



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 52.670/3
van 28 januari 2013

over

een ontwerp van ministerieel besluit 'tot wijziging van het ministerieel besluit van 14 mei 2008 houdende vaststelling van de bijkomende of specifieke opdrachten bij de diensten van de Vlaamse overheid'

Op 27 december 2012 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Bestuurszaken, Binnenlands Bestuur, Inburgering, Toerisme en Vlaamse Rand verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een ontwerp van ministerieel besluit ‘tot wijziging van het ministerieel besluit van 14 mei 2008 houdende vaststelling van de bijkomende of specifieke opdrachten bij de diensten van de Vlaamse overheid’.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 15 januari 2013. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Jan SMETS en Bruno SEUTIN, staatsraden, Jan VELAERS en Johan PUT, assessoren, en Greet VERBERCKMOES, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Raf AERTGEERTS, eerste auditeur-afdelingshoofd.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 28 januari 2013.

*

1. 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 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.

*

STREKKING EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

2. Zoals het opschrift ervan aangeeft, strekt het om advies voorgelegde ontwerp van ministerieel besluit ertoe het ministerieel besluit van 14 mei 2008 ‘houdende vaststelling van de bijkomende of specifieke opdrachten bij de diensten van de Vlaamse overheid’ te wijzigen.

Artikel 1 van het ontwerp strekt ertoe in artikel 2 van het ministerieel besluit van 14 mei 2008 een paragraaf 2/1 in te voegen. Met deze nieuwe bepaling wordt beoogd uitvoering te geven aan het sectoraal akkoord 2010-2012 waarin bepaald wordt dat aan de contractuele personeelsleden van de categorie “bijkomende en specifieke opdrachten” tewerkgesteld in de schoonmaak- en cateringfuncties die over voldoende anciënniteit beschikken, met ingang van 1 januari 2013, de tweede salarisschaal van hun graad wordt toegekend.

Artikel 2 van het ontwerp strekt tot de vervanging van bijlage 1 bij het ministerieel besluit van 14 mei 2008. Deze bijlage bevat de betrekkingen bij de diensten van de Vlaamse overheid die als “bijkomende of specifieke opdrachten” in de zin van artikel 2, § 1, tweede lid, 3°, van het koninklijk besluit van 22 december 2000¹ te beschouwen zijn.

Artikel 3 van het ontwerp regelt de inwerkingtreding van het besluit.

3. De rechtsgrond voor het ontworpen besluit wordt geboden door artikel I 4, § 5, tweede lid, van het Vlaams personeelsstatuut. Krachtens die bepaling kan de Vlaamse minister bevoegd voor de Bestuurszaken per entiteit, raad of instelling de lijst vaststellen van de contractuele functies die ressorteren onder de bijkomende of specifieke opdrachten (vermeld in het eerste lid, 3°, van dezelfde paragraaf), alsmede de aan die bijkomende of specifieke opdrachten verbonden geldelijke regeling, voor zover die niet door het Vlaams personeelsstatuut of door een andere reglementering is bepaald.

Die bepaling vindt op haar beurt rechtsgrond in:

- artikel 87, §§ 1 en 3, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’;
- artikel 5 van het kaderdecreet bestuurlijk beleid van 18 juli 2003;

¹ 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 van de publiekrechtelijke rechtspersonen die ervan afhangen’ (hierna: het APKB).

- artikel 12, derde lid, van het decreet van 18 juli 2003 ‘tot regeling van strategische adviesraden’;
- artikel 67, § 2, van het bijzonder decreet van 14 juli 1998 ‘betreffende het gemeenschapsonderwijs’.

VORMVEREISTEN

4. Krachtens artikel I 4, § 5, tweede lid, van het Vlaams personeelsstatuut stelt de Vlaamse minister, bevoegd voor de Bestuurszaken, de lijst vast van de contractuele functies die ressorteren onder de bijkomende of specifieke opdrachten, alsmede de aan die bijkomende of specifieke opdrachten verbonden geldelijke regeling, “in overleg” met de functioneel bevoegde minister of ministers.

Die overlegverplichting geldt derhalve voor het ontworpen besluit.

Uit de bij de adviesaanvraag gevoegde stukken blijkt niet dat dergelijk overleg met de functioneel bevoegde ministers heeft plaatsgevonden. Daarover om uitleg verzocht, heeft de gemachtigde het volgende laten weten:

“De inhoud van het voorliggend ontwerp van ministerieel besluit werd vastgesteld aan de hand van de input aangeleverd door de verschillende entiteiten van de diensten van de Vlaamse overheid, die ook instaan voor de contacten met de functioneel bevoegde ministers.

Het akkoord van de verschillende functioneel bevoegde ministers blijkt uit de agendering op het Sectorcomité XVIII Vlaamse Gemeenschap Vlaams Gewest.”

Het feit dat over een bepaalde aangelegenheid is onderhandeld met de representatieve vakverenigingen, toont op zich niet aan dat over die aangelegenheid overleg is gepleegd met de verschillende functioneel bevoegde ministers.² Indien een overlegverplichting bestaat, dient er ook voor te worden gezorgd dat kan worden aangetoond dat het overleg heeft plaatsgehad. Bij ontstentenis van een geschreven neerslag van dat overleg, dient de afdeling Wetgeving ervan uit te gaan dat dit overleg niet heeft plaatsgevonden.

Aan het niet vervuld zijn van dit vormvereiste dient te worden verholpen. Indien ten gevolge van dat overleg nog wijzigingen worden aangebracht aan het ontwerp, dan zullen die wijzigingen om advies moeten worden voorgelegd aan de Raad van State, afdeling Wetgeving.

ALGEMENE OPMERKINGEN

5. Artikel 87, § 4, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 bepaalt dat een koninklijk besluit, vastgesteld na overleg in de Ministerraad, genomen na advies van de Regeringen, die algemene principes van het administratief en geldelijk statuut van het

² Overigens valt op te merken dat niet alle functioneel bevoegde ministers hebben deelgenomen aan die onderhandelingen.

Rijkspersoneel aanwijst, welke van rechtswege van toepassing zullen zijn op het personeel van de gemeenschappen en de gewesten, evenals op het personeel van de publiekrechtelijke rechtspersonen die afhangen van de gemeenschappen en de gewesten, met uitzondering van het personeel bedoeld in artikel 17 van de Grondwet. Ter uitvoering van die bepaling is het APKB aangenomen.

Krachtens artikel 2, § 1, eerste lid, van het APKB wordt aan de personeelsbehoeften uitsluitend voldaan door ambtenaren die aan de bepalingen van dit besluit onderworpen zijn. Volgens het tweede lid van dezelfde paragraaf kunnen niettemin bij arbeidsovereenkomst personen in dienst worden genomen, doch uitsluitend om:

1° aan uitzonderlijke en tijdelijke personeelsbehoeften te voldoen, hetzij voor in de tijd beperkte acties hetzij voor een buitengewone toename van het werk;

2° ambtenaren te vervangen bij gehele of gedeeltelijke afwezigheid, ongeacht of ze in dienstactiviteit zijn of niet, wanneer de duur van die afwezigheid tot vervanging noopt en waarvan de modaliteiten worden bepaald in het statuut;

3° bijkomende of specifieke opdrachten te vervullen, waarvan de lijst vooraf wordt bekendgemaakt door elke uitvoerende macht;

4° te voorzien in de uitvoering van taken die een bijzondere kennis of ruime ervaring op hoog niveau vereisen, beide relevant voor de uit te voeren taken”.

De regeling voor de Vlaamse Gemeenschap is opgenomen in artikel I 4, § 5, eerste lid, van het Vlaams personeelsstatuut, dat luidt:

“Contractuelen kunnen in dienst genomen worden, uitsluitend om:

1° aan uitzonderlijke en tijdelijke personeelsbehoeften te voldoen, hetzij voor in de tijd beperkte acties, hetzij voor een buitengewone toename van het werk;

2° ambtenaren te vervangen bij afwezigheid;

3° bijkomende of specifieke opdrachten te vervullen;

4° te voorzien in de uitvoering van hooggekwalficeerde taken.”

6. In dit ontwerp gaat het enkel om punt 3 van de voormelde bepalingen, namelijk het aanwerven bij arbeidsovereenkomst voor het vervullen van “bijkomende of specifieke opdrachten”.³

³ De notie “bijkomende of specifieke opdrachten” stamt uit de vorige versies van het APKB en is overgenomen uit de oorspronkelijke versie van artikel 4, § 1, 3°, van de wet van 22 juli 1993 ‘houdende bepaalde maatregelen inzake ambtenarenzaken’, waarin de notie op haar beurt is overgenomen uit artikel 8 van het koninklijk besluit nr. 56 van 16 juli 1982 ‘betreffende de werving in sommige overheidsdiensten’, zoals vervangen bij de wet van 20 februari 1990 ‘betreffende het personeel van de overheidsbesturen en van sommige instellingen van openbaar nut’. Zoals in de memorie van toelichting bij het ontwerp dat tot die laatste wet heeft geleid is aangegeven, gaat die notie terug op artikel 94, § 2, van de programmawet van 30 december 1988 (*Parl.St.* Senaat 1988-89, nr. 777-1, 3). De Minister van Openbaar Ambt heeft in zijn inleidende uiteenzetting bij de bespreking in de commissie voor de Binnenlandse Aangelegenheden het volgende verklaard:

“De Regering heeft het voornemen, door dit ontwerp in te dienen, aan de huidige toestand [het bestaan van te veel tewerkstellingstypes] te verhelpen. Dit ontwerp heeft twee doeleinden:

1° Voortaan zouden er slechts twee personeelscategorieën in de besturen overblijven; enerzijds, de statutairen, om aan permanente behoeften het hoofd te bieden, zoals zij in de personeelsformaties uitgedrukt zijn; anderzijds, de contractuelen om aan limitatief opgesomde precieze behoeften te beantwoorden:

Het komt de overheid die bevoegd is tot het vaststellen van de formatie en de rechtspositie van het personeel toe om, bij het organiseren van haar diensten, de functies aan te wijzen die bijkomende of specifieke opdrachten inhouden en waarvoor, in afwijking van de algemene regel van statutaire toestand,⁴ personen in contractueel verband kunnen worden aangeworven. Bij de uitoefening van die bevoegdheid vermag die overheid evenwel het begrip “bijkomende of specifieke opdrachten” niet te miskennen.⁵

Ter zake kan worden herinnerd aan de rechtspraak van de Raad van State, afdeling Bestuursrechtspraak, naar luid waarvan voor de invulling van het begrip “bijkomende of specifieke opdrachten” wordt gekeken naar het takenpakket dat verbonden is aan de contractueel te begeven betrekking.⁶ In wezen kunnen alleen als “specifieke opdrachten” worden aangemerkt, opdrachten waarvan de uitvoering een bijzondere deskundigheid⁷ vereist die normaal niet bestaat in de diensten van de betrokken regering of in de openbare instellingen die ervan afhangen.⁸ Wat de “bijkomende opdrachten” betreft, moet worden gedacht aan taken van materieel beheer, zoals het verstrekken van maaltijden aan het personeel of het onderhouden van de kantoren. Het gaat derhalve om taken die niet behoren tot de kerntaak van de dienst waar de werknemer werkzaam is.

- als antwoord op een buitengewone en tijdelijke behoefte (type-voorbeeld: de uitreiking van de nieuwe identiteitskaarten door de gemeenten);

- de vervanging van de personeelsleden die hun betrekking niet bekleden (loopbaanonderbreking, zending, disponibiliteit, enz.) of slechts deeltijds bekleden (verlof wegens verminderde prestaties);

- het vervullen van bijkomende of specifieke opdrachten (deze opdrachten zijn thans door de koninklijke besluiten van 7 maart 1974 en 1 maart 1976 bepaald en hebben onder meer betrekking met onderhouds- en restauratietaken).

(...)

2° (...) oprichting van uitdovingskaders (...)” (*Parl.St.* Senaat 1988-89, nr. 777-2, 2-3; zie ook *Parl.St.* Kamer 1989-90, nr. 1043/2, 2-3).

In artikel 5 van het koninklijk besluit van 1 maart 1976 ‘betreffende de werving van de personeelsleden van sommige instellingen van openbaar nut’ wordt gewag gemaakt van volgende categorieën die “op voorwaarde dat zij aan geen enkel statuut zijn onderworpen” bij overeenkomst aangeworven kunnen worden: “1° de personeelsleden belast met de schoonmaak of met de bediening in de restaurants; 2° de personeelsleden die onvolledige prestaties verrichten; 3° seizoenspersoneel; 4° de studenten die voor de duur van de vakanties worden in dienst genomen”.

⁴ De uitzonderingen op de statutaire tewerkstelling dienen restrictief geïnterpreteerd te worden; vgl. met RvS 18 oktober 2000, nr. 90.291, Fagard.

⁵ Vgl. met Grondwettelijk Hof 14 juli 1997, nr. 39/97, B.8.3.

⁶ RvS 11 oktober 2000, nr. 90.162, Moras; RvS 18 oktober 2000, nr. 90.291, Fagard; RvS 14 september 2009, nr. 196.015, Zeeuws; RvS 19 april 2010, nr. 203.044, Zeeuws.

⁷ Deze “bijzondere deskundigheid” mag evenwel niet worden verward met de “bijzondere kennis of ruime ervaring op hoog niveau”, zoals bedoeld in artikel 2, § 1, tweede lid, 4°, van het APKB. In het verslag aan de Koning bij het APKB worden ICT-kaderpersoneel, management- en HRM-functies uitdrukkelijk als behorend tot deze categorie van taken vermeld (*Belgisch Staatsblad* 9 januari 2001, 422). Dit personeel voert uiteraard geen “bijkomende of specifieke opdrachten” uit.

⁸ F. LEURQUIN-DE VISSCHER, “Le personnel contractuel dans la fonction publique régionale en Belgique”, in *Les agents contractuels dans la fonction publique régionale*, Brussel, Bruylant, 1997, 37-55. Zie ook: M. HERBIET en E. HANNAY, “Statut - Contrat: Deux points de vue sur une même réalité?” ou ‘Recours à l’engagement contractuel dans la fonction publique belge’”, *APT* 2005, (178) 184-185.

7. De vraag of de in de bijlage bij het ontwerp vermelde opdrachten allemaal beantwoorden aan de voorwaarden voor contractuele aanwerving bepaald in artikel 2, § 1, tweede lid, 3°, van het APKB en artikel 14, § 5, eerste lid, 3°, van het Vlaams personeelsstatuut, beantwoordde de gemachtigde als volgt:

“De kwalificatie als bijkomende of specifieke opdracht gebeurde door de entiteiten op basis van de volgende definitie van bijkomende of specifieke opdrachten

‘Bijkomende of specifieke opdrachten zijn:

- permanente taken die niet bijdragen tot de realisatie van de specifieke administratieve doelstellingen (bv. schoonmaak- en cateringpersoneel);
- gespecialiseerde opdrachten met een tijdelijk karakter;

gespecialiseerde opdrachten die een flexibel aanwervings- en/of ontslagbeleid vereisen. Tot deze laatste categorie kunnen ook betrekkingen met een permanent karakter worden gerekend die omwille van hun wisselende taakinhoud, steeds andere gespecialiseerde opdrachten omvatten, waardoor een aanwerving volgens de statutaire regels - die leidt tot een verplichte indiensthouding van de oorspronkelijke titularis, ook nadat diens specialisme niet langer functioneel nodig is - niet opportuun is.’

In deze benadering voldoen de opgegeven functies hierdoor aan de kwalificatie bijkomende of specifieke opdracht.”

Zonder dat een volledige toetsing van alle in de bijlage vermelde opdrachten kon worden gedaan, moet er toch op worden gewezen dat het begrip “bijkomende of specifieke opdrachten” niet steeds correct lijkt te zijn gehanteerd. Wat meer specifiek de aan de lijst toe te voegen functies betreft, rijst de vraag bij het opnemen van de betrekking van “IT-adviseur e-IB” voor het departement Bestuurszaken of het niet veeleer taken betreft die een bijzondere kennis of ruime ervaring op hoog niveau vereisen, zoals bedoeld in artikel 2, § 1, tweede lid, 4°, van het APKB. Hetzelfde geldt overigens voor de “Beeldbeheerder” voor het Koninklijk Museum voor Schone Kunsten Antwerpen (KMSKA). Wat de in de bijlage vermelde personeelsleden van het OPZ Rekem betreft, rijst de vraag of die omwille van het niet-permanente en projectmatige karakter van hun taken niet veeleer onder categorie “uitzonderlijke en tijdelijk personeelsbehoeften” vallen, bedoeld in artikel 2, § 1, tweede lid, 1°, van het APKB.

Een verantwoording voor elkeen van de in het ontwerp opgesomde betrekkingen is in het licht van de voormelde rechtspraak vereist. Bij de functies voor het agentschap voor Innovatie door Wetenschap en Technologie (IWT) wordt wel gesteld dat die al in een ander, instellingsspecifiek besluit zijn gekwalificeerd als bijkomende of specifieke opdrachten, maar wordt daarvoor geen inhoudelijke verantwoording verstrekt.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

AANHEF

8. Gelet op wat over de rechtsgrond is opgemerkt, dient het vijfde lid van de aanhef te worden geschrapt. Het in dat lid vermelde besluit van de Vlaamse Regering is overigens opgeheven bij artikel 17 van het besluit van de Vlaamse Regering van 13 juli 2009 ‘tot bepaling van de bevoegdheden van de leden van de Vlaamse Regering’.

Artikel 3

9. Artikel 3 van het ontwerp regelt de inwerkingtreding van het te nemen besluit. Het krijgt “uitwerking met ingang van 1 januari 2013, met uitzondering van de kwalificatie als bijkomende of specifieke opdracht van de betrekkingen van algemeen coördinator SVK-ondersteuning, stafmedewerker en SVK-sectorcoördinator bij de Vlaamse Maatschappij voor Sociaal Wonen en van de betrekking van stafmedewerker woonkwaliteit bij het Agentschap Wonen Vlaanderen die uitwerking heeft met ingang van 1 juli 2012”.

Het is bekend dat het verlenen van terugwerkende kracht aan besluiten slechts onder bepaalde voorwaarden toelaatbaar is, namelijk ingeval voor de retroactiviteit een wettelijke machtiging 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 erdoor, in beginsel, geen verkregen situaties worden aangetast.

Enkel indien de retroactiviteit van de ontworpen regeling in één van de opgesomde gevallen valt in te passen kan deze worden gebillijkt.

Daarover ondervraagd meldt de gemachtigde het volgende :

“**1.1.2013** : het Sectoraal akkoord 2010 – 2012 bepaalt dat de personeelsleden die als bijkomende of specifieke opdracht tewerkgesteld worden in een “schoonmaak” of “catering” functie vanaf januari 2013 (op voorwaarde dat zij beschikken over voldoende anciënniteit) recht hebben op een hogere salarisschaal. Het gaat dus om een regeling die enkel voordelen toekent aan de betrokken personeelsleden. Ten einde de goede werking van de diensten niet te hypothekeren, wenst de Vlaamse overheid zich bij de uitvoering van de regeling aan de in het Sectoraal Akkoord opgenomen timing te houden.

1.7.2012 : Met het Besluit van de Vlaamse Regering van 11 mei 2012 wordt de verloning van de volgende van de VZW Bewonersbelangen overgenomen betrekkingen als volgt vastgesteld:

algemeen coördinator SVK-ondersteuning	A112	
Stafmedewerker	B114	
	Na 14 jaar geldelijke anciënniteit	B222
SVK-sectorcoördinator	Organiek B311	
	In overgang: A111	
	Na 23 jaar geldelijke anciënniteit	A112
Stafmedewerker Woonkwaliteit	B114	
	Na 14 jaar geldelijke anciënniteit	B222

Het voorliggend ontwerp KB kwalificeert de functies in kwestie als bijkomende of specifieke opdracht en neemt de verloningsregeling die ingevolge het BVR van 11 mei 2012, sinds 1 juli 2012 van kracht is daarbij over. Er wordt bijgevolg niet op verkregen voordelen teruggekomen, maar er wordt enkel gezorgd voor de formalisering in het MB m.b.t. de bijkomende of specifieke opdrachten van de regeling die al langer op basis van het BVR van 11 mei 2012 wordt toegepast.”

Gelet op die toelichting, kan de retroactiviteit worden aanvaard.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Greet VERBERCKMOES

Jo BAERT