



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 58.589/3
van 18 januari 2016

over

een voorontwerp van decreet van de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest ‘tot wijziging van het Gemeentedecreet van 15 juli 2005, het Provinciedecreet van 9 december 2005 en het decreet van 19 december 2008 betreffende de organisatie van de openbare centra voor maatschappelijk welzijn’

Op 3 december 2015 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Binnenlands Bestuur, Inburgering, Wonen, Gelijke Kansen en Armoedebestrijding verzocht binnen een termijn van dertig dagen, verlengd tot 18 januari 2016, een advies te verstrekken over een voorontwerp van decreet van de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest ‘tot wijziging van het Gemeentedecreet van 15 juli 2005, het Provinciedecreet van 9 december 2005 en het decreet van 19 december 2008 betreffende de organisatie van de openbare centra voor maatschappelijk welzijn’.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 5 januari 2016. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Jan SMETS en Koen MUYLLE, staatsraden, Johan PUT en Bruno PEETERS, assessoren, en Annemie GOOSSENS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Brecht STEEN, eerste auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 18 januari 2016.

*

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 rechtsgrond¹, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING VAN HET VOORONTWERP

2.1. Het om advies voorgelegde voorontwerp van decreet strekt hoofdzakelijk tot het verlenen van meer autonomie aan de lokale besturen op het vlak van hun personeelsbeleid, enerzijds, door op het vlak van de interne organisatie in meer delegatiemogelijkheden te voorzien en, anderzijds, door de lokale besturen meer vrijheid toe te kennen bij het vaststellen van de rechtspositie van het personeel. Daartoe wordt het Gemeentedecreet van 15 juli 2005 (hierna: het Gemeentedecreet) gewijzigd (artikelen 2 tot 25), evenals het Provinciedecreet van 9 december 2005 (hierna: het Provinciedecreet) (artikelen 28 tot 48) en het decreet van 19 december 2008 ‘betreffende de organisatie van de openbare centra voor maatschappelijk welzijn’ (hierna: het OCMW-decreet) (artikelen 49 tot 68).

Er wordt in een overgangsregeling voorzien voor de lopende procedures van gemeenten, provincies en openbare centra voor maatschappelijk welzijn voor de aanstelling van kandidaat-personeelsleden in een functie waaraan het lidmaatschap van het managementteam verbonden is en voor de lopende ontslag- en tuchtprocedures ten aanzien van personeelsleden die lid zijn van het managementteam (artikel 69).

2.2. Daarnaast strekt het ontwerp ertoe het gewoon bestuurlijk toezicht te organiseren op de hulpverleningszones bedoeld in de wet van 15 mei 2007 ‘betreffende de civiele veiligheid’ (artikelen 26 en 27).

ALGEMENE OPMERKINGEN

3. Het ontwerp bevat een aantal verschillen in behandeling die, opdat ze bestaanbaar zouden zijn met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, op een objectief criterium dienen te berusten en redelijk verantwoord dienen te zijn. Het bestaan van een dergelijke verantwoording moet worden beoordeeld rekening houdende met het doel en de gevolgen van de ontworpen maatregelen 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.

Dienaangaande dienen de volgende opmerkingen te worden gemaakt.

¹ Aangezien het om een voorontwerp van decreet gaat, wordt onder “rechtsgrond” de overeenstemming met de hogere rechtsnormen verstaan.

A. De vrije keuze tussen het statutaire en het contractuele dienstverband

4. Het ontwerp strekt ertoe de lokale besturen een vrije keuze te bieden voor de aanstelling van personeel in statutair dan wel in contractueel dienstverband (artikelen 13, 1° en 2°, 38, 1° en 2°, en 58, 1° en 2°, van het ontwerp). In de memorie van toelichting worden die bepalingen als volgt verantwoord:

“De opsomming van de gevallen waarin personeelsleden in contractueel verband kunnen worden aangesteld, vastgesteld in paragraaf 2, als afwijking op de regel van de statutaire tewerkstelling, vastgesteld in paragraaf 1, wordt opgeheven. Voortaan zijn de statutaire en contractuele tewerkstelling gelijkwaardig. Het lokaal bestuur motiveert de keuze van het dienstverband die het aan een betrekking geeft.”

4.1. Het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie vereist niet dat aan iedere persoon die bij een overheidsdienst werkt een identiek juridisch statuut wordt toegekend; het staat aan de bevoegde overheid de meest geschikte weg te kiezen teneinde de opdrachten van openbare dienst te verwezenlijken waarmee ze is belast.²

4.2. Evenwel is volgens de vaste rechtspraak van de Raad van State, afdeling Bestuursrechtspraak, de verhouding tussen het personeel van een openbare dienst en die dienst in beginsel van publiekrechtelijke aard en wordt dat personeel bijgevolg geacht onder de toepassing te vallen van de algemene beginselen die de rechtspositie van vastbenoemde ambtenaren regelen. Alleen indien blijkt dat de betrokkene bij arbeidsovereenkomst is aangeworven, als zulks bij wetgevende norm is toegestaan, en het bestaan van die arbeidsovereenkomst met zekerheid vaststaat, geldt dat niet.³ Er is zodoende een vermoeden van statutaire tewerkstelling.⁴

Zelfs wanneer een overheid over een discretionaire bevoegdheid beschikt om te bepalen wanneer zij, in uitzonderlijke gevallen, afwijkt van het beginsel van de statutaire tewerkstelling, moet, wanneer die overheid nalaat zich uitdrukkelijk uit te spreken voor een statutaire dan wel een contractuele rechtsverhouding, bij gebrek aan een op ondubbelzinnige wijze aantoonbare, schriftelijke arbeidsovereenkomst, de statutaire tewerkstelling worden voorondersteld.⁵

4.3. Het ontwerp bepaalt niet alleen dat het personeel van de lokale besturen in statutair of in contractueel dienstverband kan worden aangesteld. Uit de voormelde memorie van toelichting blijkt bovendien dat de statutaire en de contractuele tewerkstelling op voet van gelijkheid staan. In die omstandigheden kan er, wanneer een lokaal bestuur nalaat zich uitdrukkelijk uit te spreken voor een statutair dan wel een contractueel dienstverband, niet langer

² GwH 11 juni 2008, nr. 89/2008, B.8.

³ Zie bv.: RvS 13 juli 1979, nr. 19.754, *Solon*; RvS 10 mei 1995, nr. 53.187, *Beutjens*; RvS 10 juni 1998, nr. 74.208, *Baize*; RvS 9 februari 2000, nr. 85.245, *Damoiseau*; RvS 24 januari 2001, nr. 92.580, *de Ville de Goyet*; RvS 28 november 2001, nr. 101.223, *Rombouts*; RvS 18 november 2002, nr. 112.590, *Demoulin en Bailleux*. Zie dienaangaande E. GILLET, “La nature juridique de la relation entre l’administration et son agent”, in J. SAROT, *Précis de fonction publique*, Brussel, Bruylant, 1994, 52-53.

⁴ A. DE BECKER en B. LOMBAERT, “De juridische grondslag van de arbeidsverhoudingen tussen de overheid en haar personeel”, in R. ANDERSEN en K. LEUS (eds.), *Hervorming van het openbaar ambt*, Brugge, die Keure, 2002, 102; A. LAWRENCE DURVIAUX, m.m.v. D. FISSE, *Droit de la fonction publique*, Brussel, Larcier, 2012, 91.

⁵ A. DE BECKER en J. DEBIÈVRE, “Over de keuzevrijheid inzake de invulling van de rechtspositie van het personeel der intergemeentelijke verenigingen na het Decreet van 6 juli 2001 houdende de intergemeentelijke samenwerking”, *TBP* 2006, 74 en 76.

worden uitgegaan van een statutaire tewerkstelling. Zodoende houdt het ontwerp wat de lokale besturen betreft een afwijking in van het algemeen beginsel van de statutaire tewerkstellingsvorm in overheidsverband. De stellers van het ontwerp zullen dan ook moeten kunnen aantonen dat het verschil in behandeling dat hieruit voortvloeit tussen de personeelsleden van die lokale besturen en de personeelsleden van andere overheidsdiensten die onder de bevoegdheid vallen van de Vlaamse Gemeenschap of het Vlaamse Gewest ten aanzien waarvan dat beginsel wel blijft gelden, redelijk kan worden verantwoord in het licht van het grondwettelijke beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie.

5. De grondwettelijke beginselen van gelijkheid en niet-discriminatie vereisen dat aan eenieder een gelijke toegang tot het openbare 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 de voorrang te geven aan diegene die vanuit het oogpunt van het algemeen belang de meest geschikte kandidaat is.⁶

5.1. Dit beginsel wordt thans uitdrukkelijk bevestigd in artikel 105, § 2, 3°, van het Gemeentedecreet, in artikel 101, § 2, 3°, van het Provinciedecreet en, wat het specifieke personeel, de secretaris van het openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn en de financieel beheerder betreft, in artikel 104, § 4, 1°, van het OCMW-decreet. Luidens die bepalingen waarborgen de procedures voor aanwerving en bevordering de objectiviteit van de aanwervingen en de bevorderingen en de gelijke behandeling van de kandidaten.

De artikelen 15 en 40 van het ontwerp strekken er respectievelijk toe artikel 105 van het Gemeentedecreet en artikel 101 van het Provinciedecreet te vervangen. Ten gevolge hiervan zal voor het “gewoon” personeel in het Gemeentedecreet en in het Provinciedecreet niet langer worden bepaald dat de procedures voor aanwerving en bevordering de objectiviteit van die aanwervingen en die bevorderingen en de gelijke behandeling van de kandidaten moeten waarborgen.

5.2. Hieruit kan evenwel niet worden afgeleid dat de lokale besturen, en inzonderheid die besturen die ervoor kiezen om hun personeel in contractueel dienstverband aan te stellen, het beginsel van de gelijke toegang tot het openbare ambt niet in acht moeten nemen. Dat beginsel hangt immers onlosmakelijk samen met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.⁷ De lokale besturen die ervoor kiezen om hun personeel in contractueel dienstverband aan te stellen, zullen erop moeten toezien dat ze de vereisten die voortvloeien uit het beginsel van de gelijke toegang tot het openbaar ambt, in acht nemen. Naast de reeds vermelde vereiste om op een objectieve wijze de aanspraken van de verschillende kandidaten te vergelijken en de meest geschikte kandidaat aan te werven, houdt dat beginsel mede in dat voorafgaand aan de aanwerving een openbare oproep tot de kandidaten wordt bekendgemaakt en dat niemand als ambtenaar kan

⁶ Zie bijvoorbeeld adv. RvS 39.103/3 van 4 oktober 2005 over een voorontwerp dat geleid heeft tot het decreet van de Vlaamse Gemeenschap 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 RvS 26 juni 1996, nr. 60.526, *Messens*.

⁷ GwH 15 juni 2005, nr. 106/2005, B.5.

worden aangeworven tenzij hij houder is van een diploma of een studiegetuigschrift dat overeenstemt met het niveau van de te begeven betrekking.⁸

B. De mogelijkheid af te wijken van de minimale voorwaarden voor de rechtspositieregeling van het gemeentepersoneel

6. Luidens het ontworpen artikel 116, tweede lid, van het Gemeentedecreet (artikel 21 van het ontwerp) kunnen gemeenten met een inwonersaantal dat gelijk is aan of hoger dan 200.000 gemotiveerd afwijken van de minimale voorwaarden die de Vlaamse Regering heeft vastgesteld voor de in het eerste lid van die bepaling vermelde aspecten van de rechtspositieregeling van het gemeentepersoneel.

Zodoende zal een dubbel verschil in behandeling ontstaan: enerzijds, tussen gemeenten met een inwonersaantal dat gelijk is aan of hoger dan 200.000, die kunnen afwijken van de door de Vlaamse Regering vast te stellen minimale voorwaarden, en gemeenten met een inwonersaantal dat lager is dan 200.000, die dat niet kunnen en, anderzijds, tussen de personeelsleden van de betrokken gemeenten die al dan niet de rechten genieten die voortvloeien uit de door de Vlaamse Regering vastgestelde minimale voorwaarden.

6.1. In de memorie van toelichting worden deze verschillen in behandeling als volgt verantwoord:

“Daarnaast bepaalt dit ontwerp van decreet dat gemeenten met 200.000 inwoners of meer gemotiveerd kunnen afwijken van de minimale voorwaarden, vastgesteld door de Vlaamse Regering. De Vlaamse Regering kiest ervoor om rekening te houden met de factor schaal. Dat doet ze op verschillende beleidsdomeinen en inwoneraantal is daarbij een objectief criterium. De beperking van de afwijkingsruimte tot de ‘grootste steden’ werd afgesproken in het regeerakkoord. Grootstedelijkheid gaat niet alleen gepaard met grotere personeelsaantallen en een complexere organisatie, maar dwingt ook tot een sterke interne uitbouw van de personeelsfunctie (personeelsdienst). De afwijking moet gemotiveerd worden. Nog afgezien daarvan zullen de bestaande uitvoeringsbesluiten met betrekking tot personeel het voorwerp zijn van een evaluatie met het oog op meer vrijheidsgraden en meer flexibiliteit voor alle besturen.”

6.2. Zoals in de memorie van toelichting wordt aangegeven, berusten de voormelde verschillen in behandeling op een objectief criterium, namelijk het inwonersaantal van de betrokken gemeenten. Dit volstaat evenwel niet opdat die verschillen verenigbaar zouden zijn met het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie. Voorts moet het criterium relevant zijn ten aanzien van het onderwerp en het nagestreefde doel en moet de ontworpen maatregel evenredig zijn met dat doel.

6.3. Gevraagd hoe te verantwoorden valt dat het inwonersaantal van de gemeente aanleiding zou kunnen geven tot een afwijking van de door de Vlaamse Regering vast te stellen

⁸ Adv.RvS 43.608/3 van 23 oktober 2007 over een ontwerp dat geleid heeft tot het besluit van de Vlaamse Regering van 7 december 2007 ‘houdende de minimale voorwaarden voor de personeelsformatie, de rechtspositieregeling en het mandaatsstelsel 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’, opmerkingen 17.2 en 17.3.

minimale voorwaarden voor de rechtspositie van het personeel, heeft de gemachtigde het volgende geantwoord:

“De steden met meer dan 200.000 inwoners hebben een groter, complexer en veeleisender ambtenarenapparaat nodig dan andere lokale besturen. De spanwijdte (‘span of control’) en de spandiepte (‘depth of control’) in deze organisaties is significant groter dan deze van andere lokale besturen. Niet in het minst daarom bevat het ontwerp van decreet een bepaling dat zij, weliswaar niet zonder afdoende motivering en mét respect voor andere rechtsregels die van toepassing zijn (vb pensioenwetgeving, beginselen van behoorlijk bestuur), zouden kunnen (niet moeten) afwijken van de minimale regels die de Vlaamse Regering in beginsel vaststelt.

Concrete elementen op het vlak van de rechtspositieregeling die samenhangen met de schaalgrootte en de ermee gepaard gaande grotere ambtelijke organisatie zouden kunnen zijn : het creëren van tussengraden en salarisschalen die niet voorkomen in de stelsels die de regering heeft vastgesteld. Of, wat anciënniteit betreft, aangepaste mogelijkheden rond meerekenbaarheid van werkervaring in de privé creëren zodat de voor de grootorde van de organisatie en zijn takenpakket en uitdagingen noodzakelijke topmanagers en of -specialisten, desgevallend sneller en efficiënter, kunnen aangetrokken worden. Zo lijkt de schaal van het ambtelijk apparaat van de 200.000 steden evenzeer een aangepast herplaatsingsstelsel of specifiek(er) mandaatstelsel te kunnen verantwoorden mochten de bestaande Vlaamse regels op dat vlak te stringent zijn of te kort schieten.”

6.4. In zoverre de ontworpen regeling beoogt om het de betrokken gemeenten mogelijk te maken een personeelsbeleid te voeren dat overeenstemt met hun behoeften, streeft ze een wettig doel na. Het gehanteerde criterium, namelijk het inwonersaantal van die gemeenten, lijkt relevant ten aanzien van het door de stellers van het ontwerp nagestreefde doel. Uit de door de gemachtigde verstrekte cijfergegevens blijkt immers dat de gemeenten met een inwonersaantal dat gelijk is aan of hoger dan 200.000 over een aanzienlijk hoger aantal personeelsleden beschikken dan gemeenten met een inwonersaantal dat lager is dan 200.000. Er kan dan ook worden aangenomen dat inzake personeelsbeleid de behoeften van gemeenten met een inwonersaantal dat gelijk is aan of hoger dan 200.000 verschillen van die van de overige gemeenten.

6.5. Rest de vraag of de *sub* 6 vermelde verschillen in behandeling evenredig zijn met het door de stellers van het ontwerp nagestreefde doel.

6.5.1. De door de Vlaamse Regering vast te stellen “minimale” voorwaarden zijn de voorwaarden waaraan de gemeenteraad zich minimaal of tenminste te houden heeft wanneer hij met toepassing van artikel 105 van het Gemeentedecreet de rechtspositieregeling van het personeel vaststelt. Die minimale voorwaarden zijn niet noodzakelijkerwijs beperkt tot een ondergrens waarboven de gemeenten mogen gaan: ook de bepaling van een maximumgrens die de gemeente niet mag overstijgen of het voorzien in een enige en verplicht te volgen mogelijkheid, kan als een minimale voorwaarde te beschouwen zijn.⁹

Ofschoon de bevoegdheid van de Vlaamse Regering om de minimale voorwaarden vast te stellen niet beperkt is tot de in het ontworpen artikel 116 van het Gemeentedecreet

⁹ RvS 6 juli 2010, nr. 206.416, *De Coene e.a.*; RvS 19 juli 2011, nr. 214.695, *Stad Sint-Niklaas*; RvS 12 juli 2012, nr. 220.293, *Openbaar Centrum voor Maatschappelijk Welzijn van Sint-Genesius-Rode e.a.*; RvS 30 januari 2013, nr. 222.322, *Openbaar Centrum voor Maatschappelijk Welzijn van Jabbeke*; RvS 26 juni 2013, nr. 224.086, *Openbaar Centrum voor Maatschappelijk Welzijn van Drogenbos*.

uitdrukkelijk vermelde aspecten van de rechtspositieregeling van het gemeentepersoneel,¹⁰ wordt de Vlaamse Regering niet de bevoegdheid verleend om aspecten van de rechtspositie van het gemeentepersoneel op uitputtende wijze te regelen. Uitgangspunt van het Gemeentedecreet is dat de gemeenten bij het vaststellen van de rechtspositieregeling van hun personeel over een grote autonomie dienen te beschikken.¹¹ Die autonomie wordt door het thans voorliggende ontwerp nog versterkt. Het beginsel van de lokale autonomie staat er evenwel niet aan in de weg dat de decreetgever oordeelt dat een aangelegenheid beter op een meer algemeen niveau wordt behandeld, zodat ze op een uniforme wijze zal zijn geregeld voor het gehele betrokken grondgebied. Wat het gemeentelijk personeelsbeleid betreft kan een zekere eenvormigheid speciaal gewenst zijn, niet alleen naar onderen maar ook naar boven toe, om een concurrentie en een opbod tussen de gemeenten te vermijden.¹²

De door de Vlaamse Regering vast te stellen voorwaarden dienen dan ook beperkt te zijn tot de regels waarvan redelijkerwijs kan worden aangenomen dat ze gemeen dienen te zijn aan alle (personeelsleden van de) gemeentebesturen. Dat is des te meer het geval nu de voorwaarden welke op een ondubbelzinnige wijze rechten toekennen, rechtstreekse werking hebben ten aanzien van het personeel en in rechte kunnen worden afgedwongen.¹³ Bijgevolg lijken de “minimale voorwaarden” niet van die aard dat ze gemeenten, met inbegrip van de gemeenten met een inwonersaantal dat gelijk is aan of hoger dan 200.000, verhinderen om een personeelsbeleid te voeren dat aangepast is aan hun behoeften.

6.5.2. Zelfs al zou worden aangenomen dat de schaalgrootte van de gemeenten met een inwonersaantal dat gelijk is aan of hoger dan 200.000 zou kunnen verantwoorden dat afgeweken wordt van bepaalde minimale voorwaarden omdat de waarborgen die eruit voortvloeien op een andere manier kunnen worden bereikt, valt in ieder geval niet in te zien waarom het noodzakelijk zou zijn om die gemeenten de bevoegdheid te verlenen om af te wijken van *alle* door de Vlaamse Regering vastgestelde voorwaarden. Sommige door de Vlaamse Regering vast te stellen minimale voorwaarden kunnen immers fundamentele waarborgen voor het gemeentepersoneel bevatten waarvan zelfs de schaalgrootte van een gemeente niet kan verantwoorden dat ervan wordt afgeweken.

Het gegeven dat die gemeenten de afwijkingen van de door de Vlaamse Regering vast te stellen minimale voorwaarden dienen te motiveren, kan die vaststelling niet verhelpen. Noch uit de tekst van het ontwerp, noch uit de memorie van toelichting erbij, blijkt overigens dat die afwijkingen gemotiveerd dienen te zijn op grond van de schaalgrootte van de gemeente. Derhalve zouden ook andere motieven, bijvoorbeeld van financiële aard, kunnen worden ingeroepen om die afwijkingen te verantwoorden.

6.5.3. Er dient te worden besloten dat de ontworpen maatregel niet evenredig is met het nagestreefde doel, minstens in zoverre de gemeenten met een inwonersaantal dat gelijk is aan of

¹⁰ In de memorie van toelichting wordt dienaangaande het volgende gepreciseerd: “De term ‘minstens’ betekent dat de Vlaamse Regering ook voor andere aspecten van de rechtspositieregeling minimale voorwaarden kan vaststellen als ze die wenselijk of noodzakelijk acht.”

¹¹ Zie *Parl.St.* VI.Parl. 2004-05, nr. 347/1, 22.

¹² RvS 12 juli 2012, nr. 220.293, *Openbaar Centrum voor Maatschappelijk Welzijn van Sint-Genesius-Rode e.a.*

¹³ Zie dienaangaande het in voetnoot 8 vermelde adv.RvS 43.608/3 van 23 oktober 2007, opmerking 9. Voor een toepassing, zie RvS 21 november 2011, nr. 216.378, *Swinen*.

hoger dan 200.000 kunnen afwijken van alle door de Vlaamse Regering vast te stellen minimale voorwaarden, zonder dat die afwijkingsmogelijkheid wordt begrensd door inhoudelijke criteria.

C. Het ontslag wegens beroepsongeschiktheid van contractuele personeelsleden met een beperkte tewerkstellingsduur

7. Volgens de memorie van toelichting “[wordt d]e personeelsevaluatie (...) gederegulariseerd. Ze is niet langer een algemeen geldende verplichting voor alle personeelsleden.” De personeelsleden van de lokale besturen hebben recht op opvolging en feedback over hun wijze van functioneren. Die opvolging en feedback kan weliswaar door middel van een evaluatie geschieden, maar dat is niet langer in alle gevallen vereist. Uit de artikelen 20, 45 en 65 van het ontwerp vloeit voort dat een voorafgaande evaluatie enkel verplicht is bij ontslag wegens beroepsongeschiktheid ingevolge het ontoereikend functioneren van het personeelslid, “[b]ehalve voor contractuele personeelsleden met beperkte tewerkstellingsduur”.

In de memorie van toelichting worden die bepalingen als volgt verantwoord:

“Het eerste lid stelt voor de personeelsleden een recht op opvolging en feedback over hun wijze van functioneren vast. Dat recht kan de vorm aannemen van een personeelsevaluatie, maar dat is niet verplicht, tenzij in enkele uitzonderlijke gevallen. Zie daarvoor infra.

De gemeente kan als alternatief voor de evaluatie kiezen uit een waaier van opvolgingsinstrumenten, zoals functioneringsgesprekken, loopbaangesprekken of een permanente vorm van coaching. Ook de mate waarin die instrumenten al dan niet geformaliseerd en geregeld worden, bepaalt de gemeente zelf. Deze wijziging laat meer ruimte voor een eigen invulling van het humanresourcesbeleid.

De personeelsleden worden opgevolgd en, in voorkomend geval, geëvalueerd op ambtelijk niveau. Dat ambtelijk niveau draagt daarvoor de volle en volledige verantwoordelijkheid.

Ter motivering van een ontslag wegens beroepsongeschiktheid is een formele evaluatie vooraf niettemin noodzakelijk. Ook de startfase na indiensttreding wordt geëvalueerd om uit te maken of het betrokken personeelslid voldoet aan de functievereisten dan wel ontslagen wordt wegens beroepsongeschiktheid. Personeelsevaluatie wordt dus facultatief, behalve in de gevallen die rechtstreeks aanleiding tot een ontslag wegens beroepsongeschiktheid kunnen geven. De beoogde ‘beroepsongeschiktheid’ slaat voor de statutaire en de contractuele personeelsleden enkel en alleen op manifeste tekortkomingen of disfuncties in de wijze van functioneren. Hij heeft dus geen betrekking op tuchtfeiten, noch op de dringende redenen, medische ongeschiktheid of reorganisatie.

Dat wordt als rechtsnorm verankerd in het toegevoegde vierde lid en dient als grondslag voor de regeling van de evaluatie van de proeftijd en bij disfuncties tijdens de loopbaan in de plaatselijke rechtspositieregeling of eventueel in de te wijzigen rechtspositiebesluiten van de Vlaamse Regering.”

Uit de vermelde memorie van toelichting blijkt dat ontslag wegens beroepsongeschiktheid enkel mogelijk is in geval van manifeste tekortkomingen of disfuncties in de wijze van functioneren. De voorafgaande evaluatie heeft dan logischerwijs tot doel vast te stellen of er in hoofde van het (statutaire of contractuele) personeelslid al dan niet manifeste tekortkomingen of disfuncties bestaan.

7.1. Luidens de artikelen 20, 45 en 65 van het ontwerp is de voorafgaande evaluatie bij ontslag wegens beroepsongeschiktheid ingevolge het ontoereikend functioneren niet verplicht voor contractuele personeelsleden met een beperkte tewerkstellingsduur.

Een arbeidsovereenkomst voor een bepaalde tijd kan tijdens de eerste helft ervan¹⁴ eveneens worden beëindigd zonder dringende redenen, en dus ingeval van manifeste tekortkomingen of disfuncties, mits naleving van de opzeggingstermijnen bepaald in artikel 37/2 van de wet van 3 juli 1978 ‘betreffende de arbeidsovereenkomsten’.¹⁵ En ook tijdens de tweede helft ervan is een vroegtijdige beëindiging van een dergelijke arbeidsovereenkomst zonder dringende redenen, en dus ingeval van manifeste tekortkomingen of disfuncties, niet uitgesloten, maar dan dient een vergoeding te worden betaald die gelijk is aan het bedrag van het loon dat verschuldigd is tot het einde van de in de arbeidsovereenkomst bepaalde tijd, zonder echter het dubbel te mogen overtreffen van het loon dat overeenstemt met de duur van de opzeggingstermijn die in acht had moeten worden genomen indien de overeenkomst zonder tijdsbepaling was gesloten.¹⁶

Zodoende doen de artikelen 20, 45 en 65 van het ontwerp een verschil in behandeling ontstaan tussen twee categorieën van personeelsleden die kunnen worden ontslagen wegens beroepsongeschiktheid: enerzijds, de contractuele personeelsleden met beperkte tewerkstellingsduur, die kunnen worden ontslagen zonder voorafgaande evaluatie, en, anderzijds, de overige personeelsleden van de lokale besturen, die niet kunnen worden ontslagen zonder evaluatie.

7.2. Wanneer de arbeidsovereenkomst voor een bepaalde tijd tijdens de tweede helft ervan wordt beëindigd wegens beroepsongeschiktheid, zou dat verschil in behandeling kunnen worden verantwoord door het gegeven dat de in artikel 40, § 1, van de wet van 3 juli 1978 bepaalde vergoeding is verschuldigd, hetgeen in beginsel niet het geval is wanneer statutaire personeelsleden en contractuele personeelsleden met een arbeidsovereenkomst van onbepaalde tijd worden ontslagen.

Het voorgaande gaat evenwel niet op wanneer de arbeidsovereenkomst voor een bepaalde tijd tijdens de eerste helft of tijdens de eerste zes maanden ervan wordt beëindigd wegens beroepsongeschiktheid. In dat geval dienen weliswaar “de opzeggingstermijnen bepaald in artikel 37/2” van de wet van 3 juli 1978 te worden nageleefd. Die opzeggingstermijnen gelden echter evenzeer ten aanzien van de contractuele personeelsleden van de lokale besturen met een arbeidsovereenkomst van onbepaalde tijd.¹⁷

In die omstandigheden valt moeilijk in te zien hoe kan worden verantwoord dat de contractuele personeelsleden van de lokale besturen met een arbeidsovereenkomst van onbepaalde tijd tijdens de eerste zes maanden van die overeenkomst slechts kunnen worden ontslagen wegens beroepsongeschiktheid mits een voorafgaande evaluatie, terwijl die vereiste niet geldt ten aanzien van het ontslag wegens beroepsongeschiktheid tijdens de eerste helft of de

¹⁴ Zonder dat de periode waarin opzegging mogelijk is zes maanden kan overschrijden.

¹⁵ Artikel 40, § 2, eerste lid, van de wet van 3 juli 1978.

¹⁶ Artikel 40, § 1, van de wet van 3 juli 1978.

¹⁷ Artikel 37, § 1, van de wet van 3 juli 1978.

eerste zes maanden van de arbeidsovereenkomst van de contractuele personeelsleden van de lokale besturen met een arbeidsovereenkomst van bepaalde tijd.¹⁸

D. De terbeschikkingstelling van statutaire personeelsleden

8. De artikelen 14, 23, 39 en 59 van het ontwerp strekken ertoe in bijkomende mogelijkheden te voorzien voor de terbeschikkingstelling van personeelsleden in statutair dienstverband aan een andere overheid, aan een vereniging zonder winstoogmerk waarin het betrokken lokaal bestuur niet deelneemt en waarvan de activiteit verband houdt met een gemeentelijk belang en, wat de gemeenten betreft, in een gemeentelijke vzw met sociaal oogmerk.

8.1. Gevraagd waarom het toepassingsgebied van die bepalingen beperkt is tot personeelsleden in statutair dienstverband, heeft de gemachtigde erop gewezen dat “[d]e bestaande wettelijke regelingen, veelal federale regels, (...) in meer mogelijkheden [voorzien] om contractueel personeel van de lokale besturen ter beschikking te stellen.”

8.2. Op de vraag waarom ten aanzien van de provincies en de openbare centra voor maatschappelijk welzijn niet in analoge bepalingen is voorzien als het ontworpen artikel 195, § 2, tweede lid, van het Gemeentedecreet (artikel 23 van het ontwerp), waarin wordt bepaald dat gemeentelijke personeelsleden in statutair dienstverband ter beschikking kunnen worden gesteld van een gemeentelijke vereniging met sociaal oogmerk, heeft de gemachtigde het volgende geantwoord:

“De nieuwe regeling in artikel 104bis GD (voorzien door WD 14) betreft een verruimde TBS-mogelijkheid, tussen gemeente en andere overheden en Vzw’s. Ze wordt parallel doorgetrokken in 104bis PD (door WD 39) voor wat de provincies betreft en in artikel 103/1 OD (voorzien door WD 59).

In het verlengde van deze verruiming (104bis) wordt ook voorgesteld artikel 195 GD voor zover het Vzw’s met sociaal oogmerk betreft, aan te passen en meer bepaald het daarin geformuleerde TBS-verbod. In het OD staat evenwel geen analoog artikel, geen TBS-verbod als geformuleerd in 195GD. Om die reden werd dan ook de wijziging van dat artikel niet ‘parallel doorgetrokken’ naar het OCMW-decreet.

De vraag of nood aan zo’n bepaling voor de provincies diende zich evenmin aan. De Vlaamse regering wenst voorts een hertekend bestuurlijk landschap waarin de rol van de provincies wordt afgeslankt, ten bate van de gemeenten en Vlaanderen. De provinciale bevoegdheden worden in het licht daarvan beperkt tot grondgebonden aangelegenheden. In het licht van het voorgaande is eenzelfde aanpassing van het analoge artikel 188 van het provinciedecreet, meer bepaald het TBS-verbod in Vzw’s met sociaal oogmerk achterwege gebleven.”

8.2.1. In de memorie van toelichting wordt artikel 23 van het ontwerp als volgt verantwoord:

¹⁸ In de memorie van toelichting wordt vooropgesteld dat ook “de startfase na indiensttreding wordt geëvalueerd om uit te maken of het betrokken personeelslid voldoet aan de functievereisten dan wel ontslagen wordt wegens beroepsongeschiktheid”. Er zou kunnen worden aangevoerd dat de eerste helft of de eerste zes maanden van een arbeidsovereenkomst voor een bepaalde tijd hiermee overeenstemmen. In het ontwerp zelf wordt evenwel nergens in een verplichte evaluatie van “de startfase na indiensttreding” voorzien, laat staan dat er wordt bepaald dat de eerste helft van een arbeidsovereenkomst van bepaalde tijd of de eerste zes maanden ervan, samenvalt met die startfase.

“Artikel 23 betreft een regeling van terbeschikkingstelling die analoog is aan de regeling in artikel 14. Wanneer het mogelijk wordt personeel ter beschikking te stellen aan een vereniging zonder winstoogmerk waarin de gemeente niet deelneemt, is het logisch dat dit des te meer mogelijk moet zijn aan een vereniging zonder winstoogmerk waarin de gemeente wel deelneemt.”

8.2.2. Het ontworpen artikel 100*bis* van het Provinciedecreet (artikel 39 van het ontwerp) voorziet ten aanzien van de provincies in dezelfde mogelijkheid om personeelsleden in statutair dienstverband ter beschikking te stellen aan een vereniging zonder winstoogmerk als die waarin het ontworpen artikel 104*bis* van het Gemeentedecreet (artikel 14 van het ontwerp) voorziet ten aanzien van de gemeenten.

Luidens artikel 188 van het Provinciedecreet “kunnen de provincies verenigingen, stichtingen en vennootschappen met sociaal oogmerk oprichten, erin deelnemen of zich erin laten vertegenwoordigen voorzover die verenigingen, stichtingen en vennootschappen met sociaal oogmerk niet belast worden met de verwezenlijking van welbepaalde taken van provinciaal belang”. Die bepaling – waarvan de inhoud overeenstemt met artikel 195 van het Gemeentedecreet, tot wijziging waarvan artikel 23 van het ontwerp strekt – wordt niet gewijzigd in het thans voorliggende ontwerp, noch in het voorontwerp van decreet ‘houdende de vernieuwde taakstelling en gewijzigde financiering van de provincies’,¹⁹ dat ertoe strekt om de bevoegdheden van de provincies in culturele en persoonsgebonden aangelegenheden op te heffen.²⁰ Ook al worden hun bevoegdheden beperkt, de provincies zullen nog steeds verenigingen met een sociaal oogmerk kunnen oprichten, erin deelnemen of zich erin laten vertegenwoordigen.

Het gegeven dat “de rol van de provincies wordt afgeslankt” en dat “[d]e provinciale bevoegdheden worden (...) beperkt tot grondgebonden aangelegenheden”, kan derhalve niet verantwoord worden dat ten aanzien van de provincies niet in dezelfde mogelijkheid wordt voorzien om personeelsleden in statutair dienstverband ter beschikking te stellen aan een provinciale vereniging met sociaal oogmerk als die waarin het ontwerp 195, § 2, tweede lid, van het Gemeentedecreet voorziet.

Er valt ook moeilijk in te zien waarom wat “logisch” (zie opmerking 8.2.1) zou zijn ten aanzien van de gemeentelijke verenigingen met sociaal oogmerk, dat niet zou zijn ten aanzien van de provinciale verenigingen met sociaal oogmerk.

Het verschil in behandeling dat uit het ontwerp voortvloeit, doordat ten aanzien van de provincies niet in een gelijkaardige bepaling wordt voorzien als die waarin artikel 23 van het ontwerp voorziet ten aanzien van de gemeenten, lijkt dan ook niet redelijk verantwoord.

¹⁹ Waaromtrent de Raad van State, afdeling Wetgeving, advies 58.510/3 van 18 december 2015 heeft gegeven.

²⁰ Ze wordt wel gewijzigd door artikel 25 van het voorontwerp van decreet ‘tot wijziging van diverse bepalingen van het decreet van 6 juli 2001 houdende de intergemeentelijke samenwerking en het Provinciedecreet van 9 december 2005’, waaromtrent de Raad van State, afdeling Wetgeving, advies 58.547/3 van 13 januari 2016 heeft gegeven. De ontworpen wijziging doet evenwel geen afbreuk aan de bevoegdheid van de provincies om verenigingen, stichtingen en vennootschappen met sociaal oogmerk op te richten.

E. De samenwerkingsmogelijkheden inzake selectie en gezamenlijke wervingsreserves

9. De ontworpen artikelen 116bis van het Gemeentedecreet (artikel 22 van het ontwerp) en 115/1 van het OCMW-decreet (artikel 67 van het ontwerp) strekken ertoe de samenwerkingsmogelijkheden van de gemeenten inzake de werving en de selectie van personeelsleden en het aanleggen van gemeenschappelijke wervingsreserves uit te breiden. Terwijl thans gemeenten enkel onderling of met het openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn dat de gemeente bedient, dienaangaande een samenwerkingsovereenkomst kunnen sluiten, wordt erin voorzien dat een gemeente “met een of meer overheden” een dergelijke samenwerkingsovereenkomst kan sluiten. Hetzelfde geldt *mutatis mutandis* wat de openbare centra voor maatschappelijk welzijn betreft.

9.1. Er wordt niet in een gelijkaardige uitbreiding voorzien wat de provincies betreft. Hieromtrent om uitleg gevraagd, heeft de gemachtigde het volgende verklaard:

“Zowel in het GD als in het OD bestaat er een hoofdstuk ‘Samenwerking inzake personeel’ (beiden ingevoegd bij een decreet van 29 juni 2012). In dat hoofdstuk staat de mogelijkheid om met andere besturen gezamenlijke werving en selectie van hun personeel te organiseren alsook voor het aanleggen van gemeenschappelijke wervingsreserves. In het Provinciedecreet van 9 december 2012 werd zo’n hoofdstuk niet voorzien, vandaar dat hier ook geen wijzigingen aan werden aangebracht.”

9.2. Het gegeven dat in het Provinciedecreet thans niet in een gelijkaardige mogelijkheid wordt voorzien als die waarin artikel 116bis van het Gemeentedecreet en artikel 115/1 van het OCMW-decreet voorzien, volstaat op zich niet om het verschil in behandeling dat voortvloeit uit de artikelen 22 en 67 van het ontwerp tussen, enerzijds, de gemeenten en de openbare centra voor maatschappelijk welzijn en, anderzijds, de provincies, te verantwoorden.

Heden is de mogelijkheid om een samenwerkingsovereenkomst te sluiten voor de gezamenlijke werving en selectie van personeel en voor het aanleggen van gemeenschappelijke wervingsreserves immers beperkt tot gemeenten en openbare centra voor maatschappelijk welzijn onderling en tot de gemeente en het openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn dat het bedient. De decreetgever kon redelijkerwijs aannemen dat een gelijkaardige samenwerking tussen provincies, mede gelet op hun grotere grondgebied, weinig zinvol was.

Het ontwerp strekt er evenwel toe de gemeenten en de openbare centra voor maatschappelijk welzijn de mogelijkheid te geven dergelijke samenwerkingsovereenkomsten te sluiten “met een of meer overheden”. Bijgevolg vervalt het voormelde argument. Bovendien behoren tot die overheden logischerwijs ook de provincies (maar zie opmerking 11). In die omstandigheden is niet duidelijk waarom de provincies zelf geen samenwerkingsovereenkomst kunnen sluiten voor de gezamenlijke werving en selectie van personeel en voor het aanleggen van gemeenschappelijke wervingsreserves.

Bijgevolg zullen de stellers van het ontwerp het verschil in behandeling dat uit de artikelen 22 en 67 van het ontwerp voortvloeit, moeten kunnen verantwoorden.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 13

10. Luidens artikel 104, § 4, van het Gemeentedecreet kan de gemeenteraad personeel “ter beschikking stellen van of overdragen aan” het openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn. Artikel 13, 3°, van het ontwerp strekt ertoe de mogelijkheid van terbeschikkingstelling in die bepaling te schrappen.

Het ontworpen artikel 104bis van het Gemeentedecreet (artikel 14 van het ontwerp) bepaalt dat gemeentelijke personeelsleden ter beschikking kunnen worden gesteld van “een andere overheid”, en derhalve ook van het openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn. Ten aanzien van contractuele personeelsleden van de gemeenten wordt niet in een gelijkaardige bepaling voorzien (zie opmerking 8.1). Het lijkt nochtans niet de bedoeling te zijn dat contractuele personeelsleden van de gemeente niet meer ter beschikking kunnen worden gesteld van het openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn. In de memorie van toelichting staat immers het volgende te lezen:

“De terbeschikkingstellingen van personeel aan het OCMW op grond van artikel 104 die bestaan op het ogenblik van de inwerkingtreding van dit wijzigingsdecreet blijven onverkort gelden. De besturen hoeven naar aanleiding van het nieuwe artikel 104 en 104bis dus geen nieuwe beslissingen te treffen wat die ‘lopende’ terbeschikkingstellingen aan het OCMW betreft.”

Het verdient aanbeveling om in de memorie van toelichting uitdrukkelijk te verduidelijken dat artikel 13, 3°, van het ontwerp er niet toe strekt om de thans bestaande mogelijkheid voor gemeenten om contractuele personeelsleden ter beschikking te stellen van het openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn, ongedaan te maken.

Artikel 22

11. Luidens de ontworpen artikelen 116bis van het Gemeentedecreet (artikel 22 van het ontwerp) en 115/1 van het OCMW-decreet (artikel 67 van het ontwerp) kan een gemeente of een openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn een samenwerkingsovereenkomst sluiten “met een of meer overheden”.

Het verdient aanbeveling om te verduidelijken wat wordt bedoeld met “overheden”.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Annemie GOOSSENS

Jo BAERT