

# Autonome en keuzevrijheid voor de tewerkstelling bij de gemeenten: wat zijn de gevolgen van dit nagenoeg onbegrensd vertrouwen?

**Alexander DE BECKER**

*Hoogleraar Publiek Recht UHasselt – Bijzonder Hoogleraar Universiteit Leiden – UGent*

## INHOUD

1. Inleiding	219
2. Grotere zelfstandigheid voor de gemeentebesturen: vereenvoudiging van de delegatiebevoegdheid	220
a) Algemeen	220
b) De regeling inzake de vaststelling van de rechtspositieregeling	221
c) Dadingen	224
d) Aanstelling, ontslag en tucht	225
3. De installatie van een principiële keuzevrijheid tussen contractuele en statutaire tewerkstelling	226
a) Algemeen	226
b) Juridische vraag als gevolg van de keuzevrijheid: wat met de bescherming tegen (politieke) willekeur?	227
c) De inperking van het ontslagrecht	229
d) Groot vertrouwen in politiek en administratie	230
e) Reiken de recente evoluties in het arbeidsrecht een helpende hand?	231
4. Enkele andere wijzigingen	232
5. Conclusie	233

## 1. Inleiding

1. De bedoeling van dit artikel is om een eerste analyse te maken van de wijzigingen die het decreet van 3 juni 2016 tot wijziging van het Gemeentedecreet van 15 juli 2005, het Provinciedecreet van 9 juli 2005 en het decreet van 19 december 2008 betreffende de organisatie van de openbare centra voor maatschappelijk welzijn<sup>1</sup> invoert. Alle wijzigingen zullen hier worden behandeld in zoverre ze een elementen behandelen inzake het recht van het personeel van de lokale besturen.

De memorie van toelichting bij het ontwerp van decreet vangt aan met de inhoudelijke krijtlijnen die de Vlaamse Regering heeft gehanteerd bij de aanpassing van het Gemeentedecreet, het Provinciedecreet en het

OCMW-Decreet. Twee zaken vormen de achtergrond: meer autonomie voor de lokale besturen inzake de interne organisatie en meer vrijheidsgraden inzake personeelsbeleid en personeelsbeheer.<sup>2</sup> Die doelstellingen vormen de rode draad bij deze wijziging.

Beide elementen zijn ingegeven door de wens van de lokale besturen om hun personeelsorganisatie, personeelsbeleid en personeelsbeheer zelf vorm te kunnen geven. Het is niet verbazend dat het Vlaams Parlement die mogelijkheden aan de lokale besturen toekende. In het regeerakkoord 2014-2019 stond al te lezen dat de steden en gemeenten meer autonomie zouden krijgen met betrekking tot hun interne organisatie. De gemeenten, en vooral de grootste steden, zouden meer vrijheidsgraden krijgen om hun rechtspositieregeling uit te werken.<sup>3</sup>

2. Na deze inleiding bespreken we in eerste instantie (deel 2) de ruimere mogelijkheid voor de gemeenteraad om delegaties toe te kennen aan het college van burgemeester en schepenen. Daarna wordt de meer uitgebreide mogelijkheid om dadingen te sluiten, behandeld. In laatste instantie zal in het tweede deel de verminderde impact van de democratische controle op de aanstelling, het ontslag en de tucht van personeelsleden worden geanalyseerd.

In het derde deel wordt de principiële keuzevrijheid tussen de statutaire en contractuele tewerkstelling besproken. Deze wijziging heeft immers gevolgen voor de oorspronkelijke grondslag van de tewerkstellingswijze bij de gemeenten. De juridische impact van deze wijziging op (onder meer) het ontslagrecht zal hier worden besproken.

In het vierde deel zal nog kort aandacht worden besteed aan een aantal andere wijzigingen. Het betreft

1. BS 28 juni 2016.

2. Memorie van toelichting bij het ontwerp van decreet 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, *Parl.St.* VI.Parl. 2015-16, nr. 731/1, 4-5.

3. Regeerakkoord 2014-19, "Vertrouwen, verbinden, vooruitgaan", 22 juli 2014, 14, te raadplegen op <https://www.vlaanderen.be/nl/publicaties/detail/het-regeerakkoord-van-de-vlaamse-regering-2014-2019>.

vooral de uitgebreidere mogelijkheden om personeel bij meer dan één publiekrechtelijke rechtspersoon in te zetten en om gezamenlijk personeel te selecteren.

3. Meest in het oog springend is dat het basisprincipe dat personeelsleden bij de gemeenten in beginsel met een vast dienstverband worden aangesteld, wordt opgeheven. Daarnaast zijn er nog een aantal bepalingen aangenomen die er voor moeten zorgen dat de lokale besturen een grotere autonomie verkrijgen bij de ontwikkeling van hun personeelsbeleid. Het decreet omvat zowel wijzigingen van het Gemeentedecreet, het Provinciedecreet als het OCMW-Decreet. Veel van die wijzigingsbepalingen overlappen in het decreet van 3 juni 2016 inhoudelijk. In deze bijdrage zal dan ook enkel aandacht worden besteed aan de wijzigingen voor het gemeentepersoneel.

## 2. Grotere zelfstandigheid voor de gemeentebesturen: vereenvoudiging van de delegatiebevoegdheid

### a) Algemeen

4. In het regeerakkoord stond te lezen dat de Vlaamse Regering initiatieven zou nemen op basis van de werking van zogenaamde paritaire commissies. Dit betekent commissies waarin zowel leden van de Vlaamse overheid als vertegenwoordigers van de lokale besturen aanwezig zijn. Bij de voorbereiding van het voorontwerp van dit decreet werd zulke commissie samengesteld. Er waren vertegenwoordigers van de Vlaamse Regering, van de Vlaamse Vereniging voor Steden en Gemeenten (VVSG), een vertegenwoordiger-waarnemer namens de Vlaamse Vereniging van Provincies (VVP) en een aantal technici van het Agentschap Binnenlands Bestuur. In beginsel betreffen dit voornamelijk (belangenorganisaties van) werkgevers van de lokale besturen.

Het hoeft geen betoog dat zulke paritaire commissies niet gelijk te stellen zijn met de paritaire commissies waarin onderhandelingen met betrekking tot personeelsverhoudingen normaliter worden gevoerd. In het ambtenaren- en het arbeidsrecht zijn paritaire commissies uiteraard commissies waarin zowel de werkgever(s) als de werknemers vertegenwoordigd zijn.

Het loutere feit dat de voorbereiding van een decreetgevend initiatief niet in overleg met de vakbonden gebeurt, maakt een initiatief uiteraard niet onwettig. Het betrof namelijk louter de voorbereiding van het voorontwerp van het decreet. Nadat het voorontwerp van decreet werkelijk vorm had gekregen, werd er nog met de vakbonden onderhandeld. Artikel 2, § 2 van de wet van 19 december 1974 tot regeling van de betrekkingen tussen de overheid en de vakbonden van haar personeel (Wet Vakbonden Overheidspersoneel)<sup>4</sup> bepaalt immers dat over ontwerpen van wet, decreet of ordonnantie met betrekking tot de grondregelingen van het administratief statuut dient te worden onderhandeld. Dat is dus ook gebeurd<sup>5</sup>, hoewel die onderhandelingen niet tot een protocol van akkoord hebben geleid. Eén vakbond heeft een gedeeltelijk akkoord gegeven (ACV – Openbare Diensten), terwijl de twee andere vakbonden geen akkoord met het voorstel betuigden.<sup>6</sup> Het ACV-Openbare diensten geeft expliciet aan dat hij liever eerder betrokken was geweest bij de totstandkoming van de regelgeving.<sup>7</sup>

Deze achtergrond is belangrijk omdat hieruit het kader naar voren komt waarin de decreetswijziging zich afspeelt. In de analyse zal tot uiting komen dat uit de voorgestelde wijzigingen blijkt dat deze inderdaad sterk beïnvloed is door de visie van de werkgevers.

5. De grotere zelfstandigheid voor de gemeentebesturen behelst, aldus de memorie van toelichting, vooral de interne organisatie. De memorie van toelichting geeft aan dat de interne organisatie en de rechtspositieregeling in de eerste plaats op de interne werking focussen.<sup>8</sup> Om die interne organisatie te verbeteren, verleent de decreetgever meer mogelijkheden tot delegatie van bevoegdheden van de gemeenteraad naar het college van burgemeester en schepenen.

Verscheidene bevoegdheden kunnen in de toekomst bijkomend worden gedelegeerd van de gemeenteraad aan het college van burgemeester en schepenen. Het betreft de vaststelling van de rechtspositieregeling, de vaststelling van het organogram, de invulling van het begrip ‘dagelijks personeelsbeheer’ en de mogelijkheid tot het sluiten van dadingen met personeelsleden over de gevolgen van het beëindigen van het dienstverband.<sup>9</sup> Tevens wordt de notie personeelsformatie opgeheven.

4. BS 24 december 1974.

5. Eindverslag nr. 2015/3 houdende de conclusies van de onderhandelingen die op 2, 9 en 24 september en op 14, 21 en 26 oktober werden gevoerd in de onderafdeling ‘Vlaams Gewest en Vlaamse Gemeenschap’ van de eerste afdeling van het comité voor de provinciale en plaatselijke overheidsdiensten, *Parl.St.* VI.Parl. 2015-16, nr. 731/1, 47.

6. Eindverslag nr. 2015/3 houdende de conclusies van de onderhandelingen die op 2, 9 en 24 september en op 14, 21 en 26 oktober werden gevoerd in de onderafdeling ‘Vlaams Gewest en Vlaamse Gemeenschap’ van de eerste afdeling van het comité voor de provinciale en plaatselijke overheidsdiensten, *Parl.St.* VI.Parl. 2015-16, nr. 731/1, 49.

7. Eindverslag nr. 2015/3 houdende de conclusies van de onderhandelingen die op 2, 9 en 24 september en op 14, 21 en 26 oktober werden gevoerd in de onderafdeling ‘Vlaams Gewest en Vlaamse Gemeenschap’ van de eerste afdeling van het comité voor de provinciale en plaatselijke overheidsdiensten, *Parl.St.* VI.Parl. 2015-16, nr. 731/1, 49.

8. Memorie van toelichting bij het ontwerp van decreet 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, *Parl.St.* VI.Parl. 2015-16, nr. 731/1, 2.

9. Memorie van toelichting bij het ontwerp van decreet 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, *Parl.St.* VI.Parl. 2015-16, nr. 731/1, 4-5.

Op het eerste gezicht is deze invulling logisch. Als er een grotere autonomie wordt gegeven, dient ook de vrijheid te worden gegeven om die autonomie zelf in te vullen. Tevoren had de decreetgever in 2005 voor een heel andere invalshoek gekozen. Toen opteerde het Parlement bewust voor een sterke rol voor de gemeenteraad om de autonomie te verzekeren.<sup>10</sup> In 2005 gold voor de decreetgever dat de gemeenteraad de emanatie van de lokale bevolking was. Artikel 43, § 2, 4° van het Gemeentedecreet bepaalde vanuit die logica dan ook expliciet dat de bepaling van de rechtspositieregeling van het personeel niet delegerbaar was aan het college van burgemeester en schepenen. De huidige decreetgever hanteert een heel andere visie omdat de rechtspositieregeling een interne aangelegenheid is die zich situeert op het operationele niveau. De mogelijkheid tot delegatie zou de besturen meer rekening kunnen doen houden met hun schaal en efficiëntiewinsten kunnen laten boeken.<sup>11</sup>

**6.** Bij deze nieuwe zienswijze komt het achterliggende probleem tot uiting. Het Vlaamse Parlement is zich niet terdege bewust van de werkelijke grondslag voor statutaire tewerkstelling bij de lokale besturen: de bescherming tegen (politieke) willekeur.<sup>12</sup> Om bescherming tegen politieke willekeur mogelijk te maken, achtte de wetgever het in 1903 aangewezen om de beslissingen van de gemeenteraad inzake schorsing van minimaal drie maanden en inzake afzetting te onderwerpen aan goedkeuringstoezicht van de bestendige deputatie.<sup>13</sup> Ook de opheffing van een dienstbetrekking of de vermindering van de wedde die eraan was gekoppeld, werd onderworpen aan goedkeuringstoezicht van de bestendige deputatie en de Koning. Tevoren werden er in de gemeentelijke administraties posities opgeheven als de betrokken ambtenaar niet de politieke overtuiging deelde van de meerderheid van de gemeenteraad.<sup>14</sup>

Deze regeling zorgde voor een stabiel dienstverband voor de gemeentelijke ambtenaren. Het was de eerste afwijking van het gemeenrechtelijk stelsel.<sup>15</sup> Later werd de bepaling van het administratief en geldelijk statuut van de gemeenteambtenaren een expliciete bevoegdheid van de gemeenteraad bij wet van 14 februari 1961 voor economische expansie, sociale vooruitgang en financieel herstel.<sup>16</sup>

De laatste wijziging ging uit van een wantrouwen ten aanzien van de gemeenten omdat zij hun financiën niet voldoende in de gaten hielden.<sup>17</sup> Om die reden werd de gemeenteraad de verplichting opgelegd om een personeelskader en het administratief en geldelijk statuut van de ambtenaren op te stellen. Dat statuut en dat kader werden vooraf ter goedkeuring voorgelegd aan de Koning.<sup>18</sup>

**7.** Hierdoor werd het college van burgemeester en schepenen een echte uitvoerende instantie. Het college van burgemeester en schepenen moest ageren binnen de grenzen die de gemeenteraad vastlegde in de administratieve en geldelijke personeelsstatuten en in het personeelskader. Zo kon het college van burgemeester en schepenen dus zelfs geen wijziging doorvoeren aan de wijze waarop en de voorwaarden waaronder vakbondsverlof kon worden aangevraagd<sup>19</sup> of aan de voorwaarden om een bijberoep uit te oefenen.<sup>20</sup> Het is een bewuste keuze van de wetgever geweest om het college van burgemeester en schepenen tot en met het Gemeentedecreet in een uitvoerende rol te duwen met betrekking tot de uitvaardiging van algemene regels.<sup>21</sup> Het wantrouwen ten aanzien van de gemeenten zorgde ervoor dat er een grote controle op de gemeentelijke invulling van hun personeelsbeleid werd ingevoerd.

## b) De regeling inzake de vaststelling van de rechtspositieregeling

**8.** Het is evident dat de huidige lokale besturen als werkgevers een voorkeur hebben voor een grotere flexibiliteit, maar ze wijzigt het evenwicht dat de wetgever en later de decreetgever tevoren installeerden. Het uitvaardigen van algemene regels behoorde tot voor deze decreetswijziging tot de bevoegdheid van de gemeenteraad, terwijl het nemen van individuele maatregelen wel kon worden gedelegeerd. De ommekeer die deze wijziging inhoudt, is zeer groot. Terwijl de regels tevoren werden uitgevaardigd om controle te houden op de wijze waarop de gemeente haar bevoegdheden inzake personeel uitoefende, laat deze regeling een interne delegatie van bevoegdheden toe.

**9.** Dit wordt nog versterkt door het feit dat de vaststelling van de rechtspositieregeling niet meer noodzake-

10. Memorie van toelichting bij het ontwerp van decreet tot wijziging van het Gemeentedecreet, *Parl.St.* VI.Parl. 2004-05, nr. 347/1, 7.

11. Memorie van toelichting bij het ontwerp van decreet 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, *Parl.St.* VI.Parl. 2015-16, nr. 731/1, 4.

12. Verslag van de Commissie bij wetsontwerp op de stabiliteit van de gemeentelijke dienstbetrekkingen, *Parl.St.* Kamer 1902-03, nr. 115, 4; A. DE BECKER, *De overheid en haar personeel: juridische grondslagen van de rechtspositie van de ambtenaar*, Brugge, die Keure, 2007, 370.

13. Wetsontwerp op de stabiliteit van de gemeentelijke dienstbetrekkingen, *Parl.St.* Kamer 1902-03, nr. 114, 2.

14. Parlementaire voorbereidingsstukken bij de wet van 30 juli 1903 op de stabiliteit van de gemeentelijke dienstbetrekkingen, *Pasin.* 1903, 124.

15. D. DEOM, *Le statut juridique des entreprises publiques autonomes*, Brussel, Story-Scientia, 1990, 280.

16. *BS* 15 februari 1961.

17. Memorie van toelichting bij het wetsontwerp voor de economische expansie, sociale vooruitgang en het financieel herstel, *Parl.St.* Kamer 1959-60, nr. 649/1, 34-35.

18. Memorie van toelichting bij het wetsontwerp voor de economische expansie, sociale vooruitgang en het financieel herstel, *Parl.St.* Kamer 1959-60, nr. 649/1, 34.

19. *RvS* 21 maart, nr. 105.002, Buytaert.

20. *RvS* 25 september 2014, nr. 228.516, De Cuyper.

21. K. LEUS, "De gemeentelijke rechtspositieregeling: het moeilijke evenwicht tussen het formuleren van algemene (rechts)beginselen en het uitwerken van concrete rechtsregels of, opnieuw, het precare evenwicht tussen gemeentelijke autonomie en centrale sturing" in J. DUJARDIN en M. VAN DAMME (eds.), *Rechtspositieregeling van het personeel bij de lokale besturen*, Brugge, die Keure, 2008, 9.

lijk in een openbare vergadering plaatsvindt.<sup>22</sup> Het aspect dat de algemene bevoegdheid om de rechtspositieregeling uit te vaardigen, niet verder kan worden gesubdelegeerd naar de gemeentesecretaris of andere personeelsleden, doet geen afbreuk aan deze vaststelling dat het uitvaardigen van de rechtspositieregeling na delegatie weer deel kan gaan uitmaken van een minder transparante besluitvorming. Vergaderingen van het college van burgemeester en schepenen zijn immers niet openbaar overeenkomstig artikel 51 van het Gemeentedecreet.<sup>23</sup> De decreetgever is zich bewust van deze wijziging, maar acht ze geen probleem omdat er geen beslissingen inzake de persoonlijke levenssfeer worden genomen. Deze overweging bevreemdt omdat ze geen verband houdt met de kern van de juridische discussie.

Door de bevoegdheid om de rechtspositieregeling uit te vaardigen, door te schuiven naar het college van burgemeester en schepenen, kan de aanpassing van de rechtspositieregeling wel eenvoudiger verlopen. Dat heeft het voordeel van de snelheid en de flexibiliteit, maar de medaille heeft een keerzijde. Het nadeel is dat de democratische controle vermindert.

**10.** De Vlaamse Regering geeft wel aan dat er eerst vakbondsonderhandelingen moeten worden gevoerd vooraleer de rechtspositieregeling kan worden gewijzigd.<sup>24</sup> Dat vormt uiteraard een bevestiging van hetgeen is bepaald in de Wet Vakbonden Overheidspersoneel van 19 december 1974. Dit verhoogt niettemin niet geheel de democratische controle. De eigenheid van het onderhandelen in de publieke sector biedt minder juridische waarborgen dan bindende collectieve arbeidsovereenkomsten in de privésector. Deze collectieve onderhandelingen leiden immers, overeenkomstig tot een protocol van akkoord of niet-akkoord, waarna het bestuur dat protocol nog steeds eenzijdig moet omzetten in regelgeving.<sup>25</sup> Dit betekent dat ook zonder instemming van de vakbonden de beslissing tot wijziging van de rechtspositieregeling kan worden doorgedrukt. De substantiële vormvoorwaarde blijft beperkt tot de verplichting om te onderhandelen of te overleggen.<sup>26</sup> Door de delegatie mogelijk te maken, wordt de finale eenzijdige beslissing niet

langer in openbare zitting genomen. Op die wijze wordt de democratische controle op de eenzijdige wijziging van de rechtspositieregeling niet langer in een openbare zitting uitgeoefend. Dit impliceert dat de mate van bescherming tegen potentiële politieke willekeur enigszins wordt ingeperkt. Het blijft immers perfect mogelijk om een politieke beslissing door te drukken zonder akkoord van de vakbonden. Alleen kan dit nu ook zonder dat er een openbare zitting van de gemeenteraad plaatsvindt.

Het decreet van 3 juni 2016 zelf vormt hiervan trouwens een voorbeeld van het doordrukken van een eenzijdige beslissing zonder akkoord met de vakbonden. Over de ontwerp teksten is immers geen (volledig) akkoord met alle vakbonden bereikt, maar de Vlaamse Regering heeft toch haar wil doorgevoerd. Dat is perfect legaal in de publieke sector.

## b1) Controlemechanismen: het besluit houdende minimale voorwaarden en het bestuurlijk toezicht

**11.** Natuurlijk kan het college van burgemeester en schepenen geen totaal willekeurige rechtspositieregeling opstellen. Het Gemeentedecreet heeft immers een kader aangereikt. De Vlaamse Regering dient nog steeds de minimale voorwaarden voor de rechtspositieregeling van de lokale besturen uit te vaardigen, overeenkomstig artikel 116 van het Gemeentedecreet. Dit besluit van de Vlaamse Regering, dat de minimale voorwaarden inzake de rechtspositieregeling vastlegt, dient nog minstens de volgende elementen te omvatten: de bezoldigingsregeling en de salarisschalen, de toekenning van toelagen en vergoedingen, de dienstbeëindiging, het verlies van de hoedanigheid van statutair personeelslid en de definitieve ambtsneerlegging en het aantal dagen jaarlijkse vakantie en de feestdagen. De verplichte minimale inhoud van dit besluit van de Vlaamse Regering is daardoor sterk verminderd. Voor de wijziging diende dit besluit minstens twaalf elementen te omvatten.

Op dit ogenblik geldt uiteraard nog steeds het besluit van de Vlaamse Regering van 7 december 2007, waarin die twaalf elementen worden behandeld.<sup>27</sup> Door deze

22. Memorie van toelichting bij het ontwerp van decreet 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, *Parl.St. VI.Parl.* 2015-16, nr. 731/1, 4.

23. Deze bepaling verwijst nog naar artikel 104, derde lid van de Nieuwe Gemeentewet, omdat de bevoegdheid tot deze bepaling door de Pacificatiewet van 9 augustus 1988 (voor de zes Vlaamse randgemeenten, Komen-Waasten en Voeren) is ingevoerd. Zodoende dient die bepaling ten aanzien van die gemeenten te blijven gelden. Deze verwijzing gebeurde bij de invoering van het Gemeentedecreet op advies van de afdeling Wetgeving van de Raad van State, memorie van toelichting bij het ontwerp van Gemeentedecreet, *Parl.St. VI.Parl.* 2004-05, nr. 347/1, 64.

24. Memorie van toelichting bij het ontwerp van decreet 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, *Parl.St. VI.Parl.* 2015-16, nr. 731/1, 11.

25. E. PEREMANS, "Les relations sociales" in J. SAROT (ed.), *Précis de fonction publique*, Brussel, Bruylant, 1994, 614-617 en R. JANVIER en P. HUMBLET, *Ambtenarenrecht: I. Vakbondsstatuut*, Brugge, die Keure, 1998, 17 en 73; I. DE WILDE, S. AERTS en R. JANVIER, *De eenzijdige wijziging van de arbeidsvoorwaarden van het (contractueel) overheidspersoneel*, Brugge, die Keure, 33-36.

26. RvS 29 maart 2010, nr. 202.461, ACOD.

27. Art. 105, § 2 van het Gemeentedecreet bepaalde dat de volgende aspecten minstens geregeld moesten worden door de Vlaamse Regering:  
"1° de bezoldiging van de personeelsleden en de salarisschalen die van toepassing zijn, rekening houdend met onder meer de gestelde bekwaamheidsvereisten en functievereisten;

2° de toekenning van toelagen en vergoedingen;

3° de voorwaarden en procedures voor aanwerving en bevordering. Die procedures waarborgen de objectiviteit van de aanwervingen en bevorderingen en de gelijke behandeling van de kandidaten. Alle personeelsleden worden steeds op proef aangesteld;

4° de bekendmaking van de vacatures en de proeftijd;

regeling was de ruimte voor de lokale overheden inderdaad zeer beperkt, wat haaks stond op de lokale autonomie. Deze aanpassing strookt meer met het concept van gemeentelijke autonomie<sup>28</sup>, maar de invulling gaat uit van een heel groot vertrouwen in de gemeentelijke democratie. Dit is volstrekt nieuw in ons juridisch bestel.

**12.** Om de eventuele willekeur uit de rechtspositieregeling weg te werken, is de rol van de toezichthoudende overheden cruciaal. Zij dienen de wettigheid en de conformiteit met het algemeen belang van de rechtspositieregelingen te controleren. Artikel 253, § 1 van het Gemeentedecreet bepaalt nog steeds dat de beslissingen van de gemeenteraad met betrekking tot de rechtspositieregeling binnen twintig dagen moeten worden voorgelegd aan de toezichthoudende overheid. Ook wanneer de gemeenteraad de bevoegdheid delegeert, blijft de originele bevoegdheid uiteraard bij de gemeenteraad. In de parlementaire voorbereiding staat expliciet te lezen dat de bevoegdheid door de oorspronkelijk bevoegde entiteit kan worden uitgeoefend. De gemeenteraad kan de rechtspositieregeling dus steeds naar zich toetrekken. Toch was het aangegeven om ook deze bepaling te verduidelijken en aan te geven dat ook besluiten, genomen na delegatie, onder deze bepaling vallen. De rol van de toezichthoudende overheid om de gemeentelijke democratie te bewaken, zal sterk toenemen.

## b2) Specifieke situatie van de steden met meer dan 200 000 inwoners

**13.** Bestuurlijk toezicht lost echter niet alles op. Zeker inzake opportuniteit wordt de taak van de toezichthoudende overheid bemoeilijkt. Artikel 116, tweede lid van het Gemeentedecreet bepaalt dat gemeenten met een inwonersaantal gelijk aan of hoger dan 200 000 gemotiveerd kunnen afwijken van de minimale regels vastgesteld door de Vlaamse Regering in-

zake de bezoldigingsregeling en de salarisschalen, de toekenning van toelagen en vergoedingen en het aantal dagen jaarlijkse vakantie- en de feestdagen. De Memorie van toelichting geeft als reden voor deze afwijking aan dat steden met zulke inwonersaantallen een groter personeelsbestand hebben en een complexere organisatie. Daarom moeten gemotiveerde afwijkingen mogelijk worden gemaakt. Dit zou ook toelaten om tussengraden en diverse salarisschalen te ontwikkelen.<sup>29</sup>

**14.** De afdeling Wetgeving van de Raad van State merkte hierbij op dat, om te voldoen aan het gelijkheidsbeginsel, de mogelijkheid om af te wijken van het besluit van de Vlaamse Regering houdende de minimale voorwaarden niet enkel een objectief criterium moet invoeren, maar dat criterium evenzeer relevant moet zijn voor het nagestreefde doel en de ontworpen regeling evenredig moet zijn met dat doel.<sup>30</sup> De Raad van State adviseerde dat een algemene afwijkingmogelijkheid niet evenredig was met het nagestreefde doel.<sup>31</sup> De afdeling wijst erop dat enige eenvormigheid net aangewezen kan zijn om concurrentie en opbod tussen de gemeenten te vermijden.<sup>32</sup> Om die reden heeft de Vlaamse Regering in het ontwerp van decreet finaal gekozen om de afwijkingen te beperken tot het aantal vakantie- en feestdagen en tot de financiële aspecten (bezoldigingsregeling, salarisschalen, toelagen en vergoedingen) van de rechtspositieregeling. De werkelijke afwijking moet dan specifiek gemotiveerd worden door de betrokken steden.<sup>33</sup> De vraag rijst of het niet precies op dit domein is dat de afdeling Wetgeving van de Raad van State haar opmerking bedoelde. Zij verwijst immers expliciet naar het arrest inzake het OCMW van Sint-Genesius-Rode<sup>34</sup> en andere waarin een mogelijkheid tot het uitbetalen van een taalpremie voor personeelsleden bij sommige OCMW's in faciliteitengemeenten wordt opgeheven. De motivering was precies om eenvormig-

<sup>5°</sup> de evaluatie, de wijze van aanwijzing van evaluatoren, de daarbijbehorende procedures, de periodiciteit en de rechtsgevolgen ervan, rekening houdend met de aard van de functie;

<sup>6°</sup> de organisatie van de loopbaan van de personeelsleden en van de interne mobiliteit;

<sup>7°</sup> de administratieve standen en de anciënniteit van de ambtenaren alsook de dienstbeëindiging;

<sup>8°</sup> de arbeidsduur, het verlof en de afwezigheden;

<sup>9°</sup> de onverenigbaarheden, en de beperkingen en voorwaarden voor cumulatie van activiteiten in overheids- of in privé-dienst;

<sup>10°</sup> de nadere regels betreffende het tuchtstelsel;

<sup>11°</sup> de toepasselijkheid van de nieuwe regels ten aanzien van het statutair personeel dat al in dienst is van de gemeente;

<sup>12°</sup> het verlies van de hoedanigheid van ambtenaar en de ambtsneerlegging."

28. A. DE BECKER en J. DEBIEVRE, "De aanwerving van gemeentepersoneel na het Besluit van de Vlaamse Regering van 7 december 2007" in J. DUJARDIN en M. VAN DAMME (eds.), *Rechtspositieregeling van het personeel bij de lokale besturen*, Brugge, die Keure, 2008, 95.

29. Memorie van toelichting bij het ontwerp van decreet 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, *Parl.St. VI.Parl.* 2015-16, nr. 731/1, 19-20.

30. Advies 58.589/3 van 18 januari 2016 over een voorontwerp van decreet 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, *Parl.St. VI.Parl.* 2015-16, nr. 731/1, 114.

31. Advies 58.589/3 van 18 januari 2016 over een voorontwerp van decreet 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, *Parl.St. VI.Parl.* 2015-16, nr. 731/1, 116-117.

32. Advies 58.589/3 van 18 januari 2016 over een voorontwerp van decreet 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, *Parl.St. VI.Parl.* 2015-16, nr. 731/1, 116-117.

33. Memorie van toelichting bij het ontwerp van decreet 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, *Parl.St. VI.Parl.* 2015-16, nr. 731/1, 20.

34. In dit arrest vochten verscheidende OCMW's uit faciliteitengemeenten aan dat er geen taalpremie meer kon worden toegekend aan de personeelsleden bij de OCMW's in deze gemeenten. De Vlaamse Regering stelde dit onder meer in om een opbod tussen de OCMW's in het Vlaams Gewest te vermijden. De afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State vond deze motivering aannemelijk. Zie RvS 12 juli 2012, nr. 220.293, OCMW Sint-Genesius-Rode.

heid te creëren en een opbod tussen de OGMW's te vermijden.

**15.** Dit geldt trouwens ook ten aanzien van de wijziging van artikel 247 van het Gemeentedecreet, dat de extern verzelfstandigde agentschappen nu toelaat om met een gemotiveerde afwijking aan personeelsleden een salarisschaal toe te kennen die hoger ligt dan die van de gemeentesecretaris. De Vlaamse Regering roept hier opnieuw de schaalgrootte in, alsook de omvang van het te beheren budget en de schaal van de activiteit.<sup>35</sup> Het is duidelijk dat de Vlaamse Regering bij de aanpassing van dit decreet net wel een concurrentiële verloning voor personeelsleden voor ogen heeft gehad. Hierdoor kan net wel een opbod tussen de lokale besturen ontstaan.

**16.** Deze aspecten bemoeilijken de rol van de toezichthoudende overheid, die telkens zal moeten nagaan in hoeverre de afwijking van de minimale voorwaarden dan wel van de salarisschalen bij de extern verzelfstandigde agentschappen proportioneel is of niet. De versterking van de lokale autonomie door meer zaken te kunnen delegeren, zorgt dus paradoxaal genoeg voor een nieuwe en versterkte rol van de toezichthoudende overheid. Alleen beschikt die toezichthoudende overheid niet meer over dezelfde instrumenten als vroeger. Het algemeen bestuurlijk toezicht is immers de regel geworden.<sup>36</sup> Algemeen bestuurlijk toezicht betekent *ex posteriori* toezicht doordat de toezichthoudende overheid enkel kan schorsen en vernietigen nadat de beslissing al is genomen. Bijzonder bestuurlijk toezicht impliceert dat de gemeente vooraf toestemming moet krijgen van de toezichthoudende overheid om een bepaalde rechtshandeling te stellen of dat een gemeente een beslissing eerst ter goedkeuring aan de toezichthoudende overheid moet voorleggen, vooraleer de beslissing werkelijk ten uitvoer kan worden gelegd.

## c) Dadingen

**17.** Tezelfdertijd is een verscherpt bestuurlijk toezicht niet steeds mogelijk. De wijziging ten aanzien van artikel 43, § 2, 19° maakt dit duidelijk. Dit artikel bepaalt nu dat de gemeenteraad de bevoegdheid inzake het aangaan van dadingen met personeelsleden naar aanleiding van een beëindiging van het dienstverband, die de gevolgen van de beëindiging van het dienstverband als voorwerp hebben, kan delegeren aan het college van burgemeester en schepenen. Arti-

kel 2044 van het Burgerlijk Wetboek bepaalt dat een dading een contract is waarbij partijen een gerezen geschil beëindigen, of een toekomstig geschil voorkomen. Dit contract moet schriftelijk opgemaakt worden.

De memorie van toelichting verduidelijkt dat zulke dading het gevolg kan zijn van moeilijkheden bij een re-integratie ten gevolge van een onrechtmatig bevonden ontslag. Deze bevoegdheid delegeren aan het college van burgemeester en schepenen zou dan een efficiëntiewinst betekenen omdat zulke onderhandelingen veel tijd in beslag nemen en ook betrekking hebben op aanzienlijke bedragen, waarbij het college van burgemeester en schepenen budgethouder is.<sup>37</sup> Deze keuze is heel bevreedend omdat de democratische eindcontrole op de financiële impact wordt beperkt en ook omdat het college van burgemeester en schepenen zo vrij spel krijgt om te bepalen dat een ambtenaar die een procedure voor de Raad van State heeft gewonnen, niet opnieuw in dienst wordt genomen. Het sluiten van dadingen met een statutair personeelslid dat, als gevolg van de vernietiging van hun ontslag, opnieuw geacht wordt in dienst te zijn, blijft heel twijfelachtig. Het impliceert immers dat het gelijkheidsbeginsel, dat cruciaal is in het ambtenarenrecht, niet gegarandeerd wordt. Volgens de rechtsleer is een van de wezenskenmerken van een dading immers precies dat beide partijen toegevingen doen.<sup>38</sup> De eigenheid van een dading laat uiteraard niet toe om een fundamentele controle van de reacties in de rechtspraak op gesloten dadingen te beoordelen. Er is ons geen expliciet arrest van de Raad van State bekend dat een dading in het ambtenarenrecht erkent.

**18.** De Raad van State heeft wel al de mogelijkheid erkend om dadingen te sluiten voor overheden in andere takken van het bestuursrecht.<sup>39</sup> Dat hangt ook samen met hetgeen in artikel 43 van het Gemeentedecreet was bepaald. De gehanteerde bewoordingen in het arrest Gemeente Oostrozebeke doen zelfs uitschijnen dat de Raad van State in het algemeen geen problemen heeft met het sluiten van dadingen door de overheid. De Raad van State overweegt daar dat geen enkele regel *a priori* uitsluit dat de overheid dadingen kan sluiten.<sup>40</sup> Deze uitspraak kan echter niet zonder meer geëxtrapoleerd worden naar het ambtenarenrecht.

**19.** Los van de mogelijkheid om een dading te sluiten in het ambtenarenrecht, is het meer fundamentele probleem dat dit een decretale verankering vormt van

35. Memorie van toelichting bij het ontwerp van decreet 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, *Parl.St. VI.Parl.* 2015-16, nr. 731/1, 20-21.

36. A. DE BECKER, "Algemeen bestuurlijk toezicht wordt de regel en wat met de uitzonderingen?" in X (ed.), *Het bestuurlijk toezicht op de lokale besturen*, Brugge, die Keure, 2010, 1-35.

37. Memorie van toelichting bij het ontwerp van decreet 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, *Parl.St. VI.Parl.* 2015-16, nr. 731/1, 11.

38. H. CASIER en D. DE PEUTER, "De draagwijdte van de dading: een praktische analyse van rechtsleer en rechtspraak: Water bij de wijn, en zand erover... Of toch oude koeien uit de gracht halen?", *Jura Falc.* 2006-07, 32.

39. RvS 6 april 2006, nr. 157.356, Ghyselincx. Zie ook P. CABOOR, "Dading door de overheid: een pragmatische visie" in X (ed.), *Rechtsbescherming*, Brugge, die Keure, 2008, 203-205.

40. RvS 6 april 2006, nr. 157.351, Gemeente Oostrozebeke.

een oneigenlijke uitvoering van een arrest van de Raad van State dat een *ex-tunc*-karakter heeft. In dit geval is er dus evenmin een democratische controle van de gemeenteraad (als emanatie van de bevolking) als het college van burgemeester en schepenen een dading sluit. De eigenheid van een dading schept net ruimte voor een grote discretionaire bevoegdheid die opnieuw niet langer transparant verloopt. De overgrote meerderheid van dadingen heeft immers strenge confidentialiteitsclausules. Gelet op de eigenheid van de handeling, te weten het oneigenlijk uitvoeren van een arrest van de Raad van State na een vernietiging, dient elke gemeente zich goed te bezinnen of zij de voorkeur geeft aan efficiëntiewinst dan wel aan democratische controle. Bovendien kan dit niet worden opgevangen door het bestuurlijk toezicht. Omdat er reeds een overeenkomst is gesloten, kan bestuurlijk toezicht niet meer dienstig optreden.

**20.** Tevens lijkt de memorie van toelichting te laten uitschijnen dat een dading met een statutair personeelslid in meerdere gevallen kan voorkomen.<sup>41</sup> Dit dient te worden gerelativeerd. Uiteraard kan geen dading worden gesloten ingeval het ontslag uitgaat van de overheid. Dit impliceert immers dat de overheid onderhandelt over de voorwaarden waaronder de rechtspositieregeling wordt toegepast, hetgeen in strijd is met het gelijkheidsbeginsel. Ingeval het statutair personeelslid zelf ontslag neemt, dient bij een dading de volgorde goed in acht te worden genomen. In beginsel kan immers geen overeenkomst worden gesloten met een statutair personeelslid, aangezien dat net de kenmerkende eenzijdigheid aantast van de arbeidsrelatie.<sup>42</sup> Dit betekent dat het statutair personeelslid eerst formeel ontslag moet nemen vooraleer er een overeenkomst mee gesloten kan worden. Vaak wordt dat in de praktijk in één overeenkomst gegoten, terwijl het technisch juridisch twee aparte rechtshandelingen betreft. Vanuit die techniciteit is het dan ook aangewezen om twee aparte rechtshandelingen te treffen die op hetzelfde ogenblik plaatsgrijpen. De eerste rechtshandeling (het ontslag) kan dan uiteraard pas ingaan op het ogenblik dat er een akkoord over de tweede is bereikt. Dit betekent concreet dat het ontslag wordt gegeven onder de opschortende voorwaarde dat er een akkoord over de modaliteiten van de dading wordt bereikt.

In de memorie van toelichting staat te lezen dat de dading een vergelijk inhoudt over de voorwaarden

waaronder het dienstverband van het personeelslid uiteindelijk beëindigd wordt.<sup>43</sup> Het is opvallend dat de Vlaamse Regering zich dus niet voldoende bewust is van de eigenheid van statutaire tewerkstelling om hier een correcte analyse te maken. De noodzakelijke ontduubeling wordt nergens gemaakt.

**21.** Bovendien heeft dit zelf genomen ontslag uiteraard gevolgen voor het betrokken statutair personeelslid. Het kan dan geen aanspraak maken op een werkloosheidsuitkering en er worden in de toekomst geen pensioenrechten opgebouwd bij de gemeente waar het personeelslid was tewerkgesteld. In de meerderheid van de gevallen zal de dading hiervoor in geldelijke compensatie voorzien, maar dat is geen juridische verplichting. Het geeft wel aan hoe groot de discretionaire bevoegdheid van het college van burgemeester en schepenen op financieel gebied is inzake het sluiten van een dading.

## d) Aanstelling, ontslag en tucht

**22.** De afbouw van de democratische controle blijkt ook uit het feit dat de beslissing om over te gaan tot aanstelling, ontslag en tucht ten aanzien van leden van het managementteam, gesubdelegeerd kan worden aan de gemeentesecretaris, met verdere mogelijkheid tot subdelegatie. Tevoren gold de mogelijkheid tot delegatie aan de gemeentesecretaris enkel ten aanzien van de andere personeelsleden, maar niet ten aanzien van het managementteam. Deze wijziging is opnieuw ingegeven door het streven om de grote stadsbesturen meer mogelijkheden inzake personeelsorganisatie te geven.

De Vlaamse Regering schrijft in de memorie van toelichting dat de gemeentebesturen er zelf moeten voor zorgen dat de mogelijke onverenigbaarheden, cumulatie van rollen en de gelijke rechtsbehandeling van personeelsleden gegarandeerd blijven. De Vlaamse Regering noemt dit terecht een kwestie van lokale autonomie. Vanuit dat oogpunt sluit deze bepaling weer aan bij de Grondwet. Het komt immers de decreetgever zelf toe om de grenzen van de gemeentelijke autonomie te bepalen.<sup>44</sup> Uiteraard betekent dit wel dat de gemeenten zelf de verantwoordelijkheid dragen om de correcte wettelijke omkadering te geven. Toch dient ook hier gewaakt te worden over de potentiële willekeur bij de uitoefening van zulke bevoegdheden. Die mechanismen zijn niet bijkomend uitgetekend. Dit

41. Memorie van toelichting bij het ontwerp van decreet 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, *Parl.St.* VI.Parl. 2015-16, nr. 731/1, 11. Hierin staat immers het volgende te lezen: "Een dergelijke dading kan het gevolg zijn van de problematiek van de re-integratie van een personeelslid na een onregelmatig bevonden ontslag, waarbij er een geschil ontstaat over de wederzijdse rechten en plichten."

42. A. DE BECKER, *De overheid en haar personeel: juridische grondslagen van de rechtspositie van de ambtenaar*, Brugge, die Keure, 2007, 27-33.

43. Memorie van toelichting bij het ontwerp van decreet 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, *Parl.St.* VI.Parl. 2015-16, nr. 731/1, 11.

44. Het concept 'gemeentelijke autonomie' is een van de meest omstreden concepten in het Belgisch recht. Toch is het wel degelijk een basiselement van de Grondwet dat de gemeenten autonoom invulling geven aan de gemeentelijke belangen. Het kader van het grondwettelijk beginsel wordt bepaald door de decreetgever. Lees hierover M. BOES, "Het Gemeentedecreet. Algemeen kader" in J. DUJARDIN (ed.), *Gemeente- en Provinciedecreet*, Brugge, die Keure, 2006, 1-21 en R. JANVIER, I. DE WILDE en S. AERTS, "Leçon 2. Uniformité, équité et gestion des ressources humaines" in R. JANVIER (ed.), *Le droit social de la fonction publique*, Brussel, La Chartre, 2015, 39-43.

had bijvoorbeeld gekund door een aanpassing van het procedé van het bestuurlijk toezicht. Zulke aanpassing is echter niet meegenomen in deze nieuwe regelingen.

Enkel voor de werkelijke decretale graden (de gemeentesecretaris, de adjunct-gemeentesecretaris, de financieel beheerder en de ombudsman) kan de bevoegdheid inzake aanstelling, tucht en ontslag niet worden gedelegeerd. Dit blijkt uit artikel 43, § 2, 7° van het Gemeentedecreet.

### 3. De installatie van een principiële keuzevrijheid tussen contractuele en statutaire tewerkstelling

#### a) Algemeen

**23.** De publicaties van de voorbije jaren over de rechtspositie van het overheidspersoneel benadrukken steeds hetzelfde probleem. Telkens opnieuw kaarten ze aan dat bij de overheid twee tewerkstellingsvormen naast elkaar bestaan die niet evenwaardig zijn. Statutaire tewerkstelling is de juridische regel, maar contractuele tewerkstelling is de praktijk.<sup>45</sup> Het verschil tussen de juridische regel en de dagelijkse praktijk is sedert geruime tijd het grootst bij de lokale besturen.<sup>46</sup>

**24.** De principiële statutaire tewerkstelling staat nog steeds te lezen in regelgeving op federaal, deelstatelijk niveau. Het Vlaams Gemeentedecreet schreef zich tot voor kort in een ruimere ambtenaarrechtelijke logica.

Artikel 3 van de wet van 22 juli 1993 houdende bepaalde maatregelen inzake ambtenarenzaken<sup>47</sup> bepaalt voor het federaal openbaar ambt dat de personeelsleden worden aangeworven in de hoedanigheid van statutair ambtenaar. Artikel 2, § 1 van het KB 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 (hierna ook APKB 2000)<sup>48</sup>, bepaalt dat aan de personeelsbehoeften uitsluitend voldaan wordt door ambtenaren, waarbij

artikel 1, § 2 APKB 2000 de ambtenaar omschrijft als diegene die zich in een statutaire stand bevindt. De rol van het APKB is vaak beschreven.<sup>49</sup> Het duidde die principes aan die voor de federale ambtenaren golden en die ook door de Gemeenschaps- en de Gewestoverheden bij de uitvaardiging van hun rechtspositieregelingen diende te worden gerespecteerd. Het werd omschreven als een regeling die haaks stond op wat in het Belgisch concept van een volwaardige federale staat met gelijkwaardigheid tussen de federale overheid en de deelstaten hoort te bestaan.<sup>50</sup>

**25.** Door de wijziging van artikel 87, § 4 BWHI bij bijzondere wet van 6 januari 2014 werd de wettelijke grondslag voor het APKB opgeheven. Dit impliceert dat de voorkeur voor statutaire tewerkstelling als principe in de toekomst misschien niet hoeft te blijven bestaan in de rechtsposities van de personeelsleden bij de deelstaten. De principiële voorkeur voor statutaire tewerkstelling vloeit immers niet langer verbindend voort uit de artikelen 1 en 2 van het APKB 2000. Wel bepaalt artikel 87, § 2 en § 3 BWHI dat de regering de personeelsformatie vaststelt en de benoemingen bij de diensten van de regering doet. Dit impliceert dat er wel degelijk nog benoemingen moeten gebeuren. Er kan met andere woorden niet zonder meer beslist worden dat er in de toekomst enkel nog contractuele personeelsleden zullen worden aangeworven.

Contractuele aanwervingen konden, conform artikel 2, § 1 APKB, enkel voorkomen in de vier volgende gevallen:

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

2° om 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° om bijkomende of specifieke opdrachten te vervullen, waarvan de lijst vooraf wordt bekendgemaakt door elke uitvoerende macht;

4° om te voorzien in de uitvoering van taken die een bijzondere kennis of ruime ervaring op hoog niveau

45. R. JANVIER en K. JANSSENS, *De mythe van het statuut voorbij? De nieuwe overheidswerkgever is opgestaan!*, Brugge, die Keure, 2003, 20 en 53 en I. DE WILDE, *Flexicurity in de publieke sector: een analyse van de eenzijdige wijzigbaarheid van de individueel en collectief bepaalde voorwaarden van de overheidscontractant*, Antwerpen, Universiteit Antwerpen, 2016, 104.

46. R. JANVIER en K. JANSSENS, *De mythe van het statuut voorbij? De nieuwe overheidswerkgever is opgestaan!*, Brugge, die Keure, 2003, 69.

47. BS 14 augustus 1993.

48. BS 9 januari 2001; *err.* BS 20 januari 2001.

49. Lees hierover F. LEURQUIN-DE VISSCHER, “Het KB tot bepaling van de algemene principes van het openbaar ambt: normatieve en jurisprudentiële ontwikkelingen” in R. ANDERSEN en K. LEUS (eds.), *Hervorming van het openbaar ambt*, Brugge, die Keure, 2002, 33-57; K. LEUS, “Zin en onzin van het KB houdende de algemene principes” in R. ANDERSEN en K. LEUS (eds.), *Hervorming van het openbaar ambt*, Brugge, die Keure, 2002, 59-80 en B. WEEKERS, *Ambtenarenrecht: het KB tot bepaling van de algemene principes*, Brugge, die Keure, 2004, 68 p.

50. B. WEEKERS, *Ambtenarenrecht: het KB tot bepaling van de algemene principes*, Brugge, die Keure, 2004, 5 en A. DE BECKER, *De overheid en haar personeel*, Brugge, die Keure, 2007, 167.



*vereisen, beide relevant voor de uit te voeren taken.”*

Artikel 2, § 2 van het APKB 2000 voegt in realiteit een vijfde uitzondering toe. Deze paragraaf bepaalt met name dat het oprichtingsdecreet van een publiekrechtelijke rechtspersoon die zijn taken voornamelijk in mededinging uitvoert, voor deze activiteiten personeelsleden met arbeidsovereenkomsten kan aanwerven.<sup>51</sup>

**26.** Voor de Vlaamse gemeentebesturen werd het principe van statutaire tewerkstelling neergeschreven in artikel 104 van het Gemeentedecreet. Dit artikel bepaalde tot vóór de wijziging door het decreet van 3 juni 2016 dat de Vlaamse gemeenten hun personeel in beginsel statutair tewerkstelden. Het Gemeentedecreet schreef echter zes uitzonderingen voor op het principe van statutaire tewerkstelling. De vier uitzonderingen voor contractuele tewerkstelling die ook golden voor de federale overheid en de deelstaten, werden overgenomen, maar wel aangevuld met twee bijkomende uitzonderingen. Contractuele tewerkstelling was bijkomend mogelijk om:

- te voorzien in de personeelsbehoeften voor activiteiten die door een andere overheid gesubsidieerd worden;
- te voorzien in de personeelsbehoeften voor activiteiten die hoofdzakelijk verricht worden in mededinging met andere marktdeelnemers.

De uitbreiding van het aantal uitzonderingscategorieën had vooral te maken met de eigenheid van de gemeentebesturen. Zij verrichten vele activiteiten die worden gesubsidieerd, wat een grotere kans op tijdelijk personeel impliceert omdat subsidies tijdelijk worden toegekend. De tweede bijkomende uitzondering stemde overeen met die welke voor de publiekrechtelijke rechtspersonen bij de gemeenschappen en de gewesten is bepaald in artikel 2, § 2 APKB.

**27.** De regel was dus statutaire tewerkstelling en contractuele tewerkstelling was de uitzondering. In realiteit groeide het aantal arbeidscontractanten in dienst van de gemeentebesturen echter zeer snel. Op het ogenblik dat het Gemeentedecreet in 2005 werd aangenomen, stelden de Vlaamse gemeentebesturen reeds een meerderheid contractuele personeelsleden tewerk.<sup>52</sup> Toen bestond er dus al een tegenstrijdigheid tussen de regel en de praktijk. De uitlating van de

toenmalige minister van Binnenlands Bestuur, die in parlementaire voorbereiding aanstipte dat men op de ingeslagen weg moest voortgaan om het aantal contractuele personeelsleden te verhogen, stond toen uiteraard nog haaks op de regelgeving.<sup>53</sup>

Toch stond ze niet haaks op de realiteit. Het aantal arbeidscontractanten bij de Vlaamse lokale besturen (gemeentebesturen) nam ook daarna nog sterk toe. In 2015 zijn er meer dan 60 % contractuele personeelsleden bij de lokale besturen.<sup>54</sup> De kloof tussen de juridische realiteit en de feiten bleef dus groeien.

Uiteindelijk heeft deze evolutie geleid tot de wijziging bij decreet van 3 juni 2016. Artikel 13 van dit decreet wijzigt artikel 104, § 1 van het Gemeentedecreet als volgt:

*“Het personeel van de gemeenten kan in statutair of in contractueel dienstverband worden aangesteld.”*

Hiermee komt de Vlaamse decreetgever dus tegemoet aan de realiteit op de werkvloer.

## b) Juridische vraag als gevolg van de keuzevrijheid: wat met de bescherming tegen (politieke) willekeur?

**28.** Vanzelfsprekend doet deze wijziging ook juridische vragen rijzen. De afdeling Wetgeving van de Raad van State werpt de vraag op of de decreetgever zomaar kan afwijken van het principe van statutaire tewerkstelling.<sup>55</sup> Het antwoord is hierop positief omdat de juridische grondslag voor de statutaire tewerkstelling te vinden was in de bescherming van de personeelsleden tegen politieke willekeur. Daarom had de wetgever in 1903 (bij wet van 30 juni 1903) de stabiliteit van het dienstverband ingevoerd om de gemeentepersoneelsleden te beschermen tegen een wijziging van de politieke meerderheid en daarmee gepaard gaande potentiële willekeur.<sup>56</sup> De decreetgever beschikt dus ten volle over deze bevoegdheid omdat er geen grondwettelijke grondslag voor de principiële statutaire tewerkstelling te vinden is bij de gemeenten.

**29.** Alleen is het wel betreuwenswaardig dat de Vlaamse decreetgever zich niet bewust lijkt te zijn van de werkelijke juridische grondslag. In de memorie van toelichting wordt verwezen naar het continuïteits- en

51. Lees hierover K. LEUS, “Zin en onzin van het KB houdende de algemene principes” in R. ANDERSEN en K. LEUS (eds.), *Hervorming van het openbaar ambt*, Brugge, die Keure, 2002, 75-76.

52. R. JANVIER, I. DE WILDE en S. AERTS, “Leçon 2. Uniformité, équité et gestion des ressources humaines” in R. JANVIER (ed.), *Le droit social de la fonction publique*, Brugge, die Keure, 2015, tabellen 22 en 23.

53. Verslag namens de Commissie voor Binnenlandse Aangelegenheden, Bestuurszaken, Institutionele en Bestuurlijke Hervorming en Decreetsevaluatie bij het ontwerp van Gemeentedecreet, *Parl.St. VI.Parl. 2004-05*, nr. 347/6, 79.

54. I. DE WILDE, *Flexicurity in de publieke sector: een analyse van de eenzijdige wijzigbaarheid van de individueel en collectief bepaalde voorwaarden van de overheidscontractant*, Antwerpen, Universiteit Antwerpen, 2016, 102.

55. Advies 58.589/3 van 18 januari 2016 over een voorontwerp van decreet 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, *Parl.St. VI.Parl. 2015-16*, nr. 731/1, 112-113.

56. A. DE BECKER, *De overheid en haar personeel: juridische grondslagen van de rechtspositie van de ambtenaar*, Brugge, die Keure, 2007, 370.

het veranderlijkheidsbeginsel.<sup>57</sup> Die vormden bij de gemeenten net niet de grondslag voor de keuze voor statutaire tewerkstelling.<sup>58</sup> Het continuïteitsbeginsel speelt zelfs helemaal geen rol bij de optie voor statutaire tewerkstelling. Het veranderlijkheidsbeginsel vormde voor de gemeentebesturen niet de grondslag. De wet van 10 juni 1903 had immers (vóór elke andere regeling) het vaste dienstverband geïntroduceerd voor de personeelsleden bij de gemeenten om hen te beschermen tegen politieke willekeur.<sup>59</sup>

Louter als gevolg van de keuze voor de statutaire tewerkstelling speelt het veranderlijkheidsbeginsel een rol bij de gemeenten. Dit blijkt uit de rechtspraak van de Raad van State.<sup>60</sup> De Vlaamse Regering schakelt niettemin zelfs een versnelling hoger en stelt dat dit beginsel ook gegarandeerd is bij de contractuele personeelsleden.<sup>61</sup> Dit is bevreemdend, aangezien uit de rechtspraak net het tegenovergestelde blijkt. De arbeidsrechtbanken maken net geen toepassing van het veranderlijkheidsbeginsel ten overstaan van arbeidsovereenkomsten bij de gemeenten. Dit is ook logisch omdat de arbeidsovereenkomsten in de publieke sector volledig worden gereguleerd door het private arbeidsrecht. De arbeidsrechtbanken hanteren het veranderlijkheidsbeginsel niet om de eenzijdige wijziging van een arbeidsovereenkomst toe te laten. Integendeel, de principiële onveranderlijkheid van de arbeidsovereenkomst wordt ook toegepast op arbeidsovereenkomsten.<sup>62</sup> Vanuit dat oogpunt is de parlementaire voorbereiding dan ook verrassend.

De rol van het veranderlijkheidsbeginsel is juridisch dus net niet gegarandeerd bij arbeidsovereenkomsten. Enkel indien de arbeidsovereenkomst (binnen bepaalde grenzen) een wijzigingsbeding zou bevatten, kunnen er beperkte wijzigingen worden aangebracht aan de arbeidsovereenkomst.<sup>63</sup> De werknemer kan bij een eenzijdige wijziging van een essentiële arbeidsvoorwaarde inroepen dat de werkgever eigenlijk tot impliciet ontslag is overgegaan.<sup>64</sup>

Eenzijdige wijzigbaarheid is net inherent een gevolg van een statutaire arbeidsrelatie. De Vlaamse Regering stelt, begrijpelijk, dat de Vlaamse gemeenten al lang meer contractuele dan statutaire personeelsleden tewerkstellen.<sup>65</sup> Alleen biedt dit geen antwoord op de bekommernis die de wetgever bij de wet van 30 juli 1903 had. Hij wilde precies voorkomen dat er te gemakkelijk overgegaan zou worden tot ontslag van personeelsleden bij de gemeenten om politieke motieven. Het komt de Vlaamse decreetgever toe om de invalshoek die de wetgever in 1903 heeft gekozen, te wijzigen, maar de Vlaamse decreetgever kan dan het best correct aangeven waarom hij verkiest om een andere optie te nemen.

**30.** De afdeling Wetgeving van de Raad van State had ook een opmerking geformuleerd over de vraag of het vermoeden van statutaire tewerkstelling behouden blijft.<sup>66</sup> Dit vermoeden gold in beginsel vooral ten aanzien van die entiteiten (de zogenaamde parastatalen of door de decreetgever of de lokale overheid opgerichte publiekrechtelijke rechtspersonen, maar niet de (lokale) overheden zelf) waarvoor de regelgever geen regeling had getroffen en waarbij het veranderlijkheidsbeginsel de grondslag vormde van de statutaire tewerkstelling.<sup>67</sup> De logica vloeide uiteraard voort uit de wetskrachtige dan wel reglementaire voorkeur voor statutaire tewerkstelling. De vraag van de afdeling Wetgeving van de Raad van State paste dus in een andere logica dan diegene die de decreetgever hier voor de lokale besturen uittekent. Het vermoeden van statutaire tewerkstelling was uiteraard gekoppeld aan de principiële voorrang voor statutaire tewerkstelling. Doordat dit principe wegvalt, hoeft het vermoeden van statutaire tewerkstelling niet te blijven bestaan. Niettemin heeft de Vlaamse Regering in de memorie van toelichting verduidelijkt dat dit vermoeden toch intact blijft ingeval de overheid volledig nalaat om een

57. Memorie van toelichting bij het ontwerp van decreet 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, *Parl.St.* VI.Parl. 2015-16, nr. 731/1, 8.

58. Verslag van de Commissie bij wetsontwerp op de stabiliteit van de gemeentelijke dienstbetrekkingen, *Parl.St.* Kamer 1902-03, nr. 115, 4; A. DE BECKER, *De overheid en haar personeel: juridische grondslagen van de rechtspositie van de ambtenaar*, Brugge, die Keure, 2007, 370.

59. A. DE BECKER, *De overheid en haar personeel: juridische grondslagen van de rechtspositie van de ambtenaar*, Brugge, die Keure, 2007, 370.

60. RvS 9 maart 2006, nr. 156.152, Snauwaert.

61. Memorie van Toelichting bij het ontwerp van decreet 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, *Parl.St.* VI.Parl. 2015-16, nr. 731/1, 15. Daarin stelt de Vlaamse Regering het volgende: "De statutaire (eenzijdige) tewerkstelling bij de overheid vond zijn wortels in het beginsel van de continuïteit en veranderlijkheid van de openbare dienst. Inmiddels toont de praktijk bij de lokale besturen aan dat dit beginsel overeind blijft, ook als het contractuele dienstverband de evenknie wordt van of zelfs de overhand krijgt op het statutaire dienstverband."

62. I. DE WILDE, S. AERTS en R. JANVIER, *De eenzijdige wijziging van de arbeidsvoorwaarden van het (contractueel) overheidspersoneel*, Brugge, die Keure, 2014, 232 en I. DE WILDE en P. JOASSART, "La modification unilatérale des conditions de travail du personnel contractuel: l'impossible alchimie" in R. JANVIER en A. DE BECKER (eds.), *De rechtspositie van het overheidspersoneel in beweging – Le statut juridique des services publics en évolution*, Brugge, die Keure, 2015, 65-86.

63. I. DE WILDE, S. AERTS en R. JANVIER, *De eenzijdige wijziging van de arbeidsvoorwaarden van het (contractueel) overheidspersoneel*, Brugge, die Keure, 2014, 289.

64. I. DE WILDE, S. AERTS en R. JANVIER, *De eenzijdige wijziging van de arbeidsvoorwaarden van het (contractueel) overheidspersoneel*, Brugge, die Keure, 2014, 200-201, waar ook een discussie over de eigenheid van dit concept wordt gevoerd.

65. Memorie van toelichting bij het ontwerp van decreet 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, *Parl.St.* VI.Parl. 2015-16, nr. 731/1, 8.

66. Advies 58.589/3 van 18 januari 2016 over een voorontwerp van decreet 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, *Parl.St.* VI.Parl. 2015-16, nr. 731/1, 112.

67. A. DE BECKER en J. DEBIEVRE, "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, 67-90.

personeelslid expliciet te benoemen dan wel een arbeidsovereenkomst te sluiten.<sup>68</sup>

## c) De inperking van het ontslagrecht

**31.** De Vlaamse Regering gaat dus niet in op de redenen waarom de principiële statutaire tewerkstelling vroeger bij de gemeentebesturen werd geïnstalleerd. De bescherming tegen politieke willekeur, vooral inzake ontslag, speelde (zoals aangegeven) een hele grote rol.

**32.** Met betrekking tot een zekere verhoogde ontslagbescherming voor de contractanten bij de gemeentebesturen wordt er enkel bepaald dat de contractuele personeelsleden evenzeer geëvalueerd dienen te worden vooraleer zij ontslagen kunnen worden omwille van hun beroepsongeschiktheid.<sup>69</sup> Daarnaast wordt de evaluatie trouwens facultatief. De personeelsleden krijgen louter een recht op opvolging en feedback. Dit moet de gemeenten opnieuw meer autonomie bezorgen om zelf invulling te geven aan hun human resources beleid.<sup>70</sup>

Een ontslag wegens beroepsongeschiktheid kan overeenkomstig het nieuwe artikel 115 van het Gemeentedecreet (zoals gewijzigd door art. 20 van het decreet van 3 juni 2016) aan elk contractueel personeelslid maar worden opgelegd na een negatieve evaluatie. Op die wijze perkt de decreetgever de autonomie van het gemeentebestuur in om over te gaan tot ontslag van een contractueel personeelslid.

**33.** De VVSG en de VVP verzetten zich tegen deze verplichting omdat zij zich afvragen of de Vlaamse overheid wel bevoegd is om deze maatregel uit te vaardigen.<sup>71</sup> Het betreft hier een inperking van de ontslagruimte van de werkgevers. Deze bedenking snijdt inderdaad hout.

Arbeidsrechtelijk kan het gemeentebestuur weliswaar zelf als werkgever zijn ontslagruimte inperken.<sup>72</sup> Artikel 115, vierde en laatste lid van het Gemeentedecreet perkt nu de ontslagvrijheid bij decreet in. De decreetgever heeft dit al gedaan op het gebied van het onderwijs. Daar zijn ontslagbepalingen ingeschreven in de onderscheiden decreten met betrekking tot de rechtsposities van het onderwijzend personeel. Alleen kan er op basis van artikel 127 van de Grondwet niet be-

twist worden dat de bevoegdheid om de rechtspositie van het onderwijzend personeel te regelen wel degelijk toekomt aan de Gemeenschapsparlamenten.<sup>73</sup> Dit geldt in dit geval echter niet. Arbeidsrecht is immers een federale bevoegdheid overeenkomstig artikel 6, § 1. VI. 12° van de Bijzondere Wet van de Hervorming der Instellingen.

Het is bijgevolg inderdaad de vraag of deze bepaling de toets van de bevoegdheidsverdeling kan doorstaan. De memorie van toelichting levert ook geen enkele indicatie op dat er hier gebruikgemaakt wordt van de theorie van de impliciete bevoegdheden. De afdeling Wetgeving van de Raad van State rept hier met geen woord over. Nochtans begeeft de Vlaamse decreetgever zich hier inderdaad op een bevoegdheidssterrein dat het zijne niet is. De huidige bepaling verschilt fundamenteel van de vorige omdat artikel 115 van het Gemeentedecreet tot vóór deze wijziging enkel op de eigenlijke evaluatie betrekking had en niet de arbeidsrechtelijke gevolgen van de evaluatie regelde. Hier legt de decreetgever expliciet een voorwaarde vooraleer tot ontslag kan worden overgegaan. Dat is echter een bevoegdheid van de federale wetgever of van het gemeentebestuur zelf.

In de memorie van toelichting geeft de Vlaamse Regering als verklaring dat de ontslagmacht van de gemeentebesturen behouden blijft.<sup>74</sup> Dit volstaat uiteraard niet. De inperking van het ontslagrecht van een werkgever door de federale wetgever gebeurt daarentegen wel meer. In het arbeidsrecht zijn bijvoorbeeld bepaalde leden van de werknemersvertegenwoordiging beschermd tegen een ontslag op basis van de wet van 19 maart 1991 houdende bijzondere ontslagregeling voor de personeelsafgevaardigden in de ondernemingsraden en in de comités voor veiligheid, gezondheid en verfraaiing van de werkplaatsen alsmede voor de kandidaat-personeelsafgevaardigden.<sup>75</sup> De huidige inperking van het ontslagrecht komt de federale wetgever toe op basis van artikel 6, § 1. VI. 12°, dat bepaalt dat het arbeidsrecht een federale materie is. De ontslagmacht begint bovendien pas te spelen op het ogenblik dat de werkgever bij een ontslag de arbeidsrechtelijke ontslagregels niet naleeft. De rechter kan in dat geval de werkgever niet verplichten om de ontslagen werknemer opnieuw in dienst te nemen. De doelmatigheid van het ontslag (met uitzondering van

68. Memorie van toelichting bij het ontwerp van decreet 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, *Parl.St.* VI.Parl. 2015-16, nr. 731/1, 8.

69. Memorie van toelichting bij het ontwerp van decreet 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, *Parl.St.* VI.Parl. 2015-16, nr. 731/1, 19.

70. Memorie van toelichting bij het ontwerp van decreet 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, *Parl.St.* VI.Parl. 2015-16, nr. 731/1, 18.

71. Eindverslag nr. 2015/3 houdende de conclusies van de onderhandelingen die op 2, 9 en 24 september en op 14, 21 en 26 oktober werden gevoerd in de onderafdeling 'Vlaams Gewest en Vlaamse Gemeenschap' van de eerste afdeling van het comité voor de provinciale en plaatselijke overheidsdiensten, *Parl.St.* VI.Parl. 2015-16, nr. 731/1, 57.

72. K. SALOMEZ, *De rechtspositie van de ontslagmacht naar Belgisch arbeidsrecht*, Brugge, die Keure, 2004, 180-203.

73. R. VERSTEGEN, "Waarborgen voor vastheid van betrekking in het vrij onderwijs. De decretale regeling doorgelicht", *TORB* 2001-02, 405-452.

74. Memorie van toelichting bij het ontwerp van decreet 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, *Parl.St.* VI.Parl. 2015-16, nr. 731/1, 19.

75. *BS* 29 maart 1991.

de overtreding van de taaldecreten) blijft behouden.<sup>76</sup> Bijgevolg wordt het doel dus niet (volledig) bereikt dat de gemeentelijke overheid het contractuele personeelslid een grotere arbeidszekerheid bezorgt.

De impact van de inperking van de ontslagvrijheid van de gemeentelijke overheid blijft bovendien zeer relatief. Het Hof van Cassatie heeft immers eerder al geoordeeld dat een werkgever zijn eigen ontslagvrijheid kan inperken, maar niet zo ver kan gaan dat die inperking ertoe leidt dat hij die vrijheid volledig opgeeft.<sup>77</sup> Dit is hier ook het geval: indien geen evaluatie plaatsvindt voor het ontslag, zal het ontslag nog steeds niet nietig worden bevonden door de rechter.

De inperking in artikel 115 van het Gemeentedecreet leidt er dus niet toe dat de ontslagvrijheid volledig wordt uitgehold. Niettemin kan de decreetgever niet zelf de ontslagvrijheid inperken. Dit komt de federale wetgever toe.

**34.** Dit blijft fundamenteel verschillend ten overstaan van de statutaire personeelsleden waar de Raad van State een vernietiging van het ontslag kan uitspreken bij een onwettigheid. Heel vreemd is dan ook dat de VVSG en de VVP precies verdedigen dat de verplichte evaluatie bij het ontslag van een arbeidscontractant de *checks and balances* in het arbeidsovereenkomstenrecht met de voeten treedt. De *checks and balances* ontmijnen echter de ontslagmacht van de werkgever niet, zodat hij met miskenning van de arbeidsrechtelijke regels, nog steeds tot ontslag kan overgaan. Met andere woorden: de mogelijkheid om iemand willekeurig te ontslaan is, zelfs met de verplichte evaluatie, juridisch niet ingeperkt. De miskenning van die regel leidt immers niet tot de nietigheid van het ontslag omdat het ontslag een vormvrije rechtshandeling is.

Blijkbaar zijn de *checks and balances* voor het VVSG en de VVP dat de al bestaande regels inzake motivering en hoorplicht moeten worden nageleefd. De beginselen van behoorlijk bestuur en de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen<sup>78</sup> zijn echter niet van toepassing op een ontslag van een arbeidscontractant. Dat oordeelde het Hof van Cassatie duidelijk in het arrest van 12 oktober 2015.<sup>79</sup> Vermoedelijk dateert deze stellingname van voor dit arrest, maar ook tevoren was het hoogst onduidelijk of een gemeente de beginselen van behoorlijk bestuur en de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurs-

handelingen diende te respecteren in geval van ontslag van een arbeidscontractant.<sup>80</sup>

Het gevolg is duidelijk: de decreetgever heeft het principiële pad verlaten om de personeelsleden bij de gemeenten te beschermen tegen willekeurige politieke ontslagen door een stelsel van ontslaggronden af te bakenen. In geval van ontslag met miskenning van deze regelgeving, wordt het ontslag vernietigd en ontstaat er een re-integratieverplichting. Deze bescherming kan enkel worden geboden via statutaire tewerkstelling. Een soortgelijke bescherming geven voor arbeidscontractanten, is niet mogelijk in het Belgisch arbeidsrecht. Zelfs indien een werkgever zichzelf oplegt dat hij enkel tot ontslag kan overgaan op basis van een beperkt aantal ontslaggronden, leidt de miskenning van deze regel niet tot een re-integratieverplichting. Het ontslag zal in dat geval niet vernietigd worden door de arbeidsrechtbank. De betrokkene blijft dan ontslagen.

## d) Groot vertrouwen in politiek en administratie

**35.** Opvallend is dat het Vlaams Parlement zich niet geheel bewust lijkt van de betekenis van de afbouw van het bestaande beschermingsmechanisme. Vlaams Parlementslid Michel DOOMST stelt dat de onafhankelijkheid en continuïteit niet worden ondergraven door contractuele tewerkstelling.<sup>81</sup> Contractuele personeelsleden voeren hun taken met de nodige ernst en onafhankelijkheid uit, stelt hij. De vaststelling is vermoedelijk correct, maar gaat uit van de andere invalshoek. De vraag is wat er gebeurt als er een politieke meerderheid aan de macht komt die niet meer toelaat dat een contractueel personeelslid zijn taken in onafhankelijkheid uitoefent. Het is die benadering die de principiële statutaire tewerkstelling fundeert. De benadering van de wetgever ging uit van de bescherming van de werknemer tegen de politiek, terwijl de huidige benadering van de decreetgever uitgaat van het vertrouwen in de politiek. Het hoeft hierbij geen betoog dat het precies de werkgeversorganisaties zijn die vragende partij zijn om de ontslagmogelijkheden uit te breiden. De nieuwe benadering gaat dus uit van een heel groot vertrouwen in de gemeentelijke politiek en de gemeentelijke administratie.

De andere benadering van de oorspronkelijke grondslag voor statutaire tewerkstelling blijkt ook uit de tussenkomenkomst van verslaggeefster Nadia SMINATE. Zij

76. K. SALOMEZ, *De rechtspositie van de ontslagmacht naar Belgisch arbeidsrecht*, Brugge, die Keure, 2004, 180-247.

77. Cass. 6 oktober 1997, *Arr.Cass.* 1997, 935, *RW* 1998-99, 779, noot W. RAUWS.

78. *BS* 12 september 1991.

79. Cass. 12 oktober 2015, *JTT* 2016, 27, noot G. LEMAIRE; *Rev.dr.commun.* 2016, noot J. BOUVIER en J.-M. VAN BOL. Zie ook S. DE SOMER en V. VUYLSTEKE, "De Wet Motivering Bestuurshandelingen en het ontslag van een arbeidscontractant: het langverwachte oordeel van het Hof van Cassatie en een blik op de toekomst", *T.Gem.* 2016/2, 125-138.

80. Lees voor een overzicht R. VALKENEERS, "Zijn de beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing op arbeidscontracten in de publieke sector?", *TSR* 2014, 309-367.

81. Verslag namens de Commissie voor Bestuurszaken, Binnenlands Bestuur, Inburgering en Stedenbeleid over het ontwerp van decreet 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, *Parl.St.* VI.Parl. 2015-16, nr. 731/2, 9.

stelt dat de huidige tuchtprocedure veel te log is en dat vele gemeentebesturen daarom niet aan een tuchtprocedure beginnen. Zij stelt voor om die procedure in de toekomst te versoepelen.<sup>82</sup> Het is uiteraard evident dat de wet- en decreetgever tot op heden een logge en stringente procedure hebben vastgelegd. Die procedure is altijd behouden gebleven, precies om politieke willekeur te vermijden en het lokale besturen-werkgevers bewust moeilijk te maken om over te gaan tot ontslag. De politieke optie tot afbouw van deze procedure gaat uit van een groot vertrouwen in de rechtschapenheid van de aan de macht zijnde politici. Dat is nieuw in ons recht van de lokale besturen.

**36.** De bescherming van contractuele personeelsleden, zelfs met inperkingen van de ontslagvrijheid van de werkgever, is niet vergelijkbaar met die van statutaire personeelsleden. Maximaal kan een contractueel personeelslid, indien het niet geëvalueerd wordt voor een ontslag, een schadevergoeding trachten te bekomen. Een duidelijker kader voor handelingen van de toezichthoudende overheid zou hier meer rechtsbescherming bieden.

Ingeval de Raad van State een onwettigheid vaststelt bij het ontslag van een statutair personeelslid, leidt dit in beginsel tot vernietiging van de bestreden administratieve rechtshandeling. Het al lang bestaande verschil in rechtsbescherming is dus niet opgelost. Contractuele werknemers kunnen op basis van de ontslagmacht van de werkgever naar Belgisch arbeidsrecht ontslagen worden met miskenning van de bestaande ontslagregels zonder kans op re-integratieverplichting. Dat betekent dat het pad om personeelsleden daadwerkelijk te beschermen tegen politieke willekeurige ontslagen, wordt verlaten. Een van de vakbonden (het VSOA) onderstreepte daarom nog eens het belang van statutaire tewerkstelling als onafhankelijkheidswaarborg en als bescherming tegen politieke willekeur.<sup>83</sup> Zij verwees hiervoor expliciet naar de omzendbrief 98/02 van 31 maart 1998<sup>84</sup>, waarin expliciet te lezen stond: “*Statutaire tewerkstelling is verder ook belangrijk omwille van de continuïteit van de dienstverlening en omdat het de onafhankelijkheid van de ambtenaren en de administratie vergroot ten overstaan van de politiek verkozenen in de Raden.*”

## e) Reiken de recente evoluties in het arbeidsrecht een helpende hand?

**37.** Het komt het Vlaams Parlement uiteraard toe om zelf de krijtlijnen van zijn politiek uit te zetten. Dat kan perfect inhouden dat de vraag van de VVSG en van de Vlaamse gemeentebesturen als werkgevers om meer contractuele tewerkstelling, wordt ingelost.

**38.** Er is weliswaar enige evolutie te merken in het private arbeidsrecht, die een invloed zou kunnen hebben op de situatie van de arbeidscontractanten bij de gemeenten. Artikel 38 van de wet van 26 december 2013 betreffende de invoering van een eenheidsstatuut tussen arbeiders en bedienden inzake de opzeggingstermijnen en de carenzdag en begeleidende maatregelen<sup>85</sup> bepaalt dat artikel 63 van de Arbeidsovereenkomstenwet, die van toepassing was op arbeiders, ophoudt van toepassing te zijn

- voor de werkgevers die onder het toepassingsgebied van de wet van 5 december 1968 betreffende de collectieve arbeidsovereenkomsten en de paritaire comités vallen, en hun werknemers, vanaf de inwerkingtreding van een collectieve arbeidsovereenkomst gesloten in de Nationale Arbeidsraad, algemeen verbindend verklaard door de Koning, betreffende de motivering van het ontslag door de werkgever en
- voor de werkgevers die niet onder het toepassingsgebied van de wet van 5 december 1968 betreffende de collectieve arbeidsovereenkomsten en de paritaire comités vallen, en hun werknemers, vanaf de inwerkingtreding van een regeling vergelijkbaar met deze bepaald bij de collectieve arbeidsovereenkomst gesloten in de Nationale Arbeidsraad en algemeen verbindend verklaard door de Koning.

Het hoeft geen verder betoog dat de eerste categorie de personeelsleden in de privésector omvat. Voor deze personeelsleden werd op 12 februari 2014 CAO 109 gesloten in de schoot van de Nationale Arbeidsraad en algemeen verbindend verklaard op 9 maart 2014. Deze cao laat een ontslagen werknemer in beginsel<sup>86</sup> toe om de motieven voor zijn ontslag te vragen. Alleen geldt die cao niet voor de gemeenten, omdat de wet van 5 december 1968 uiteraard niet geldt voor de lokale besturen. Artikel 63 van de Arbeidsovereenkomstenwet hield een bescherming tegen willekeurig ontslag in voor de arbeiders (en dus niet voor de bedienden).

82. Verslag namens de Commissie voor Bestuurszaken, Binnenlands Bestuur, Inburgering en Stedenbeleid, over het ontwerp van decreet 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, *Parl.St. VI.Parl. 2015-16*, nr. 731/2, 8.

83. Eindverslag nr. 2015/3 houdende de conclusies van de onderhandelingen die op 2, 9 en 24 september en op 14, 21 en 26 oktober werden gevoerd in de onderafdeling ‘Vlaams Gewest en Vlaamse Gemeenschap’ van de eerste afdeling van het comité voor de provinciale en plaatselijke overheidsdiensten, *Parl.St. VI.Parl. 2015-16*, nr. 731/1, 53.

84. Omzendbrief 98/02 van 31 maart 1998 – Uitvoering sectoraal akkoord 1995-1996 – Omzetting overuren, nacht-, zaterdag- en zondagprestaties – Prioriteit statutaire tewerkstelling – Deeltijdse statutaire aanwerving – Voorkoming verdringingseffect bij aanwerving – Uitvoering protocol nr. 75, *BS 20 mei 1998*.

85. *BS 31 december 2016*.

86. CAO nr. 109 is niet van toepassing op de werknemers die ontslagen worden tijdens de eerste zes maanden van de tewerkstelling, tijdens een arbeidsovereenkomst voor uitzendarbeid, tijdens een arbeidsovereenkomst voor studentenarbeid, in het kader van SWT of pensioen en wegens de definitieve stopzetting van de activiteit, de sluiting van een onderneming, of in het kader van collectief ontslag.

Artikel 63 van de wet van 3 juli 1978 blijft intussen niettemin gelden ten aanzien van de publieke sector zo lang er geen regeling is uitgewerkt voor de contractuele personeelsleden.

**39.** De situatie is echter nog complexer geworden omdat het Grondwettelijk Hof voor de inwerkingtreding van CAO nummer 109 oordeelde dat het bestaan van de bescherming tegen willekeurig ontslag voor arbeiders ten overstaan van het niet-bestaan van bescherming tegen willekeurig ontslag voor een bediende een schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet inhield.<sup>87</sup> Alleen besliste het Grondwettelijk Hof dat de bepalingen in stand werden gehouden tot 1 april 2014, te weten de dag dat CAO nummer 109 in werking trad.

Toch gold voor de overheidssector nog steeds dat artikel 63 van de wet van 3 juli 1978 het gelijkheids- en het non-discriminatiebeginsel schond, gelet op het feit dat een soortgelijke bescherming niet bestaat voor de bedienden. Dit leidde bijna evident tot een nieuwe prejudiciële vraag, waarin het Grondwettelijk Hof bevestigde dat artikel 63 het gelijkheidsbeginsel schendt als het in de publieke sector wordt toegepast op ontslagen na 31 maart 2014. In afwachting van een regeling zoals CAO 109 dienden de arbeidsrechters, aldus het Grondwettelijk Hof, de rechten van alle contractuele werknemers in de publieke sector bij kennelijk onredelijk ontslag te vrijwaren via de toepassing van het algemeen verbintenissenrecht en in voorkomend geval door CAO nummer 109.<sup>88</sup>

**40.** Juridisch rijst de vraag in hoeverre het Grondwettelijk Hof bevoegd is om aan de arbeidsrechters aan te geven welke regelingen zij moeten toepassen voor de beslechting van hun geschillen.<sup>89</sup> Niettemin impliceert dit dat, als de arbeidsrechters de suggestie van het Grondwettelijk Hof volgen, deze rechters in de nabije toekomst mogelijk wel degelijk toepassing zullen maken van bepalingen van CAO nummer 109 in de publieke sector. Hiermee wordt de contractuele werknemer in de publieke sector wat beter beschermd. Hij kan, conform de bepalingen van de CAO 109, de motieven voor zijn ontslag vragen. Toch is de sanctie beperkt tot een schadevergoeding van minimaal drie weken en maximaal zeventien weken loon. Met andere woorden: de ontslagbescherming van CAO nummer 109 zorgt er voor de arbeidscontractanten in de publieke sector (en dus ook bij de gemeenten) niet

voor dat er een even efficiënt mechanisme (de re-integratieverplichting) ontstaat dat inzake de bescherming tegen politieke willekeur op hetzelfde niveau staat als bij statutaire personeelsleden.

**41.** De eventuele invoering van de mogelijkheid om de motieven voor een ontslag te vragen in geval van ontslag van een arbeidscontractant, zorgt dus evenmin voor een soortgelijke bescherming als de wetgever invoerde bij wet van 30 juli 1903. Al deze innovaties beschermen vanuit de contractuele werknemer ietwat vanuit arbeidsrechtelijk oogpunt, maar door het bestaan van de ontslagmacht naar Belgisch arbeidsrecht kan de bescherming van arbeidscontractanten nooit even ver gaan als die van een statutair personeelslid. Een grotere bescherming van personeelsleden bij de gemeenten dan in de privésector was ingegeven door de bekommernis dat personeelsleden beschermd hoorden te zijn tegen politieke willekeur. Als deze bekommernis nog steeds zou spelen<sup>90</sup>, kan het nuttig zijn om over de grens te kijken en na te gaan of een preventieve ontslagtoets door een rechter (naar Nederlands arbeidsrechtelijk model) geen inspiratie kan bieden om hieraan tegemoet te komen.<sup>91</sup>

## 4. Enkele andere wijzigingen

**42.** De principiële introductie van de keuzevrijheid kadert in een grotere betrachting om de gemeentebesturen meer zelforganisatie te geven. Daarin kadert ook de mogelijkheid om statutair personeel ter beschikking te stellen van andere overheden en van verenigingen zonder winstoogmerk. Hier heeft de Vlaamse decreetgever de juiste optie genomen door de ambtenaar niet contractueel in deze hervorming te betrekken. De overeenkomst wordt gesloten tussen de twee publiekrechtelijke entiteiten of tussen de vzw en het lokaal bestuur. Eén vakbond (VSOA) stelt de vraag of de ambtenaar dient in te stemmen met deze terbeschikkingstelling.<sup>92</sup> In elk geval heeft de maatregel een grote impact op de belangen van de betrokkene, wat tot gevolg heeft dat hij daarover voorafgaand vaak zal moeten worden gehoord, tenzij de maatregel helemaal los staat van het persoonlijk gedrag van de betrokkene.<sup>93</sup> Zelfs in dat laatste geval lijkt het aangewezen om de betrokken ambtenaar toch nog te horen. Deze stap naar een grote flexibiliteit kadert vermoedelijk in

87. GwH 18 december 2014, nr. 187/2014.

88. GvH 30 juni 2016, nr. 101/2016.

89. De nieuwe regelgeving vereist immers een nieuwe afweging van belangen, gezien de gewijzigde arbeidsrechtelijke context. Daarom rijst de vraag of het Grondwettelijk Hof deze leemte kan invullen zonder op de stoel van de wetgever te gaan zitten. Zie J. GOOSSENS en Y. HAECK, "Opvulling van lacunes in wetgeving: evolutie van het Grondwettelijk Hof in België van negatieve tot positieve wetgever", *TCvR* 2014, 356-357.

90. Dat lijkt niet meteen het geval, aangezien in de parlementaire voorbereiding op geen enkel ogenblik melding wordt gemaakt van de intentie om de personeelsleden te beschermen tegen politieke willekeur.

91. Lees hierover C.G. SCHOLTENS, "Ontstaansgeschiedenis van het ontslagverbod van artikel 6 BBA 1940-1945", *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2005/3, 28-59.

92. Eindverslag nr. 2015/3 houdende de conclusies van de onderhandelingen die op 2, 9 en 24 september en op 14, 21 en 26 oktober werden gevoerd in de onderafdeling 'Vlaams Gewest en Vlaamse Gemeenschap' van de eerste afdeling van het comité voor de provinciale en plaatselijke overheidsdiensten, *Parl.St. VI.Parl.* 2015-16, nr. 731/1, 54.

93. I. OPDEBEEK, "De hoorplicht" in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, 235-278.

de aspiratie om één groot decreet lokaal bestuur te maken.

Op die wijze kan er, als de rechtspositieregeling het toelaat, een sterkere wisselwerking tussen het personeel van de lokale entiteiten tot stand komen. Het is tenslotte ook helemaal niet correct dat deze bepalingen in strijd zouden zijn met de wet van 24 juli 1987 betreffende de tijdelijke arbeid, de uitzendarbeid en het ter beschikking stellen van werknemers ten behoeve van gebruikers omdat statutaire personeelsleden niet onder het toepassingsgebied van deze wet vallen. Die opmerking van één vakbond (ACOD), opgenomen in het eindverslag 2015/3<sup>94</sup>, is dan ook juridisch incorrect.

**43.** Besturen kunnen gezamenlijk werving- en selectieprocedures uitvoeren. De gezamenlijke selectie van personeelsleden door meer dan één bestuur blijft daarentegen een juridisch kluwen. De entiteit die de werving- en selectieprocedure uitvoert, heeft geen aparte rechtspersoonlijkheid. Daardoor rijst de vraag wie aansprakelijk wordt gesteld op het ogenblik dat tijdens de selectieprocedure iets misloopt. Zeker in geval van een statutaire aanwerving rijst de vraag ten aanzien van welke overheid de kandidaat voor de Raad van State dient te ageren. Het lokaal bestuur waar de vacature diende te worden ingevuld of alle lokale besturen die betrokken zijn bij de aanwerving, omdat zij gezamenlijke wervingsreserves zullen aanleggen. Betekent dit dan dat, als er een vernietiging wordt uitgesproken van een administratieve rechtshandeling in een selectie (die aanleiding heeft gegeven tot een definitieve beslissing voor de kandidaat), alle betrokken besturen mee kunnen worden aangesproken voor de eventuele geleden schade? Dit betekent dat besturen die in beginsel niets met de uiteindelijke aanwerving te maken hebben, wel aangesproken kunnen worden door een gedupeerde kandidaat.

In realiteit zal die schade in de meeste gevallen klein zijn omdat het louter om het missen van een kans gaat, maar niettemin is het duidelijk dat hier nog heel wat juridisch werk aan de winkel is. Dit geldt ongeacht welke instantie (Raad van State of burgerlijke rechtbank) zich zou uitspreken over zulke vordering tot schadevergoeding.

## 5. Conclusie

**44.** Het decreet van 3 juni 2016 heeft heel wat wijzigingen doorgevoerd aan de rechtspositie van het gemeentepersoneel. De twee belangrijkste zijn de uitgebreide mogelijkheid

tot delegatie van bevoegdheden en het decreetaal vastleggen van de keuzevrijheid tussen contractuele en statutaire tewerkstelling.

**45.** De wijzigingen zijn ingegeven door de keuze van de decreetgever om de lokale besturen meer autonomie te geven bij de invulling van hun personeelsorganisatie en-beleid. Het is duidelijk dat dit is gevraagd door de lokale besturen zelf. De bijkomende mogelijkheden tot afwijking voor de grotere steden (met meer dan 200 000 inwoners) leggen de extra lobbyactiviteiten van deze steden bloot. Dit is onderdeel van het normale politieke spel en vormt geen juridisch obstakel. Het Vlaams Parlement beslist tenslotte autonoom wat het de meest geschikte regelgeving acht binnen de grenzen van de Grondwet.

**46.** Niettemin was het aangewezen dat het Parlement zich ook had gebogen over de motieven waarom bepaalde regels waren uitgevaardigd. De uitbreiding van de mogelijkheden tot delegatie van bevoegdheden aan het college van burgemeester en schepenen leidt tot minder democratische controle en dus tot minder bescherming tegen eventuele willekeurige beslissingen. Daarvoor had de wetgever in het verleden geopteerd voor principiële statutaire tewerkstelling. Het verdiende daar aanbeveling om de rol van de toezichthoudende overheid te versterken. Die overheid zal immers in de toekomst een centrale rol spelen om eventuele willekeurige beslissingen, genomen na delegatie, af te blokken. Doordat de toezichtsmechanismen niet zijn gewijzigd, wordt dit geen evidente taak. Dit geldt nog meer voor de eventuele dadingen die worden gesloten.

**47.** De keuzevrijheid tussen contractuele en statutaire tewerkstelling sluit volledig aan bij de evolutie die in de gemeentebesturen de laatste jaren plaatsvond. Ze is juridisch perfect te nemen. Alleen impliceert het nemen van die optie dat de oorspronkelijke grondslag om te opteren voor statutaire tewerkstelling, wordt verlaten. Die grondslag bestond in de bescherming van de personeelsleden tegen politieke willekeur. Daar is maar heel minimaal een remedie voor aangereikt, met name door de ontslagvrijheid van de gemeenten in geval van beroepsonbekwaamheid in te perken door die contractuele personeelsleden verplicht vooraf te onderwerpen aan een evaluatie. Niettemin rijzen hierover vragen in hoeverre de Vlaamse decreetgever zulke inperking van de ontslagvrijheid voor de gemeentebesturen kan opleggen. Dit betekent dat de deur voor ontslagen om politieke (of bestuurlijke) redenen bij de gemeenten weer kan worden geopend. De decreetgever gaat uit van een heel groot vertrouwen in de gemeentelijke politiek en administratie dat dit niet langer zal gebeuren. Dat siert de decreetgever.

94. Eindverslag nr. 2015/3 houdende de conclusies van de onderhandelingen die op 2, 9 en 24 september en op 14, 21 en 26 oktober werden gevoerd in de onderafdeling 'Vlaams Gewest en Vlaamse Gemeenschap' van de eerste afdeling van het comité voor de provinciale en plaatselijke overheidsdiensten, *Parl.St.* VI.Parl. 2015-16, nr. 731/1, 51.

De toekomst zal uitwijzen of dit een juiste inschatting is geweest. Boeiende tijden liggen voor ons.