



uw bericht van

uw kenmerk
vm/gt/ocmw-decreet

ons kenmerk
ABBFP-11-0191

bijlagen

vragen naar / e-mail
Anit Vervoort
Anita.vervoort@bz.vlaanderen.be

telefoonnummer
02 553 3732

datum
24 maart 2011

Betreft: Uw brief van 23 februari 2011 – Toepassingsvragen OCMW-decreet en besluit
rechtspositieregeling OCMW-personeel van 12 november 2010

Geachte mevrouw,

In goede orde ontving ik uw brief van 23 februari 2011 waarin u een aantal vragen stelt over de rechtspositie van het OCMW- personeel en meer in het bijzonder betreffende het onderscheid tussen de diverse personeelsgroepen in artikel 104, §6, van het OCMW- decreet van 19 december 2008.

Ik vat samen:

Artikel 104 OCMW- decreet en het gelijkheidsbeginsel

Art. 104, §6, van het OCMW-decreet voert een onderscheid in tussen *personeelsleden vermeld in dat artikel en de overige personeelsleden van een OCMW. De regeling zorgt ervoor dat personeelsleden van eenzelfde OCMW, in eenzelfde betrekking minstens gedeeltelijk onder een verschillende rechtspositieregeling kunnen vallen, naargelang ze al dan niet behoren tot de personeelsleden vermeld onder art. 104, §6, van het OCMW-decreet.*

Bij de objectieve en redelijke verantwoording van het gemaakte onderscheid wordt verwezen naar de continuïteit van de dienstverlening en de beheersing van de exploitatiekosten van de diensten en instellingen in een concurrentiële context.

Is deze motivering afdoende opdat het gemaakte onderscheid niet in strijd zou worden geacht met het gelijkheidsbeginsel?

Dient de raad een specifieke motivering te ontwikkelen in het besluit waarbij het de rechtspositieregeling vaststelt?

Antwoord

Ik vestig er de aandacht op dat de Raad van State naar aanleiding van de totstandkoming van het OCMW- decreet van 19 december 2008, noch naar aanleiding van het besluit van de Vlaamse Regering van 12 november 2010 gewag heeft gemaakt van een schending van het gelijkheidsbeginsel wat betreft de indeling in personeelsgroepen in artikel 104 en de verschillen in rechtspositieregeling in het uitvoeringsbesluit. Een toetsing van artikel 104, §6, van het OCMW-decreet aan artikel 10 van de Grondwet komt in laatste instantie toe aan het Grondwettelijk Hof. Dat hof werd in deze niet gevat. Er moet dan ook van uit gegaan worden dat artikel 104, §6, en de uitvoering daarvan het gelijkheidsbeginsel niet schenden.

Net als artikel 42 van de organieke OCMW-wet van 8 juli 1976 vroeger, legt artikel 104 van het OCMW-decreet de juridische basis voor een differentiatie in personeelsgroepen wat betreft hun rechtspositieregeling.

Bij de toepassing van artikel 42 moesten de OCMW's de afwijkingen van de plaatselijke rechtspositieregeling van het gemeentepersoneel zelf motiveren: die afwijkingen moesten nodig zijn voor de goede werking van sommige specifieke diensten en instellingen.

Artikel 104, §6, van het OCMW- decreet, bevat, in tegenstelling tot artikel 42 van de genoemde OCMW- wet, expliciete criteria voor de omschrijving van 'het specifieke karakter van diensten en instellingen' die een grondslag vormen voor de afwijking van de rechtspositieregeling van het gemeentepersoneel. Daarin verschilt artikel 104 van het OCMW- decreet van artikel 42 van de OCMW-wet.

De criteria die uitsluitel geven voor de indeling van het personeel in de groep van artikel 104, §6, van het OCMW- decreet zijn de volgende.

Het gaat om het personeel van verplegende, verzorgende en dienstverlenende instellingen en diensten, waarvan,

- de werking gebaseerd is op federale financiering met bijbehorende werkings- en erkenningsregels;
- de werking gebaseerd is op gewestelijke financiering met bijbehorende werkings- en erkenningsregels;

en om het personeel dat ingezet wordt in activiteiten die hoofdzakelijk verricht worden in mededinging met andere marktdeelnemers.

Activiteiten die hoofdzakelijk verricht worden in mededinging met andere marktdeelnemers betekent dat dezelfde dienstverlening als commerciële activiteit

tegen betaling ook aangeboden wordt door de privésector. Let wel, het gaat hierbij om diensten die het OCMW zelf aanbiedt aan externe klanten.

Aan één van die drie criteria moet voldaan zijn.

Het Verslag aan de Vlaamse Regering vermeldt expliciet dat de keuze of personeelsleden al dan niet onder 104, §6, OCMW- decreet vallen een feitenkwestie is. De commentaar in het Verslag aan de Vlaamse Regering bij artikel 27 van het besluit van 12 november 2010 bevat een, weliswaar nog onvolledig, overzicht van diverse OCMW-diensten, instellingen en activiteiten en de indeling ervan in een personeelsgroep. De indeling in een personeelsgroep in die commentaar berust op de regelgeving die op dat type van dienstverlening van toepassing is.

Uw vraag of “de continuïteit van de dienstverlening en de beheersing van de exploitatiekosten van de diensten en instellingen in een concurrentiële context als motivering afdoende is opdat het gemaakte onderscheid niet in strijd zou worden geacht met het gelijkheidsbeginsel” is eigenlijk een passus die overgenomen is uit de commentaar in de algemene inleiding van het Verslag aan de Vlaamse Regering, meer bepaald over het beleid van de Vlaamse Regering betreffende de verlopen en afwezigheden voor het personeel dat onder artikel 104, §6, valt.

Ik wil er op wijzen dat die verwijzing onvolledig is dat de motivering van het beleid op het gebied van verlopen en afwezigheden in het Verslag aan de Vlaamse Regering uitgebreider is dan dat en steunt op een combinatie van, vaak met elkaar samenhangende, elementen.

Het is de zorg van de Vlaamse Regering dat er in bepaalde diensten en instellingen voldoende personeel beschikbaar is. Dat dient de volgende doelstellingen:

- de continuïteit van de dienstverlening verzekeren voor diensten die de klok rond of op flexibele uren aangeboden worden. Dat is niet alleen noodzakelijk op grond van de federale en/of regionale regels, maar is een elementaire verplichting t.a.v. bewoners en/of klanten.
- die diensten aan de klanten kunnen aanbieden aan een behoorlijk kwalitatief niveau;
- die diensten aan de klanten aanbieden op een kostenbewuste manier, waarbij a) de OCMW's het hoofd boven water kunnen houden en b) voor de toekomst de dienstverlening ook nog kunnen uitbreiden om aan de toenemende zorgbehoeften (zowel residentieel als niet-residentieel) tegemoet te komen, c) zonder dat ze de kosten daarvoor helemaal moeten doorrekenen aan de klanten, waaronder zich ook personen in een precare sociaal-economische situatie bevinden.
- de bestaande schaarste aan bepaalde personeelscategorieën tegengaan. Denk daarbij aan het manifeste tekort aan verpleegkundig en verzorgend personeel, zowel voor de residentieële ouderenzorg als de thuiszorg.

Voor diezelfde diensten en instellingen en ook voor andere vormen van dienstverlening, is het de bedoeling dat de OCMW's de concurrentie met andere marktdeelnemers kunnen aangaan aan redelijke voorwaarden.

Daarin vinden we alle elementen terug waarnaar de memorie van toelichting bij artikel 104 van het OCMW-decreet verwijst:

In dit artikel en in andere artikelen wordt voor sommige aspecten in een verschillende behandeling van personen voorzien. Dit leidt weliswaar telkens tot een ongelijkheid tussen categorieën van personen. Er dient aan te worden herinnerd dat volgens een vaste rechtspraak, o.m. van het Grondwettelijk Hof, de grondwettelijke regels van de gelijkheid en de niet-discriminatie niet uitsluiten dat een verschil in behandeling tussen categorieën van personen wordt ingesteld, voor zover dat verschil op een objectief criterium berust en het redelijk verantwoord is. Het bestaan van een dergelijke verantwoording moet worden beoordeeld, rekening houdend met het doel en de gevolgen van de maatregel en met de aard van de terzake geldende beginselen.

Dergelijke verantwoording is aanwezig, gelet onder meer op de specificiteit van de taken die het openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn heeft en het uitgesproken sociaal doel dat de vereniging heeft.

Verder kan ook worden verwezen naar het andere soort van 'klanten' dat door het openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn wordt bediend dat voor een aantal aspecten een gedifferentieerde regeling nodig maakt. Ook is een andere behandeling redelijk verantwoord gelet op de concurrentiële omgeving waarin het openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn zich begeeft, of gelet op de subsidieregelingen die een andere behandeling vereisen.

De beginselen van gelijkheid en niet-discriminatie zijn derhalve niet geschonden. Het staat vast dat er een redelijk verband van evenredigheid bestaat tussen de aangewende middelen en het beoogde doel.

Artikel 104 OCMW- decreet/ "het voltallige personeel dat ingezet wordt voor activiteiten die hoofdzakelijk verricht worden in mededinging met andere marktdeelnemers."

In art. 104, §6, van het OCMW-decreet wordt verwezen naar het voltallige personeel dat ingezet wordt voor "activiteiten die hoofdzakelijk verricht worden in mededinging met andere marktdeelnemers". Hoe ruim dient deze bepaling geïnterpreteerd te worden?

Welke elementen zijn distinctief voor een markt, het bestaan van mededinging en de hoofdzakelijkheid? Speelt de rechtspersoon daarbij een rol? Gaat het om een feitelijke beoordeling dan wel over een potentiële mededinging? Concreet: kan een OCMW- raad enerzijds van oordeel zijn dat geen enkele, of anderzijds dat alle activiteiten onder de bepaling vallen?

Antwoord

Met het “voltallige” personeel van bepaalde diensten of instellingen wordt ook het administratieve, het technische of logistieke personeel en het onderhoudspersoneel in die diensten, instellingen of activiteiten bedoeld. Op die manier wordt iedereen binnen die diensten, instellingen of activiteiten op gelijke wijze behandeld.

Activiteiten die hoofdzakelijk verricht worden in mededinging met andere marktdeelnemers zijn de vormen van dienstverlening van het OCMW,

- die door commerciële diensten tegen betaling eveneens aangeboden worden door de privésector;
- die dus door de wetgeving niet exclusief voorbehouden zijn voor de overheid of voor verenigingen zonder winstgevend doel.

Het gaat om diensten die het OCMW aanbiedt aan externe OCMW-klienten en niet om intern gerichte dienstverlening binnen het OCMW, zoals bijvoorbeeld informaticataken, onderhoudstaken, welzijn op het werk en dies meer die door het OCMW in eigen beheer uitgevoerd worden ten aanzien van de eigen diensten.

“Hoofdzakelijk” in “activiteiten die hoofdzakelijk verricht worden in mededinging met andere marktdeelnemers” betekent volgens het courante taalgebruik: ‘voornamelijk, vooral, in essentie’. Dat wil zeggen dat die activiteiten wezenlijk deel uitmaken van het extern aangeboden dienstverleningspakket van het OCMW, niet slechts sporadisch of toevallig aangeboden worden en door hun aard zelf een dienst zijn die ook door de private markt tegen betaling wordt aangeboden.

Met “mededinging met andere marktdeelnemers” wordt de markt in haar geheel bedoeld en niet de ‘plaatselijke’ of ‘streekgebonden’ markt.

“Activiteiten” drukt uit dat de organisatievorm waarin deze externe diensten worden aangeboden niet echt relevant is.

De OCMW- raad moet het eigen dienstverleningsaanbod aan de hierboven vermelde elementen toetsen en op basis daarvan tot een conclusie komen.

Het is in principe mogelijk dat een OCMW geen activiteiten heeft die onder dit criterium van artikel 104, §6, vallen. Dat is bijvoorbeeld het geval als een OCMW zijn dienstverlening strikt beperkt tot de sociale dienst.

De mogelijkheid om af te wijken van de minimale voorwaarden voor het personeel dat onder artikel 104, §6 OCMW- decreet valt.

Art. 104, §6, van het OCMW- decreet luidt bij aanvang als volgt:” De raad voor maatschappelijk welzijn kan op gemotiveerde wijze afwijken van de rechtspositieregelingen vermeld in §1 en §2, (...). In de memorie van toelichting wordt het volgende gesteld “ de hier in §6 beoogde afwijkingsmogelijkheid voor het personeel van sommige instellingen van het openbaar centrum voor

maatschappelijk welzijn moet in dat geval worden uitgeoefend binnen het kader van de eventueel door de Vlaamse Regering vastgelegde bijkomende minimale voorwaarden.

De raad kan er dus voor opteren om voor de personeelsgroepen vermeld in artikel 104, §6 van het OCMW-decreet niet af te wijken van de rechtspositieregeling vermeld in §1 en §2. Is de raad er desgevallend toe gehouden een personeelsgroep te onderscheiden aan de hand van de criteria in art. 104, §6, van het OCMW-decreet?

Dient de raad in het voorgenoemde geval bij de vaststelling van de rechtspositieregeling van de voorgenoemde personeelsleden rekening te houden met de minimale voorwaarden van het besluit van de Vlaamse regering van 12 november 2010 die uitsluitend van toepassing zijn op de personeelsleden vermeld in artikel 104, §6 van het OCMW-decreet?

Antwoord

De inleidende zin van §6 kan niet los gezien worden van de rest van deze paragraaf. Het tweede en derde lid van §6, luiden namelijk als volgt:

“De eventuele afwijkingen mogen bovendien niet strijdig zijn met de minimale voorwaarden opgelegd door de Vlaamse Regering voor het specifieke personeel van de openbare centra voor maatschappelijk welzijn, vermeld in §3 (bezoldiging en salarisschalen, toekenning van toelagen en vergoedingen).

De eventuele afwijkingen mogen evenmin strijdig zijn met de minimale voorwaarden die de Vlaamse Regering bijkomend kan bepalen voor het personeel vermeld in deze paragraaf.”

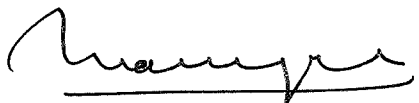
De Vlaamse Regering heeft de bevoegdheid die de decreetgever haar in artikel 115, §2, heeft gegeven om voor andere aangelegenheden dan de bezoldiging en de salarisschalen minimale voorwaarden vast te stellen effectief uitgeoefend. Ze heeft voor diverse aspecten van de rechtspositieregeling, waaronder de verloven en afwezigheden, minimale voorwaarden vastgesteld voor het personeel dat onder artikel 104, §6, valt. Artikel 138 en artikel 139 van de RPR OCMW van 12 november 2010 bevatten de minimale voorwaarden die voor het aantal dagen jaarlijkse vakantie en de feestdagen van toepassing zijn op dat personeel.

De OCMW- raad kan niet afwijken van deze concrete minimale voorwaarde voor het personeel dat onder artikel 104, §6, valt. Dat volgt uit het bovenvermelde artikel 104, §6, derde lid, en staat overigens ook met zoveel woorden in het Verslag aan de Vlaamse Regering.

Tot zover het antwoord op de door u gestelde vragen.

Uiteraard kunnen verdere concrete toepassingsvragen voorgelegd worden aan mijn kabinet of aan het Agentschap voor Binnenlands Bestuur.

Hoogachtend,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Bourgeois', with a horizontal line underneath it.

Geert Bourgeois,
Vlaams minister van Bestuurszaken, Binnenlands Bestuur, Inburgering, Toerisme
en Vlaamse Rand