

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 48.735/1
VAN 14 OKTOBER 2010

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling Wetgeving, eerste kamer, op 20 september 2010 door de Vlaamse minister van Bestuurszaken, Binnenlands Bestuur, Inburgering, Toerisme en Vlaamse Rand verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering "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", heeft het volgende advies gegeven:

Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft de afdeling Wetgeving zich beperkt tot het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond alsmede van de vraag of aan de voorgeschreven vormvereisten is voldaan.

*

* *

STREKKING EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

1.1. Het om advies voorgelegde ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering strekt er in hoofdzaak toe, ter uitvoering van artikel 115, §§ 1 en 2, van het decreet van 19 december 2008 betreffende de organisatie van de openbare centra voor maatschappelijk welzijn (hierna: het OCMW-decreet), de minimale voorwaarden vast te leggen voor, enerzijds, het vaststellen van de personeelsformatie en het mandaatsstelsel van het gehele personeel van de openbare centra voor maatschappelijk welzijn (hierna: OCMW's) en het aantal toe te wijzen betrekkingen aan personen met een arbeidshandicap, en, anderzijds, het regelen van sommige aspecten van de rechtspositieregeling van bepaalde personeelsgroepen van de OCMW's. Die minimale voorwaarden gelden dus voor, hetzij het gehele personeel van de OCMW's, hetzij de zogenaamde specifieke personeelsleden ¹, de OCMW-secretaris en de financieel beheerder, hetzij de personeelsleden van de verzorgende, verplegende en dienstverlenende instellingen en OCMW-diensten waarvan de werking gebaseerd is op federale of gewestelijke financiering en de personeelsleden die ingezet worden voor activiteiten die hoofdzakelijk verricht worden in mededinging met andere marktdeelnemers ².

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

Deel 1 van het ontwerp bevat een aantal gemeenschappelijke definities die gelden voor de overige delen van het ontwerp. Deel 2 bevat bepalingen die in beginsel van toepassing zijn op alle personeelsleden van de OCMW's en die betrekking hebben op de

⁽¹⁾ Dit zijn personeelsleden die een betrekking bekleden die niet voorkomt bij de gemeente die door het OCMW wordt bediend (artikel 104, § 2, van het OCMW-decreet).

⁽²⁾ Dit zijn de personeelsleden bedoeld in artikel 104, § 6, van het OCMW-decreet.

personeelsformatie, het mandaatstelsel en de aanwerving van personen met een arbeidshandicap. Deel 3 is gewijd aan de minimale voorwaarden voor het regelen van sommige aspecten van de rechtspositie (loopbaan, salaris, toelagen en vergoedingen, sociale voordelen, verloven en afwezigheden) van het specifiek OCMW-personeel, de OCMW-secretaris, de financieel beheerder en het personeel bedoeld in artikel 104, § 6, van het OCMW-decreet. Sommige onderdelen van dit deel hebben evenwel een specifiek toepassingsgebied en zijn bijgevolg niet van toepassing op alle voornoemde personeelsleden. Deel 4 bevat opheffingsbepalingen, algemene en specifieke overgangsbepalingen en inwerkingtredingsbepalingen. Zo worden een aantal bepalingen van het OCMW-decreet in werking gesteld. Het besluit dat thans in ontwerpvorm voorligt treedt in werking op 1 januari 2011 ³.

1.3. Het ontwerp leunt nauw aan bij de minimale voorwaarden inzake de rechtspositie van het gemeente- en provinciepersoneel, bepaald in het besluit van de Vlaamse Regering van 7 december 2007 ⁴. Zoals ook in dat besluit het geval is, hebben de minimale voorwaarden vastgesteld in het voorliggende ontwerp een verschillende juridische binding. Zo wordt in bepaalde gevallen aan de OCMW's uitdrukkelijk de keuze gelaten om een bepaalde aangelegenheid wel of niet in de rechtspositieregeling op te nemen, terwijl zij in andere gevallen 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. Daarnaast wordt in sommige gevallen bepaald dat de OCMW's gebonden zijn door, of bij hun keuzes rekening moeten houden met de rechtspositieregeling van het gemeentepersoneel van de gemeente die het OCMW bedient.

(3) In artikel 158 van het ontwerp wordt wat dat betreft melding gemaakt van de datum van 1 juli 2010. De gemachtigde heeft evenwel verklaard dat de datum van inwerkingtreding is opgeschoven naar 1 januari 2011. In dat verband is ook voor artikel 157 van het ontwerp, dat de inwerkingtreding regelt van een aantal bepalingen van het OCMW-decreet, een nieuwe tekst voorgelegd die eveneens uitgaat van een inwerkingtreding op 1 januari 2011.

(4) Besluit van de Vlaamse Regering van 7 december 2007 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.

2.1. Rechtsgrond voor het ontwerp wordt in hoofdzaak geboden door artikel 115, §§ 1 en 2 ⁵, al dan niet gelezen in samenhang met de artikelen 102 en 104, §§ 3 en 4, en artikel 285, § 1, van het OCMW-decreet.

2.2. De artikelen 23, 24 en 25 van het ontwerp, voor zover ze betrekking hebben op het niet-specifiek personeel van de OCMW's, vinden geen rechtsgrond in de artikelen 6, § 2, en 26 van het decreet van 10 juli 2008 houdende een kader voor het Vlaamse gelijkekansen- en gelijkebehandelingsbeleid, waaraan wordt gerefereerd in het eerste lid van de aanhef van het ontwerp, doch wel in artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, gelezen in samenhang met artikel 104, § 1, van het OCMW-decreet.

2.3. Samengevat vindt het ontwerp derhalve rechtsgrond in artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 en in de artikelen 102, 104, §§ 1, 3 en 4, 115, §§ 1 en 2, en 285, § 1, van het OCMW-decreet.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Algemene opmerkingen

De beginselen van de gelijkheid en de niet-discriminatie

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 om op een objectieve wijze de aanspraken van de verschillende kandidaten te vergelijken en bij indienstneming voorrang te geven aan diegene die vanuit het oogpunt van het algemeen belang de meest geschikte kandidaat is ⁶.

(5) Het ontwerp bevat geen maatregelen die betrekking hebben op de externe mobiliteit van het OCMW-personeel, zodat geen uitvoering wordt gegeven aan artikel 115, § 3, van het OCMW-decreet.

(6) 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.

Het voorliggende ontwerp bevat de minimale regels die gelden voor de toegang tot betrekkingen in de OCMW's, welke regels in het algemeen bedoeld lijken te zijn om de gelijke toegang tot het openbaar ambt, wat de OCMW's betreft, 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.

2. Artikel 38, § 1, eerste lid, 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". Het voorzien in een discretionaire bevoegdheid ontslaat de aanstellende overheid evenwel geenszins van de verplichting om ook in dit geval de vanuit het oogpunt van het algemeen belang meest geschikte kandidaat aan te stellen, welke keuze dient te worden verantwoord in het licht van de beginselen van de gelijkheid en de niet-discriminatie.

3. Artikel 23 van het ontwerp bepaalt dat ten minste 2 percent van het totale aantal betrekkingen binnen het OCMW wordt vervuld door personen met een arbeidshandicap die aan bepaalde voorwaarden voldoen. Artikel 24 bepaalt dat functies kunnen worden gereserveerd voor personen met een arbeidshandicap om het vastgestelde aantal te bereiken.

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 toegewezen ⁷. 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 beperken ⁸.

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.

Het nationaliteitsvereiste

Artikel 30 van het ontwerp bepaalt dat, om toegang te hebben tot een functie bij het OCMW, de kandidaten moeten voldoen aan de algemene toelatingsvoorwaarden ⁹, die door de OCMW-raad worden vastgesteld in overeenstemming met de bepalingen daarover in de rechtspositieregeling van het gemeentepersoneel. Die rechtspositieregeling dient in overeenstemming te zijn met het voornoemde besluit van de Vlaamse Regering van 7 december 2007, meer bepaald met

(⁷) 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, *De Grondwet en de Raad van State*, afdeling Wetgeving, Maklu, 1999, 78.

(⁸) Grondwettelijk Hof, nr. 9/94, 27 januari 1994, B.6.2; Grondwettelijk Hof, nr. 157/2004, 6 oktober 2004, B.79.

(⁹) Ook in de artikelen 11, 25 en 48 van het ontwerp wordt aan die algemene toelatingsvoorwaarden gerefereerd.

artikel 10, eerste lid, 3/, dat een nationaliteitsvereiste bevat. Aldus wordt met het ontwerp, zij het op onrechtstreekse wijze, een nationaliteitsvereiste ingevoerd ¹⁰ waarbij de vraag rijst of dit vereiste in overeenstemming is met artikel 10, tweede lid, van de Grondwet. In dat verband kan worden verwezen naar hetgeen de Raad van State, afdeling Wetgeving, in advies 43.608/3 heeft opgemerkt over de bepaling die later artikel 10, eerste lid, 3/, van het besluit van de Vlaamse Regering van 7 december 2007 is geworden:

"13. (...).

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 ¹¹ 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.

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 ¹². 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

(10) In het verslag aan de Vlaamse Regering wordt dit uitdrukkelijk bevestigd.

(11) (voetnoot 7 van het aangehaalde advies) 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.

(12) (voetnoot 8 van het aangehaalde advies) 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;

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 ¹³.

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 ¹⁴. Dat één en ander wel omstandiger wordt omschreven in het verslag aan de Vlaamse Regering, vermag hieraan niet te verhelpen.

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 ¹⁵.

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 ¹⁶.

14.3. (...)".

Die opmerkingen dienen *mutatis mutandis* ook op het voorliggende ontwerp te worden betrokken.

(13) (voetnoot 9 van het aangehaalde advies) 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.

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

(15) (voetnoot 11 van het aangehaalde advies) 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.

(16) (voetnoot 12 van het aangehaalde advies) 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).

Bijzondere opmerkingen

Aanhef

Rekening houdende met wat is opgemerkt over de rechtsgrond van het ontwerp, dient de verwijzing naar het decreet van 10 juli 2008, in het eerste lid van de aanhef, te worden weggelaten, dient in de plaats daarvan een verwijzing naar artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 te worden opgenomen, en dient in het tweede lid van de aanhef te worden gerefereerd aan de artikelen 102, 104, §§ 1, 3 en 4, 115, §§ 1 en 2, en 285, § 1, van het decreet van 19 december 2008.

Artikel 87

Uit de toelichting van de gemachtigde is gebleken dat voor de toepassing van artikel 87, § 1, van het ontwerp een besluit dient te worden genomen door de OCMW-raad. Aangenomen dat het recht op een gewaarborgde salarisverhoging vanaf de inwerkingtreding van het voorliggende besluit rechtstreeks voortvloeit uit artikel 87, § 1, lijkt een dergelijk besluit enkel noodzakelijk wanneer het recht op een gewaarborgde salarisverhoging zou ingaan vóór 1 januari 2011, datum van inwerkingtreding van het ontwerpbesluit. Het verdient aanbeveling een en ander beter tot uitdrukking te brengen in de ontworpen tekst.

Deel 3, titel 2, hoofdstuk 9

Deel 3, titel 2, hoofdstuk 9, van het ontwerp (artikelen 68 tot 71), heeft betrekking op de vervulling van een vacature door interne personeelsmobiliteit. Volgens de gemachtigde is dat hoofdstuk van toepassing op alle personeelsleden (specifieke en niet-specifieke) van de OCMW's die via interne mobiliteit worden aangesteld in een specifieke betrekking of functie, en is het niet van toepassing op specifieke personeelsleden die via interne mobiliteit worden aangesteld in een niet-specifieke betrekking of functie. Nog volgens de gemachtigde is, wat dit laatste betreft, de rechtspositieregeling van het gemeentepersoneel van de gemeente die het OCMW bedient van toepassing. Uit de toelichting van de gemachtigde blijkt dat het toepassingsgebied van

.../...

de regeling inzake interne mobiliteit bijgevolg tegelijk ruimer en enger is dan het toepassingsgebied dat in artikel 27 van het ontwerp voor deel 3 van het ontwerp wordt omschreven. Hoofdstuk 9 zal bijgevolg moeten worden aangevuld met een specifieke omschrijving van het toepassingsgebied ervan.

Artikel 145

Ermee rekening houdende dat de ontworpen regeling eerst in werking zal treden op 1 januari 2011 en niet, zoals oorspronkelijk bepaald, op 1 juli 2010, dient de afwijkende overgangsregeling met betrekking tot de jaarlijkse vakantie en de feestdagen, opgenomen in artikel 145, § 1, tweede lid, en § 2, eerste lid, van het ontwerp, te worden geschrapt. In die overgangsregeling wordt immers nog uitgegaan van een inwerkingtreding op 1 juli 2010. De gemachtigde is het hiermee eens.

Artikel 157

Aangezien de mobiliteitsregelingen bedoeld in artikel 277, 3/ en 4/, van het OCMW-decreet ook na 1 juli 2010 onverkort van toepassing zijn gebleven, valt niet uit te sluiten dat door het retroactief opheffen van die regelingen (artikel 157, tweede lid, van het ontwerp) met ingang van die datum, afbreuk wordt gedaan aan rechten verworven na die datum op grond van die regelingen. De gemachtigde heeft bovendien verklaard dat "mobiliteitsbewegingen die nog binnen de oude, vigerende wetgeving hebben plaatsgevonden tussen 1 juli 2010 en de datum van publicatie van dit besluit in het B.S. rechtsgeldig blijven". De retroactieve inwerkingtreding, op 1 juli 2010, van artikel 277, 3/ en 4/, van het OCMW-decreet, waarin artikel 157, tweede lid, van het ontwerp voorziet, kan bijgevolg geen doorgang vinden. Het lijkt integendeel aangewezen bedoelde bepalingen van het OCMW-decreet eveneens op 1 januari 2011 in werking te laten treden.

Artikel 158

Artikel 158 van het ontwerp redigere men als volgt:

"Dit besluit treedt in werking op 1 januari 2011".

De kamer was samengesteld uit

de Heren	M. VAN DAMME,	kamervoorzitter,
	J. BAERT,	
	W. VAN VAERENBERGH,	staatsraden,
	M. TISON,	assessoren van de
	L. DENYS,	afdeling Wetgeving,
Mevrouw	A. BECKERS,	griffier.

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

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

A. BECKERS

M. VAN DAMME