieën van overheidsbetrekkingen. Niettemin moet de wetgever nauwkeurig aangeven voor welke bijzondere gevallen het voorrecht van de Belgen moet wijken. Een wet, een decreet of een ordonnantie die in een uitzondering op de regel zou voorzien, zonder het geval of de gevallen voldoende nauwkeurig te omschrijven, is niet verenigbaar met de Grondwet ⁹.

Te dezen beperkt het ontwerp zich ertoe, enerzijds, een onderscheid te maken op basis van de juridische aard van de gezagsverhouding, en, anderzijds, in heel algemene bewoordingen, die in feite niets toevoegen aan hetgeen reeds volgt uit de bestaande rechtspraak ter zake, de functies te omschrijven waarvoor het nationaliteitsvereiste geldt. Op die wijze wordt voorbijgegaan aan het voorschrift van artikel 10, tweede lid, van de Grondwet ¹⁰. Dat één en ander wel omstandiger wordt omschreven in het verslag aan de Vlaamse Regering, vermag hieraan niet te verhelpen.

(8) Advies 35.857/VR van 9 oktober 2003 over een voorontwerp van decreet tot verruiming van de nationaliteitsvoorwaarde voor de toegang tot vaste betrekkingen in sommige Vlaamse openbare diensten, *Parl. St.*, Vl. Parl., 2003-04, nr. 2055/1, p. 19; zie ook advies 26.661/1/V van 7 augustus 1997 over een voorstel van decreet houdende instelling van de Vlaamse ombudsdienst, *Parl. St.*, Vl. Parl., 1996-97, nr. 720/2, p. 22;

(9) Advies 35.857/VR van 9 oktober 2003, *l.c.*, p. 20; zie ook reeds advies 18.564/2 van 11 juli 1988 over een voorstel van wet op de gelijkstelling en de gelijke behandeling van vreemdelingen en Belgen, *Parl. St.*, Kamer, B.Z. 1988, nr. 331/2, p. 2.

(10) Voor een gelijkaardig toepassingsgeval, zie advies 35.857/VR van 9 oktober 2003, *l.c.*, p. 20.

14.2. Uit de door de Grondwet gevestigde verhouding tussen het beginsel en de uitzondering, op het vlak van de benoembaarheid tot de burgerlijke en de militaire bedieningen, volgt dat de wetgever niet zover mag gaan dat de gelijkstelling van vreemdelingen met Belgen het beginsel wordt, en het voorrecht van de Belgen de uitzondering ¹¹.

Uit de ontworpen regeling, zoals verduidelijkt in het verslag aan de Vlaamse Regering, blijkt dat de algemene toegankelijkheid van overheidsfuncties voor (bepaalde) vreemdelingen de regel moet zijn, wat meteen inhoudt dat de verhouding tussen regel en uitzondering, zoals bedoeld in artikel 10, tweede lid, van de Grondwet, in feite wordt omgekeerd. Ook vanuit dit oogpunt bekeken, strookt de ontworpen regeling niet met het voornoemde grondwettelijke voorschrift ¹².

14.3. Uit het Europese recht ter zake volgt dat onderdanen van lidstaten van de Europese Unie, van lidstaten van de Europese Economische Ruimte (EER) of van de Zwitserse Bondsstaat slechts aan een nationaliteitsvereiste kunnen worden onderworpen voor betrekkingen die een rechtstreekse of onrechtstreekse deelneming aan de uitoefening van het openbaar gezag inhouden, en die werkzaamheden omvatten ter bescherming van de algemene belangen van de staat of van andere openbare lichamen. Het valt te betwijfelen of de omschrijving in artikel 10, eerste lid, 3/, van het ontwerp, "zoals vastgesteld in de Europese (...) wetgeving", ter zake voldoende duidelijk is.

⁽¹¹⁾ Advies 35.857/VR van 9 oktober 2003, *l.c.*, p. 20; zie ook reeds advies 18.564/2 van 11 juli 1988, *l.c.*, p. 2.

⁽¹²⁾ Opdat de ontworpen regeling zou kunnen worden aangenomen, is vereist dat eerst de Grondwet in die zin wordt gewijzigd. Voor zoveel nodig wordt eraan herinnerd dat artikel 10, tweede lid, tweede zinsdeel, van de Grondwet in de verklaring tot herziening van de Grondwet van 27 april 2007 en 1 mei 2007 aangemerkt wordt als een voor herziening vatbare bepaling (*B.S.*, 2 mei 2007).

Het legaliteitsbeginsel

15. Sommige bepalingen van het ontwerp kennen verordenende bevoegdheid toe hetzij aan de gemeenteraad en de provincieraad (hierna: de raad), hetzij aan de uitvoerende organen ervan. Vraag is of dit niet op gespannen voet staat met het legaliteitsbeginsel opgenomen in artikel 162, eerste lid, van de Grondwet, naar luid waarvan de provinciale en gemeentelijke instellingen "bij de wet" worden geregeld, en vervolgens met de bevoegdheidsverdeling tussen de raad en het uitvoerend orgaan zoals bepaald in het gemeente- en het provinciedecreet.

15.1. Met betrekking tot artikel 162, eerste lid, van de Grondwet heeft het Grondwettelijk Hof het volgende gesteld:

"B.12.6. Artikel 162, eerste lid, van de Grondwet (het vroegere artikel 108, eerste lid, van de Grondwet) is, hoewel het een redactionele aanpassing onderging bij de grondwetswijziging van 20 juli 1970, naar inhoud ongewijzigd gebleven sedert 1831. Uit het gebruik van de woorden «bij de wet» (in de oorspronkelijke redactie «door wetten») in die bepaling, kan niet worden afgeleid dat de Grondwetgever aldus aan de federale wetgever een aangelegenheid heeft willen voorbehouden, nu hij pas met de grondwetswijziging van 24 december 1970 is overgegaan tot de oprichting van gemeenschappen en gewesten, hij op die datum aan de gemeenschappen een bevoegdheid van wetgevende aard heeft toegekend en hij op latere datum - bij de grondwetswijziging van 17 juli 1980 in artikel 134 (het vroegere artikel 26*bis*) - de uitdrukkelijke mogelijkheid heeft gecreëerd voor de gewesten om dergelijke bevoegdheid uit te oefenen.

Met het gebruik van de woorden «bij de wet» heeft de Grondwet alleen die aangelegenheid willen uitsluiten uit de bevoegdheid van de uitvoerende macht zodat de bijzondere wetgever de gewesten de regeling van die aangelegenheid kan toekennen, mits zulks uitdrukkelijk en nauwkeurig gebeurt.

(...)

B.12.7. De voormelde bepalingen staan derhalve niet eraan in de weg dat de bijzondere wetgever met toepassing van artikel 39 van de Grondwet aan de gewesten de bevoegdheid toekent voor de regeling bij decreet of ordonnantie van de samenstelling, de verkiezing, de organisatie, de bevoegdheid en de werking van de provinciale en gemeentelijke instellingen met inachtneming van de beginselen vervat in de artikelen 41 en 162 van de Grondwet" ¹³.

⁽¹³⁾ Grondwettelijk Hof, nr. 35/2003, 25 maart 2003, B.12.6 en B.12.7.

15.2. Uit de voornoemde rechtspraak valt af te leiden dat het aan de decreetgever, en niet aan de Vlaamse Regering, toekomt om de bevoegdheden van de gemeentelijke en de provinciale instellingen te regelen. In dat verband dient, wat de bevoegdheid inzake het vaststellen van de personeelsformatie en de rechtspositieregeling betreft, te worden gewezen op de artikelen 43, § 2, 4/, en 105, § 1, van het gemeentedecreet en de artikelen 43, § 2, 4/, en 101, § 1, van het provinciedecreet, waarin die bevoegdheid uitdrukkelijk wordt toegewezen aan respectievelijk de gemeenteraad en de provincieraad.

15.3. Voor zover in de ontworpen regeling, op het vlak van het vaststellen van de rechtspositieregeling, bevoegdheden worden toegekend aan de raad, die het hiervoor geschetste decretale kader niet te buiten gaan, doet het ontwerp geen probleem rijzen. Echter, in de mate dat met het ontwerp op dat vlak (verordenende) bevoegdheden worden toegekend aan het uitvoerend orgaan van het bestuur, wordt met het ontwerp afbreuk gedaan aan de in voornoemde decretale bepalingen geconcipieerde bevoegdheidsverdeling tussen de raad en het uitvoerend orgaan op dat vlak. Dit is met name het geval in de artikelen 139, § 2, laatste lid, 145, tweede lid, 155 en 179, § 2, van het ontwerp. Deze bepalingen dienen bijgevolg zodanig te worden omgewerkt dat de erin bedoelde bevoegdheden worden toegewezen aan de raad. Het komt vervolgens aan de raad toe om, in overeenstemming met de in het gemeente- of het provinciedecreet bepaalde bevoegdheidsverdeling tussen de raad en het uitvoerend orgaan, te beslissen welk van deze organen die bevoegdheden effectief uitoefent ¹⁴.

De beginselen van de gelijkheid en de niet-discriminatie

16. Sommige bepalingen van het ontwerp hebben een verschillende behandeling van categorieën van personen tot gevolg, zo bijvoorbeeld van statutaire personeelsleden enerzijds en contractuele personeelsleden anderzijds. Uit de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof en de adviespraktijk van de afdeling wetgeving van de Raad van State blijkt dat de grondwettelijke regels van de gelijkheid en de niet-discriminatie niet uitsluiten dat een verschil in behandeling tussen categorieën van personen wordt

⁽¹⁴⁾ Uit artikel 43, § 2, 4/, van het gemeentedecreet en artikel 43, § 2, 4/, van het provinciedecreet volgt evenwel dat op het vlak van het vaststellen van de rechtspositieregeling van het personeel een delegatie aan het uitvoerend orgaan is uitgesloten.

ingesteld, voor zover dat verschil op een objectief criterium berust en het redelijk verantwoord is. Het bestaan van een dergelijke verantwoording moet worden beoordeeld rekening houdende met het doel en de gevolgen van de betwiste maatregel en met de aard van de ter zake geldende beginselen; het gelijkheidsbeginsel is geschonden wanneer vaststaat dat er geen redelijk verband van evenredigheid bestaat tussen de aangewende middelen en het beoogde doel.

Hierna volgt een onderzoek van het ontwerp op het vlak van de gelijke toegang tot het openbaar ambt.

17.1. De grondwettelijke beginselen van de gelijkheid en de niet-discriminatie vereisen dat aan eenieder een gelijke toegang tot het openbaar ambt wordt gewaarborgd. Dit beginsel verplicht het bestuur ertoe - hetgeen uitdrukkelijk wordt bevestigd in artikel 105, § 2, 3/, van het gemeentedecreet en in artikel 101, § 2, 3/, van het provinciedecreet - om op een objectieve wijze de aanspraken van de verschillende kandidaten te vergelijken en bij indienstneming de voorrang te geven aan diegene die vanuit het oogpunt van het algemeen belang de meest geschikte kandidaat is ¹⁵. Het voorliggende ontwerp bevat de minimale regels die gelden voor de toegang tot betrekkingen in de gemeentelijke en de provinciale overheidsdiensten, welke regels in het algemeen bedoeld lijken te zijn om de gelijke toegang tot het "plaatselijk" openbaar ambt te waarborgen. Een afwijking van het hiervoor bedoelde voorschrift kan slechts worden gebillijkt indien daarvoor een rechtens aanvaardbare verantwoording kan worden gegeven, meer bepaald wat betreft het pertinente karakter van het gehanteerde criterium van onderscheid en het evenredigheidsverband tussen het aangewende middel en het beoogde doel.

(15) Zie bijvoorbeeld advies 39.103/3 van 4 oktober 2005 over een voorontwerp dat geleid heeft tot het decreet van 31 maart 2006 tot overname van personeelsleden van VZW Info-Toerisme door het Intern Verzelfstandigd Agentschap Toerisme Vlaanderen, *Parl. St.*, Vl. Parl. 2005-06, nr. 643/1; zie ook R.v.St., Messens, nr. 60.526, 26 juni 1996.

17.2. Een ander aspect van het beginsel van de gelijke toegang tot het openbaar ambt is het beginsel dat voorafgaand aan de aanwerving een openbare oproep tot de kandidaten wordt bekendgemaakt. Artikel 14, § 1, van het ontwerp legt voor elke aanwerving uitdrukkelijk de verplichting op om een openbare oproep tot de kandidaten te richten. Artikel 14, § 2, bepaalt echter twee gevallen waarin deze verplichting niet geldt. De stellers van het ontwerp doen er goed aan voor deze gevallen, waarin wordt afgeweken van de algemene regel, in het verslag aan de Vlaamse Regering een verantwoording te verstrekken in de hiervoor aangegeven zin.

17.3. De gelijke toegang tot het openbaar ambt wordt voorts gewaarborgd door het beginsel dat niemand als ambtenaar kan worden aangeworven tenzij hij houder is van een diploma of een studiegetuigschrift dat overeenstemt met het niveau van de te begeven betrekking. Afwijkingen op dit beginsel kunnen slechts worden aanvaard op voorwaarde dat zij steunen op objectieve en in redelijkheid te verantwoorden motieven. Artikel 12 van het ontwerp voorziet in de mogelijkheid van een dergelijke afwijking, doch onder strikte voorwaarden en op grond van nauwkeurig omschreven motieven. Op die wijze kan artikel 12 geacht worden in overeenstemming te zijn met dat beginsel ¹⁶.

17.4. Artikel 19, § 1, 6/, b), van het ontwerp geeft aan het bestuur uitdrukkelijk de mogelijkheid om in de selectieprocedure een discretionaire bevoegdheid te laten voor de "aanstellende overheid". Op die wijze krijgt het bestuur echter de mogelijkheid om af te wijken van de regel dat de meest geschikte kandidaat wordt geselecteerd op grond van de resultaten van een vergelijkend examen of een vergelijkende selectie, een regel die steeds is beschouwd als een essentiële waarborg voor de objectiviteit van de aanwervingen.

17.5. Artikel 28 van het ontwerp bepaalt dat ten minste 2 percent van het totale aantal betrekkingen binnen het bestuur wordt vervuld door personen met een arbeidshandicap die aan bepaalde voorwaarden voldoen. Artikel 29 bepaalt dat functies kunnen worden gereserveerd voor personen met een arbeidshandicap om het vastgestelde aantal te bereiken.

⁽¹⁶⁾ Zie in dit verband evenwel opmerking 45 met betrekking tot artikel 221.

Vraag is of zulk een regeling in overeenstemming is met het beginsel van de gelijke toegang tot het openbaar ambt, aangezien eruit volgt dat sommige betrekkingen alleen worden toegewezen aan personen met een arbeidshandicap. In het verleden heeft de Raad van State, afdeling wetgeving, reeds aangenomen dat quota bij de toegang tot overheidsbetrekkingen slechts aanvaardbaar zijn wanneer het gaat om personeel dat wordt aangesteld in betrekkingen die zodanig zijn dat zij uitsluitend aan een bepaalde categorie van personen kunnen worden toegewezen¹⁷. Te dezen lijkt aan die voorwaarde niet te zijn voldaan.

Een dergelijke maatregel zou wel kunnen worden beschouwd als een maatregel van positieve actie (of "corrigerende ongelijkheid"). In dat geval dient de maatregel wel te beantwoorden aan de voorwaarden die het Grondwettelijk Hof aan het invoeren van dergelijke maatregelen verbindt, met name (1) dat er een kennelijke ongelijkheid bestaat, (2) dat het verdwijnen van deze ongelijkheid door de wetgever als een te bevorderen doelstelling wordt aangewezen, (3) dat deze maatregelen van tijdelijke aard zijn en verdwijnen wanneer het door de wetgever beoogde doel is bereikt en (4) dat deze maatregelen andermans rechten niet onnodig beperken¹⁸.

Het is niet duidelijk of de ontworpen maatregel volledig in die voorwaarden kan worden ingepast. Het verdient dan ook aanbeveling om deze maatregel in het licht van die voorwaarden te verantwoorden in het verslag aan de Vlaamse Regering.

Terugwerkende kracht

18. Artikel 240, 1/ en 2/, van het ontwerp bepaalt dat de artikelen 122, 124, 221, 236 en 237 uitwerking hebben met ingang van 1 januari 2007.

⁽¹⁷⁾ Advies 20.679/9 van 7 mei 1991 over een voorontwerp dat geleid heeft tot de wet van 18 juli 1991 tot wijziging van de wet van 2 december 1957 op de rijkswacht en van de wet van 27 december 1973 betreffende het statuut van het personeel van het actief kader van het operationeel korps van de rijkswacht en houdende demilitarisering van de rijkswacht, *Parl. St.*, Senaat, 1990-91, nr. 1342/1, p. 47-48; zie ook J. VELAERS, o.c., 78.

⁽¹⁸⁾ Grondwettelijk Hof, nr. 9/94, 27 januari 1994, B.6.2; Grondwettelijk Hof, nr. 157/2004, 6 oktober 2004, B.79.

18.1. Het is bekend dat het verlenen van terugwerkende kracht aan besluiten slechts toelaatbaar is ingeval voor de retroactiviteit een wettelijke grondslag bestaat, de retroactiviteit betrekking heeft op een regeling die met inachtneming van het gelijkheidsbeginsel voordelen toekent of in zoverre de retroactiviteit noodzakelijk is voor de goede werking van de diensten en daardoor, in beginsel, geen verkregen situaties worden aangetast.

Enkel wanneer de hiervoor vermelde artikelen van het ontwerpbesluit kunnen worden ingepast in een van die gevallen, kan de terugwerkende kracht worden gebillijkt.

18.2. De terugwerkende kracht van de artikelen 221, 236 en 237 van het ontwerp heeft tot gevolg dat de huidige rechtspositieregeling van de OCMW-secretarissen en de OCMW-ontvangers met ingang van 1 januari 2007 - derhalve retroactief - wordt opgeheven en dat vanaf die datum voor die personeelsleden nieuwe salarisschalen worden ingevoerd. Die salarisschalen zijn weliswaar niet minder gunstig dan de huidige, doch worden niet langer gekoppeld aan de salarisschalen van de gemeentesecretaris en -ontvanger. Op die wijze wordt met het ontwerp retroactief afbreuk gedaan aan een voordeel dat bedoelde personeelsleden aan de huidige regeling, opgenomen in het koninklijk besluit van 20 juli 1993 tot vaststelling van de algemene bepalingen inzake het administratief en geldelijk statuut van de secretarissen en de ontvangers van de openbare centra voor maatschappelijk welzijn, kunnen ontlenen. De retroactieve opheffing van het besluit van 20 juli 1993 lijkt bovendien tot gevolg te kunnen hebben dat OCMW-besturen sinds 1 januari 2007 normen hebben toegepast waarvan nu komt vast te staan dat zij met ingang van die datum geen uitwerking meer hadden. Op dat punt is de terugwerkende kracht in strijd met het vertrouwensbeginsel, dat impliceert dat het recht voorzienbaar moet zijn zodat iedereen op het ogenblik dat hij een handeling stelt weet waar hij aan toe is.

De conclusie uit hetgeen voorafgaat is dat de terugwerkende kracht van de artikelen 221, 236 en 237 van het ontwerp geen doorgang kan vinden.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

Aanhef

19. Overeenkomstig hetgeen in verband met de rechtsgrond voor het ontworpen besluit is opgemerkt (opmerkingen 6 en 7), dient in de aanhef een (nieuw) eerste lid te worden ingevoegd, waarin wordt verwezen naar artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen.

20. Gelet op opmerking 6 dient het huidige eerste lid uit de aanhef te worden weggelaten.

21. Rekening houdende met opmerking 5.4 dient *in fine* van het vijfde lid van de aanhef te worden verwezen naar artikel 268, en niet naar artikel 264 van het provinciedecreet.

Artikel 1

22. Aangezien in het gemeentedecreet en het provinciedecreet geen citeertitel is bepaald, dient in artikel 1, § 1, de data van deze decreten te worden vermeld.

Nu ook in de volgende artikelen van het ontworpen besluit telkens wordt verwezen naar "het gemeentedecreet" en "het provinciedecreet", verdient het aanbeveling die begrippen in artikel 2 te omschrijven.

23. In artikel 1, § 2, eerste lid, worden de artikelen van het ontwerp vermeld die uitsluitend van toepassing zijn op de OCMW-secretaris en de OCMW-ontvanger.

Zoals die bepaling is geredigeerd, wordt daardoor verkeerdelijk de indruk gewekt dat de andere artikelen van het ontwerp ook van toepassing zijn op de OCMW-secretaris en de OCMW-ontvanger, terwijl dit wordt tegengesproken door artikel 1, § 1, eerste lid, en artikel 1, § 2, tweede lid, van het besluit dat thans in ontwerpvorm voorligt.

Die tegenspraak dient in het ontwerp te worden weggewerkt.

24. Aangezien de artikelen 221, 236, 237 en 240, 2/, van het ontwerp enkel de OCMW-secretaris en de OCMW-ontvanger betreffen, is het aangewezen die artikelen onder te brengen in een afzonderlijke titel van het ontworpen besluit.

Artikel 2

25. In artikel 2, 2/, wordt het begrip "aanstellende overheid" omschreven.

Wat de aanstelling van het personeel betreft, wordt in artikel 106, eerste lid, van het gemeentedecreet het college van burgemeester en schepenen uitdrukkelijk aangewezen als "aanstellende overheid", behoudens in de gevallen waarin door of krachtens de wet of het decreet die bevoegdheid aan de gemeenteraad is opgedragen. In artikel 106, tweede lid, van het gemeentedecreet wordt het college van burgemeester en schepenen gemachtigd om de uitoefening van die bevoegdheid toe te vertrouwen aan de gemeentesecretaris.

Artikel 102, eerste en tweede lid, van het provinciedecreet voorziet, *mutatis mutandis*, in een gelijklopende bepaling wat de bevoegdheid van de deputatie en de provinciegriffier als aanstellende overheid betreft.

Gelet op de voornoemde artikelen dient in artikel 2, 2/, e) en f), van het ontwerp dan ook te worden verwezen naar respectievelijk artikel 106 van het gemeentedecreet en artikel 102 van het provinciedecreet in plaats van naar artikel 58 van het gemeentedecreet en artikel 58 van het provinciedecreet.

26. In artikel 2, 19/, wordt het begrip "gezondheidsindex" gedefinieerd als volgt:

"het indexcijfer overeenkomstig de wet van 1 maart 1977 houdende inrichting van een stelsel waarbij sommige uitgaven in de overheidssector aan het indexcijfer van de consumptieprijzen van het rijk worden gekoppeld, gewijzigd bij het koninklijk besluit nr. 178 van 30 december 1982 en met behoud van de toepassing van 2 van het koninklijk besluit van 24 december 1993 ter uitvoering van de wet van 6 januari 1989 tot vrijwaring van 's lands concurrentievermogen. De toelagen, vergoedingen en sociale voordelen tegen 100 % worden gekoppeld aan het spilindexcijfer 138,01".

De term "gezondheidsindex", dat geen vaststaand juridisch begrip is, verwijst naar het prijsindexcijfer dat berekend wordt voor de toepassing van artikel 2 van het koninklijk besluit van 24 december 1993 ter uitvoering van de wet van 6 januari 1989 tot vrijwaring van 's lands concurrentievermogen, bekrachtigd bij de wet van 30 maart 1994 houdende sociale bepalingen. Krachtens dat artikel 2 dient met ingang van 1 januari 1994 bij de koppeling van de lonen aan het indexcijfer der consumptieprijzen, het prijsindexcijfer in aanmerking te worden genomen dat daartoe berekend en benoemd wordt. Aangezien overeenkomstig artikel 1, § 2, 5/, van het koninklijk besluit van 24 december 1993, artikel 2 van hetzelfde koninklijk besluit ook van toepassing is op de administraties en diensten van de provincies en gemeenten moet, om in overeenstemming te zijn met die bepaling, de in artikel 2, 19/, van het ontwerp bedoelde koppeling derhalve worden geredigeerd als een koppeling aan het indexcijfer zoals hiervoor omschreven.

Artikel 4

27. In artikel 4 en volgende van het ontwerp wordt vaak het begrip "betrekking" gehanteerd. In het verslag aan de Vlaamse Regering wordt dit begrip nader toegelicht ¹⁹.

De Raad van State geeft de stellers van het ontwerp ter overweging om het begrip "betrekking" in artikel 2 van het ontwerp nader te omschrijven.

⁽¹⁹⁾ Verslag aan de Vlaamse Regering, p. 13-17.

Artikel 10

28. Zoals in het verslag aan de Vlaamse Regering wordt vermeld ²⁰, wordt in het ontwerp vanaf artikel 10 frequenter het begrip "functie" gebruikt. In datzelfde verslag wordt opgemerkt dat het begrip "functie", in vergelijking met het begrip "betrekking", "iets meer [verwijst] naar de taakinhoud" ²¹. Desalniettemin wordt in dat verslag benadrukt dat het "echter niet de bedoeling [is] dat dit nuanceverschil aanleiding geeft tot niet ter zake doende *a-contrario*-interpretaties" ²².

Met het oog op de rechtszekerheid verdient het daarom aanbeveling ook het begrip "functie" in artikel 2 van het ontwerp nader te omschrijven.

29. Luidens artikel 10, derde lid, moet de medische geschiktheid van de kandidaat, vermeld in het eerste lid, 4/, van dit artikel, vaststaan op het ogenblik dat is bepaald in de "welzijnswetgeving".

Nu uit de context van artikel 10 duidelijk blijkt dat het de bedoeling is om in het derde lid van dat artikel te refereren aan de wetgeving betreffende het welzijn van de werknemers op het werk, en bovendien het begrip "welzijnswetgeving" een veel ruimere betekenis heeft, moet in artikel 10, derde lid, dan ook worden verwezen naar "de wetgeving betreffende het welzijn van de werknemers op het werk".

⁽²⁰⁾ Verslag aan de Vlaamse Regering, p. 14.

⁽²¹⁾ Verslag aan de Vlaamse Regering, p. 14.

⁽²²⁾ Verslag aan de Vlaamse Regering, p. 14.

Artikel 11

30. Artikel 11, § 1, bepaalt dat om in aanmerking te komen voor aanwerving, de kandidaten moeten voldoen aan de vereisten over de taalkennis en moeten slagen voor de selectieprocedure. Bovendien moeten de kandidaten voor een functie in de technische hogere rang van niveau D, onder meer "desgewenst, voldoen aan een diplomavereiste" (artikel 11, § 2, eerste lid, 3/, a)).

Het bepaalde in artikel 11, § 2, eerste lid, 3/, a), lijkt echter in tegenspraak te zijn met artikel 6, tweede lid, 4/, en artikel 11, § 2, tweede lid, van het ontwerp. Luidens de eerste bepaling geldt immers voor niveau D geen diplomavereiste. Luidens de tweede bepaling komen alleen de diploma's die per niveau worden vermeld in bijlage I bij het besluit dat thans in ontwerpvorm voorligt, bij aanwerving in aanmerking. In die bijlage I is evenwel uitdrukkelijk bepaald dat voor niveau D geen diploma of studiegetuigschrift is vereist.

Dat gebrek aan overeenstemming dient te worden weggewerkt.

Artikel 21

31. Naar luid van artikel 21, tweede volzin, hebben de kandidaten op hun verzoek toegang tot de selectieresultaten in overeenstemming met de bepalingen van het decreet van 26 maart 2004 betreffende de openbaarheid van bestuur.

Die bepaling is op een onduidelijke wijze geformuleerd en schept bovendien verwarring. Zo is het bijvoorbeeld niet duidelijk welke bepalingen van het voornoemde decreet van 26 maart 2004 precies op de toegang tot de selectieresultaten van toepassing worden verklaard. Bovendien vallen de gemeente- en de provinciebesturen reeds onder het toepassingsgebied van het decreet van 26 maart 2004, waardoor de ontworpen bepaling overbodig is.

Artikel 50

32. Artikel 50, § 1, eerste lid, bepaalt dat de raad een beroepsinstantie vaststelt waarbij het personeelslid hoger beroep kan aantekenen tegen de ongunstige evaluatie door zijn evaluator. Luidens artikel 50, § 1, derde lid, dient onder ongunstige evaluatie te worden verstaan: "de evaluatie met het evaluatieresultaat ongunstig of, als het evaluatieresultaat ongunstig met toepassing van artikel 47, § 1, tweede lid, verder opgedeeld werd, de evaluatie met een negatief eindresultaat". In het verslag aan de Vlaamse Regering wordt benadrukt dat geen beroep kan worden ingesteld "tegen een gunstige evaluatie die men niet gunstig genoeg vindt" ²³.

Aangezien uit artikel 47, § 1, tweede lid, en artikel 48, eerste lid, van het ontwerp ²⁴ volgt dat de raad kan bepalen dat een gedifferentieerde evaluatie gunstige bijkomende rechtsgevolgen kan hebben, zal een personeelslid waarvan de evaluatie "niet gunstig genoeg" is om die positieve gevolgen te genieten, hiertegen geen beroep kunnen instellen.

Hieruit volgt dat niet tegen alle evaluaties die leiden tot een eindvermelding waaraan het statuut rechtsgevolgen verbindt, een beroep kan worden ingesteld. In het verslag aan de Vlaamse Regering wordt die ongelijke behandeling op geen enkele wijze verantwoord.

⁽²³⁾ Verslag aan de Vlaamse Regering, p. 57.

⁽²⁴⁾ Luidens artikel 47, § 1, tweede lid, kan de raad het evaluatieresultaat gunstig verder opdelen in positieve evaluatieresultaten, en kan hij op grond van artikel 48, eerste lid, aan het gunstige evaluatieresultaat andere positieve gevolgen koppelen.

Tenzij de stellers van het ontwerp hiervoor een deugdelijke verantwoording kunnen geven, dient in het ontwerp in een beroepsmogelijkheid te worden voorzien tegen een evaluatie die "niet gunstig genoeg" is wanneer de raad bijkomende voordelen koppelt aan een gunstige evaluatie ²⁵.

33. Aangezien de in artikel 50 ontworpen beroepsprocedure tegen een ongunstige evaluatie slechts een administratieve beroepsprocedure betreft en die beroepsprocedure niet rechtstreeks kan leiden tot een wijziging van het evaluatieresultaat, verdient het veeleer aanbeveling om in artikel 50 van het ontwerp de term "beroep" te gebruiken in plaats van de term "hoger beroep".

34. Artikel 50, § 3, tweede lid, eerste volzin, luidt:

"Als de beroepsinstantie geen advies formuleert binnen de door de raad vastgestelde termijn, dan wordt het advies geacht in het voordeel te zijn van het personeelslid en past de evaluator de evaluatie en het eindresultaat in die zin aan."

Met die bepaling lijkt te worden afgeweken van het bepaalde in artikel 50, § 2, eerste lid, derde volzin, naar luid waarvan het hoofd van het personeel beslist op basis van het advies van de beroepsinstantie of hij de bestaande evaluatie en het evaluatieresultaat bevestigt of aanpast. De vraag rijst of dit wel de bedoeling is. De stellers van het ontwerp dienen het ontwerp op dit punt aan een nader onderzoek te onderwerpen.

⁽²⁵⁾ Vgl. met artikel 11, § 2, tweede lid, eerste volzin, van het zogenaamde APKB (koninklijk besluit van 22 december 2000 tot bepaling van de algemene principes van het administratief en geldelijk statuut van de rijksambtenaren die van toepassing zijn op het personeel van de diensten van de Gemeenschaps- en Gewestregeringen en van de Colleges van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie en van de Franse Gemeenschapscommissie, alsook op de publiekrechtelijke rechtspersonen die ervan afhangen), dat bepaalt dat indien de evaluatie leidt tot een eindvermelding waaraan het statuut rechtsgevolgen verbindt, het voorziet in een beroepsprocedure bij een commissie met ten minste adviesbevoegdheid.

Artikel 81

35. Luidens artikel 81, eerste lid, bepaalt de raad de duur van het mandaat, met dien verstande dat de duur van het mandaat voor de functies vermeld in artikel 80, § 2, eerste lid, 1/, nooit korter mag zijn dan zeven jaar en voor de functies vermeld in artikel 80, § 2, eerste lid, 2/, nooit korter dan vijf jaar.

Zoals deze bepaling is geredigeerd kan zij tot gevolg hebben dat een personeelslid dat minder dan zeven jaar, respectievelijk minder dan vijf jaar van de pensioenleeftijd verwijderd is, niet meer in aanmerking kan komen voor een te begeven mandaat.

In het verslag aan de Vlaamse Regering wordt die beperking in de tijd van het mandaat verantwoord, maar die verantwoording slaat niet op de mogelijke ongelijke behandeling in leeftijd die eruit kan voortvloeien.

Aangezien de artikelen 10 en 11 van de Grondwet onder meer discriminatie op grond van leeftijd verbieden ²⁶, zullen de stellers van het ontwerp voor de ontworpen bepaling een deugdelijke verantwoording dienen te geven die de toets aan het evenredigheidsbeginsel kan doorstaan.

Artikel 99

36. In artikel 99, § 1, tweede lid, voege men tussen de woorden "herplaatsing" en "toegepast" de woorden "in een functie van dezelfde rang" in.

Artikel 99 en 101

37. Op grond van de artikelen 99, § 2, en 101, § 1, tweede lid, kan de ambtshalve herplaatsing onder meer gebeuren na een ongunstige evaluatie.

⁽²⁶⁾ Grondwettelijk Hof, nr. 152/2005, 5 oktober 2005, B.7.

Hoewel het ontwerp over deze maatregel "vooraf een gesprek" met het personeelslid vereist, zal het bestuur er moeten over waken dat hij bij het nemen van een dergelijke beslissing ook de overige beginselen van behoorlijk bestuur waarborgen.

De Raad van State geeft daarom de stellers van het ontwerp ter overweging om nu reeds in het ontwerp dergelijke beslissing met meer precieze waarborgen te omringen.

Artikel 102

38. Uit artikel 102, § 2, volgt dat de vast aangestelde titularissen van de decretale graden bij herplaatsing in een functie van een lagere graad op eigen verzoek, gunstiger worden behandeld dan de overige vast aangestelde statutairen aangezien zij hun salaris als titularis van de decretale graad in beginsel behouden (artikel 102, § 2, tweede lid), terwijl de overige titularissen in elk geval worden teruggeplaatst in een lagere salarisschaal waarvan het maximumbedrag het minst verschilt van de vorige salarisschaal (artikel 102, § 2, eerste lid).

Hoewel uit artikel 102, § 2, eerste lid, volgt dat niet wordt uitgesloten dat het vast aangestelde statutaire personeelslid in werkelijkheid het bestaande salaris behoudt, dient evenwel te worden opgemerkt dat dit in elk geval niet de algemene regel is.

Voor dat verschil in behandeling dient een in het licht van het grondwettelijke beginsel van de gelijkheid en de niet-discriminatie aanvaardbare verantwoording te bestaan, die best in het verslag aan de Vlaamse Regering wordt weergegeven.

Artikel 104

39. In artikel 104, eerste lid, wordt een opsomming gegeven van de gevallen waarin ambtshalve een einde wordt gemaakt aan de hoedanigheid van statutair personeelslid.

Uit het verslag aan de Vlaamse Regering ²⁷ zou kunnen worden afgeleid, dat ook het niet (meer) beantwoorden aan de algemene toelatings- en aanwervingsvoorwaarden bedoeld in artikel 10 en volgende wordt beoogd.

De stellers van het ontwerp dienen die onduidelijkheid weg te werken.

Artikel 114

40. In artikel 114, 2/ en 3/, a), schrijve men respectievelijk "dienst zonder rechtspersoonlijkheid" en "dienst met rechtspersoonlijkheid" in plaats van "niet-rechtspersoonlijke dienst" en "rechtspersoonlijke dienst".

Artikel 132

41. Luidens artikel 132 worden "effectief gemaakte, bewezen en noodzakelijke kosten bij de uitoefening van de functie (...) terugbetaald". Dat artikel lijkt te zijn geredigeerd als een recht voor elk personeelslid ten aanzien van elk bestuur.

In het verslag aan de Vlaamse Regering wordt echter verduidelijkt dat het bestuur "de terugbetaling op basis van bewezen en noodzakelijke kosten [kunnen] regelen voor de uitgaven van de betrokken personeelsleden" ²⁸.

Het verdient aanbeveling om de tekst van het ontwerp en het verslag aan de Vlaamse Regering op elkaar af te stemmen. Daarom wordt het volgende tekstvoorstel ter overweging gegeven:

"Art. 132. Het bestuur kan kosten gemaakt bij de uitoefening van de functie terugbetalen, op voorwaarde dat zij noodzakelijk zijn voor de functie en effectief gemaakt en bewezen zijn."

⁽²⁷⁾ Verslag aan de Vlaamse Regering, p. 90-92.

⁽²⁸⁾ Verslag aan de Vlaamse Regering, p. 108.

Artikel 139

42. In artikel 139, § 1, kunnen de uren waarbinnen de prestaties moeten worden geleverd, worden weggegelaten, aangezien die uren reeds worden vermeld in artikel 2, 21/ en 22/, van het ontwerp.

43. In de inleidende zin van artikel 139, § 1, wordt gewag gemaakt van de term "arbeidstijdwetgeving".

Uit het verslag aan de Vlaamse Regering blijkt dat met de term "arbeidstijdwetgeving" de Arbeidswet van 16 maart 1971 en de wet van 14 december 2000 tot vaststelling van sommige aspecten van de organisatie van de arbeidstijd in de openbare sector, wordt bedoeld ²⁹.

Het verdient aanbeveling in artikel 2 van het ontwerp de term arbeidstijdwetgeving op algemene wijze te omschrijven.

Artikel 192

44. In artikel 192, § 2, komt het normatieve karakter van die bepaling onvoldoende tot uitdrukking.

Het volgende tekstvoorstel wordt ter overweging gegeven:

"§ 2. Als een functie verdwijnt zonder dat de raad in een stelsel van disponibiliteit wegens ambtsopheffing heeft voorzien, blijft het dienstverband bestaan zonder dat het recht op het normale loon wordt gewijzigd. In dat geval zorgt het bestuur voor een nieuwe en evenwaardige diensaanwijzing."

⁽²⁹⁾ Verslag aan de Vlaamse Regering, p. 112.

Artikel 221

45. Artikel 221 voorziet in de opheffing van het koninklijk besluit van 20 juli 1993 tot vaststelling van de algemene bepalingen inzake het administratief en geldelijk statuut van de secretarissen en de ontvangers van de openbare centra voor maatschappelijk welzijn. Luidens artikel 240, 2/, zal die opheffing uitwerking hebben met ingang van 1 januari 2007.

Onverminderd opmerking 18.2 moet erop worden gewezen dat de opheffing van het koninklijk besluit van 20 juli 1993 voor gevolg zal hebben dat er vanaf 1 januari 2007, met uitzondering voor de salarisschalen, een juridisch vacuüm zal ontstaan wat het administratief en geldelijk statuut van de OCMW-secretarissen en de OCMW-ontvangers betreft.

Ten gevolge van dat juridisch vacuüm zal onder meer ook geen diplomavereiste meer bestaan voor de aanwerving van een OCMW-secretaris of een OCMW-ontvanger, wat op gespannen voet komt te staan met het gelijkheidsbeginsel. Zoals hiervoor eraan werd herinnerd (opmerking 17.3), wordt de gelijke toegang tot het openbaar ambt ook gewaarborgd door het beginsel dat niemand als ambtenaar kan worden aangeworven tenzij hij houder is van een diploma of een studiegetuigschrift dat overeenstemt met het niveau van de te begeven betrekking. Afwijkingen op dit beginsel kunnen slechts worden aanvaard op voorwaarde dat zij steunen op objectieve en in redelijkheid te verantwoorden motieven. Die motieven lijken *in casu* niet aanwezig te zijn.

Titel X - Hoofdstuk II

46. Er dient bij de uitwerking van de overgangsbepalingen rekening te worden gehouden met artikel 308, § 1, van het gemeentedecreet, dat luidt:

"De Vlaamse Regering stelt de overgangsregelen vast betreffende het administratief en geldelijk statuut van de plaatselijke ontvangers die op het moment van de volledige inwerkingtreding van hoofdstuk V van titel II van dit decreet in dienst van de gemeenten zijn, met inachtneming van de volgende principes:

(...)

3/ het behoud van de verworven rechten inzake het geldelijk statuut."

Artikel 224

46.1. Luidens artikel 224 behouden de gemeentesecretaris in dienst en de financieel beheerder van de gemeente in dienst, die na een klasseverhoging met toepassing van artikel 29 van de Nieuwe Gemeentewet een hogere salarisschaal hebben gekregen, die salarisschaal op persoonlijke titel zolang die gunstiger is dan de salarisschaal die ze met toepassing van artikel 122 of artikel 124 van het ontwerp zouden krijgen. Uit artikel 240 van het ontwerp volgt dat artikel 224 in werking treedt op 1 januari 2008.

Uit het geciteerde artikel 308, § 1, 3/, volgt dat, zolang hoofdstuk V van titel II van het gemeentedecreet niet volledig in werking is getreden, het in artikel 224 van het ontwerp bepaalde recht niet beperkt mag worden tot de titularissen in dienst op het ogenblik van de inwerkingtreding van artikel 224, maar daarentegen zal moeten gelden voor alle titularissen die op het moment van de volledige inwerkingtreding van hoofdstuk V van titel II van dit decreet in dienst van de gemeenten zijn.

46.2. Bovendien dient bij de overgangsregeling rekening te worden gehouden met artikel 65, § 1, eerste lid, van de Nieuwe Gemeentewet, dat tot 31 december 2006 gelding had, op grond waarvan de salarisschaal van de plaatselijke ontvanger voor gemeenten van 5001 inwoners en meer 97,5 % van de voor de gemeentesecretaris van dezelfde gemeente geldende schaal bedroeg.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	J. SMETS,	staatsraad, voorzitter,
	B. SEUTIN, W. VAN VAERENBERGH,	staatsraden,
	H. COUSY,	assessor van de afdeling wetgeving,
Mevrouw	A.-M. GOOSSENS,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de H. B. STEEN, auditeur.

DE GRIFFIER,

DE VOORZITTER,

A.-M. GOOSSENS

J. SMETS