

**Voorrang aan
een correct overleg**



**Waarom statutaire tewerkstelling de regel
moet blijven bij de overheid:
VSOA-studie.**

*"Het openbaar ambt contractualiseren,
is de rechtsstaat ontmantelen!"*

Inhoud

Inleiding

- VSOA is voor dialoog
- Afbraak van het statuut en de rechtsstaat is al bezig
- Ambtenaren meest flexibel - contractuele tewerkstelling is niet flexibel!
- VSOA start sociale dialoog op: engagement van de premier!
- Zomerakkoord: de doodssteek van het statuut

VSOA-studie: Waarom moet statutaire tewerkstelling de regel blijven?

1. Grondwet en Bijzondere Wet op de Hervorming van de Instellingen ('BWHI') beschermen statutaire aanstelling in gezagsfuncties
2. Eenzijdige wijzigbaarheid van de rechtspositie statutairen essentieel voor algemeen belang!
3. Syndicaal statuut ook een obstakel?
4. Echte redenen om openbaar ambt te contractualiseren?
5. Afbraak van het statuut en de rechtsstaat vervolg
6. VSOA-standpunt: Waarom moet statutaire tewerkstelling de regel blijven?
 - a. statuut vloeit voort uit aard van werkgever en opdrachten
 - b. onafhankelijkheid waarborgt objectieve uitvoering wetgeving voor het algemeen belang
 - c. rechtspositie ambtenaren eenzijdig wijzigbaar – flexibel – algemeen belang!
 - d. continuïteit van de openbare dienst
 - e. ambtenaren zijn competent en waarborgen kwaliteitsvolle dienstverlening
 - f. ambtenaren zijn makkelijk te ontslagen!
 - g. enkel contractuele werving = willekeur – minder goede dienstverlening
7. Gevaren van contractualisering: terug naar de tijd van willekeur en cliëntelisme?
8. Rechtsgronden van statutaire tewerkstelling
 - a. de Grondwet en Statuut Camu KB 02.10.1937 – openbare instellingen en publieke rechtspersonen, autonome overheidsbedrijven in verschillende wetten
 - b. Bijzondere Wet op de Hervorming van de Instellingen (BWHI) 08.08.1980, art. 87 §2 §3 en de Besluiten van de regeringen van de gemeenschappen en gewesten tot uitvaardiging van de diverse statuten/rechtspositieregelingen.
 - c. Lokale en Regionale besturen
 - d. Drie algemene grondbeginselen van de openbare dienst :
 - 1) veranderlijkheid van de openbare dienst
 - 2) principe van de benuttigingsgelijkheid
 - 3) Beginsel van de continuïteit van de openbare dienst
9. Contractuelen mogen enkel bij wijze van uitzondering worden aangeworven bij de overheid

Waarom statutaire tewerkstelling de regel moet blijven bij de overheid

“Zomerakkoord: het openbaar ambt contractualiseren, is de rechtsstaat ontmantelen”.

Inleiding

VSOA is voor dialoog

VSOA is voor dialoog, zelfs over de bijzonder onverteerbare maatregel van de regering om het federaal openbaar ambt te contractualiseren en het statuut in feite voortaan af te schaffen. Die maatregel werd genomen in volle vakantie, in het zomerakkoord, zonder de sociale partners te kennen, stond niet in het regeerakkoord en zal nog voor het eind van dit jaar in een wet worden gegoten.

Wij zijn verontwaardigd over de contractualisering van het openbaar ambt. Wij houden ons hart vast over de stelselmatige pensioenafbraak van de ambtenaren, over de nakende afbraak van de onderbreking van de beroepsloopbaan voor ambtenaren, over de nakende afbouw van het ziektekrediet, over de gaten die de regering moet vullen in het begrotingsonevenwicht met geld dat makkelijk gevonden wordt bij de zwaksten. Ambtenaren zijn een geliefkoosd doelwit.

De reputatie van ambtenaren wordt dagelijks beklad. De regering zelf motiveert, dat met contractuelen de overheid efficiënt, flexibel, aantrekkelijk en productief zal worden, reden om de statutaire tewerkstelling af te schaffen. Alsof ambtenaren vandaag het levende bewijs zijn van het tegendeel.

Wij voelen ons, in naam van alle ambtenaren, vernederd!

Onze rechtsstaat heeft, om het land welvarend te houden, een kwaliteitsvolle openbare dienstverlening broodnodig, die enkel integer en competent kan verleend worden met statutaire personeelsleden, voor het algemeen belang!

Afbraak van het statuut en de rechtsstaat is al bezig

VSOA is terecht doodongerust over de afbraak van de Belgische rechtstaat en de verwatering van het begrip “algemeen belang” door het statuut te ontmantelen.

Die afbraak gebeurde tot dusver enigszins sluipend met een kleine ingreep hier, een andere ingreep daar. Telkens, moet het nog gezegd, zonder noemenswaardig sociaal overleg. Alles wat niet beschermd werd door de Grondwet en de Bijzondere Wet op de Hervorming van de Instellingen (BWHI), is al afgeschaft. Zo is de keuze tussen statutaire en contractuele aanwerving bij de lokale en regionale besturen sedert 8 juli 2016 een feit.

De enige bescherming die de lokale en regionale besturen hadden tegen deze ingreep, was het algemeen rechtsbeginsel van de "openbare dienst" en de "veranderlijkheid van de openbare dienst". Rechtsbeginselen zijn in de rechtsnormenhiërarchie ondergeschikt aan een wet, decreet of ordonnantie. Het Decreet in 2016 schakelde dan ook deskundig deze algemene rechtsbeginselen uit.

Hetzelfde gebeurde bij de publiekrechtelijke rechtspersonen van de gemeenschappen en gewesten: met een decreet kan het algemeen rechtsbeginsel dat de statutaire tewerkstelling beschermt, ongedaan worden gemaakt. De Vlaamse overheid deed bijvoorbeeld met de VRT: enkel nog contractuele aanwerving daar.

Het zogenaamde "Algemene Principes Koninklijk Besluit - APKB" vormde een garantie op het statutaire karakter van de aanstelling en het statuut in zijn geheel in België. De wijziging van de BWHI liet de Vlaamse Regering toe het APKB op te heffen, met haar besluit van 24.06.2016. De andere gewesten deden dat tot dusver nog niet.

Ambtenaren meest flexibel - contractuele tewerkstelling is niet flexibel!

Contractuelen worden geworven met een arbeidsovereenkomst, die niet eenzijdig wijzigbaar is. Contractuele tewerkstelling is niet flexibel, in tegenstelling tot statutaire tewerkstelling! Hoe zal een contractueel personeelslid het algemeen belang kunnen dienen als zijn eigen contract voorrang heeft op het algemeen belang? Ambtenaren zijn inderdaad de meest flexibele personeelsleden die een werkgever zich kan dromen: ze kunnen ingezet worden, in het kader van het algemeen belang, waar de overheid ze wil, aan de voorwaarden (ook financieel) die de overheid wil, zonder hun instemming. Dat is niet mogelijk met contractuelen.

VSOA start sociale dialoog op: engagement van de premier!

Is het verwonderlijk dat de ambtenaar, de burger en zijn belangenorganisatie opkomt voor de rechtsstaat? Het VSOA doet dat met een sociale dialoog, die we op 11 september 2017 aan de eerste minister hebben gevraagd. De premier zette de regering er toe aan een sociaal overleg op te starten dat is uitgemond in wekelijkse ontmoetingen met de sociale partners over de modernisering van het statuut. We hopen daadwerkelijk een positieve invloed uit te oefenen op dit revolutionaire wetgevend initiatief.

Zomerakkoord: de doodssteek van het statuut

Met het zomerakkoord en de voorrang aan contractuele tewerkstelling in het federale openbaar ambt, geeft de regering nu de finale doodssteek aan het statuut. De overheid "privatiseert" stilaan helemaal.

Wie zal de pensioenen van de overgebleven statutairen betalen als er geen statutairen meer zijn?
Wie zal nog een tweede pijler pensioen krijgen, als het aantal contractuelen verveelvoudigt?
Wie zal nog een erkenning zwaar beroep krijgen, als er het beroep niet langer statutair wordt uitgeoefend?

VSOA-studie

Waarom moet statutaire tewerkstelling de regel blijven?

De argumentatie van de federale Ministerraad in slide 24 van de thematische ministerraad 26.07.2017 luidt, we citeren:

de prioritaire aanwerving van contractuelen in het openbaar ambt zou ten goede komen aan de

1. efficiëntie
2. flexibiliteit
3. aantrekkelijkheid
4. productiviteit

en dit zonder afbreuk te doen aan het personeel en de dienst

gezagsfuncties vereisten niettemin een statuut dat de belangen van de staat en de ambtenaar vrijwaart: een studie zal worden uitgevoerd

de wetgeving die dit uitvoert voor het federaal openbaar ambt en de overheidsbedrijven zal nog eind dit jaar aan de ministerraad worden voorgelegd

1. Grondwet en Bijzondere Wet op de Hervorming van de Instellingen ('BWHI') beschermen statutaire aanstelling in gezagsfuncties

Alleen "gezagsfuncties" vereisen nog een statutaire aanstelling volgens de ministers. Wat daaronder moet worden verstaan, moet nog blijken. Dat zal in elk geval niet ruim gezien worden. De ministerraad gaat bewust uit van de foute premisse, van de "orgaantheorie": dit is een loutere aansprakelijkheidskwestie die inmiddels is beslecht.

De Grondwet en de Bijzondere Wet op de Hervorming van de Instellingen (BWHI) verhinderen dat de ministers ook de statutaire aanstelling van de zogenaamde gezagsfuncties afschaffen. Een wijziging van de Grondwet en de BWHI op dat vlak is politiek immers niet haalbaar.

Dus holt de Ministerraad, geholpen door de academische wereld¹, de Grondwet en de BWHI zo ver mogelijk uit door een creatieve interpretatie te geven aan de artikelen 37 en 107 lid 2 van de Grondwet en artikel 87 § 2 en 3 BWHI.

¹ twee voorbeelden: Vlaanderen: *Ambtenaren en overheidscontractanten: samen één ten dienste van de overheid* <https://steunpuntbestuurlijkevernieuwing.be/onderzoek/ambtenaren-en-overheidscontractanten>", in het raam van het Steunpunt Bestuurlijke Vernieuwing 2016-2020, uitgevoerd o.a. door de Universiteit Antwerpen. Concreet resulteerde dit alvast in de studie van 60 blz. van Inger De

2. Eenzijdige wijzigbaarheid van de rechtspositie statutairen essentieel voor algemeen belang!

De academische wereld zoekt ook oplossingen voor het probleem van de zogenaamde "eenzijdige wijzigbaarheid van de rechtspositie van statutairen": ambtenaren zijn inderdaad de meest flexibele personeelsleden die een werkgever zich kan dromen: ze kunnen ingezet worden, in het kader van het algemeen belang, waar de overheid ze wil, aan de voorwaarden die de overheid wil, zonder hun instemming. Dat is niet mogelijk met contractuelen.

3. Syndicaal statuut ook een obstakel?

Een andere sta in de weg, is het syndicaal statuut. In de academische studie van prof. Ria Janvier (zie voetnoot 1) lezen we volgend verontrustend nieuws: *"De onderzoekers zullen de dimensie van de collectieve arbeidsverhoudingen (Wet Vakbondsstatuut) uitdrukkelijk in hun studie te betrekken, en gaan na in welke mate zich een modernisering van de Wet Vakbondsstatuut opdringt in het licht van de verdere toename van de contractualisering van de individuele arbeidsverhoudingen en in welke mate de Vlaamse overheid hierin regelgevend kan optreden."*

4. Echte redenen om openbaar ambt te contractualiseren ?

De ministers maken met hun beslissing van 26 juli jl. meteen pijnlijk duidelijk hoe zij hun ambtenaren zien: als inefficiënt, star, onaantrekkelijk en niet productief.

Wat zijn de echte redenen waarom de overheid prioritair contractueel wil werven:

- **efficiëntie** = snel inzetbaar personeel zonder lange aanwervingsprocedure, zonder examens, zonder beroepsmogelijkheid: m.a.w. (politieke) vrienden kunnen meteen aan de slag
- **flexibiliteit** = versta vooral soepele ontslagregels zonder interne procedures van beroep en zonder re-integratiemogelijkheid via de Raad van State, buiten is buiten, in het beste geval met schadevergoeding, er zijn ook geen tuchtprocedures meer nodig

Wilde en Ria Janvier van maart 2017 "*naar een principiële contractuele tewerkstelling bij de Vlaamse overheid*, beschikbaar op de website <https://steunpuntbestuurlijkevernieuwing.be/publicaties/20170325-sbv-nota-contractuele.pdf>

De Becker A., de overheid en haar personeel, juridische grondslagen van de rechtspositie van de ambtenaar, Die Keure, 2007, blz. 517, nr. 762: De Becker bestudeert hoe een gelijkschakeling kan gebeuren voor contractuelen en statutairen in het licht van deze "obstakels", met en zonder grondwetswijziging. De beste optie is een grondwetswijziging (artikel 107, tweede lid) "*de beste oplossing bestaat er dus in om de wetgever de bevoegdheid te geven om de rechtspositie van de ambtenaren uit te tekenen. Bij de uittekening van die rechtspositie kan de wetgever dan bepalen welke groep van personeelsleden, als ambtenaren, nog steeds door de Koning moet worden benoemd. De uittekening van de rechtspositie door de wetgever ontnemt de Koning immers zijn benoemingsbevoegdheid niet. Hierbij verkrijgt hij meteen ook de mogelijkheid om te opteren voor een frequenter gebruik van arbeidsovereenkomsten voor (een groot deel van) de ambtenaren bij het algemeen bestuur en bij de buitenlandse betrekkingen*". Alternatief zonder grondwetswijziging, en juridisch minder "fraai", is gewoon de wetgever de grondwet laten uithollen en uitzonderingen op het principe van de statutaire aanstelling in de wet te veralgemenen. Nog een andere optie is een andere interpretatie geven aan art. 107 2^{de} lid van de Grondwet, en wel zo dat de Koning niet de rechtspositie mag vaststellen (hoewel dat niet strookt met de wil van de grondwetgever), doch wel de wetgever. Een andere piste is dat de Koning zelf bepaalt wanneer contractueel wordt geworven (hoewel dat normaal via een wet moet gebeuren).

- **aantrekkelijkheid** = goedkoop? (sociale zekerheid, geen of beperkte verhoging barema's, geen doorlopend loon bij ziekte, lager pensioen, probleem van onbetaalbare ambtenarenpensioenen opgelost enz.)
- **productiviteit** = door hun angst voor ontslag zullen werknemers erg vlijtig presteren, komen werken als ze ziek zijn, recht op minder vakantie, de CAO wet is niet van toepassing, dus ze hebben geen rechten

5. Afbraak van het statuut en de rechtsstaat vervolg

Zoals hierboven al uiteengezet, kent de statutaire aanstelling bij de lokale en regionale besturen geen grondwettelijke bescherming noch een bescherming door een bijzondere wet. Het resultaat is bekend: sedert 8 juli 2016 hebben de lokale en regionale besturen officieel de keuzevrijheid om hetzij contractueel, hetzij statutair te werven². Dat is voor het eerste in het Belgisch overheidslandschap, een ommekeer zonder weerga. De enige bescherming die de lokale en regionale besturen hadden tegen deze legale ingreep, was het algemeen rechtsbeginsel van de "openbare dienst" en de "veranderlijkheid van de openbare dienst" (zie hieronder punt d). Beide beginselen, ontwikkeld doorheen de 20^{ste} en 21^{ste} eeuw door rechtspraak en rechtsleer, zijn in de rechtsnormenhiërarchie, ondergeschikt aan een wet, decreet of ordonnantie. Het Decreet schakelde dan ook deskundig deze algemene rechtsbeginselen uit.

De schrapping, op 6 januari 2014, in artikel 87, §4 van de BWHI van de rechtsgrond van het Algemene Principes Koninklijk Besluit³ "APKB", was al een eerste stap in de richting van de uitholling van het statutaire karakter van de aanstelling en het statuut in zijn geheel. De Vlaamse Regering heeft het APKB daadwerkelijk opgeheven met haar besluit van 24.06.2016. De andere gewesten tot dusver nog niet. De grondslag voor de statutaire tewerkstelling bij de publiekrechtelijke rechtspersonen van de gemeenschappen en gewesten, zit uitsluitend in de toepassing van de theorie van de openbare diensten, concreet in het rechtsbeginsel van de veranderlijkheid van de openbare dienst⁴. De decreetgever/wetgever kan, net zoals bij de lokale en regionale besturen, makkelijk afwijken van dit beginsel, gelet op de ondergeschikte plaats van het algemeen rechtsbeginsel in de rechtsnormen hiërarchie. De Vlaamse overheid deed dit ook, vb. voor de VRT: enkel nog contractuele aanwerving daar.

Met andere woorden, de overheid privatiseert stilaan helemaal. De overgebleven statutairen zien hun rechten helemaal verwateren (diploma, pensioen, ziektekrediet, enz). Als velen door het rood licht rijden zonder bekeuring, is dat dan een reden om het roodrijden te schrappen als verkeersdelict, met een chaos op de weg als gevolg? Neen toch. Niettemin, dat is precies wat gehanteerd wordt als argument: omdat er zoveel contractuelen zijn bij de overheid, ook al mag dergelijke aanwerving alleen in uitzonderlijke omstandigheden, gaan we die situatie maar "legaliseren".

² Decreet van 03.06.2016 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, art. 13, §1 *Het personeel van de gemeenten kan in statutair of in contractueel dienstverband worden aangesteld*"

³ KB 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 (BS 9 januari d. 2001)

⁴ De Becker A., op.cit, blz. 252, nr. 367 in fine.

6. VSOA-standpunt: Waarom moet statutaire tewerkstelling de regel blijven?

a. *statuut vloeit voort uit aard van werkgever en opdrachten*

Er is geen enkel juridisch argument waarom enkel ambtenaren die “overheidshandelingen” stellen of “deel van het gezag” uitmaken, die de overheid kunnen binden of die kerntaken vervullen, statutair zouden mogen zijn. Het statuut hangt samen met de aard van de werkgever en zijn opdrachten, en niet met de opdracht van het personeelslid. Dat vloeit voort uit het algemeen rechtsbeginsel van de vaste benoeming en het vermoeden van statutaire aanstelling⁵, die op hun beurt hun ontstaan kennen in de theorie van de openbare dienst, meer in het bijzonder het algemeen rechtsbeginsel van de veranderlijkheid van de openbare dienst van Buttgenbach (zie verder). Dat is ook de zienswijze van de opsteller van het statuut Camu, zienswijze die verder algemeen toegetreden werd.

b. *onafhankelijkheid waarborgt objectieve uitvoering wetgeving voor het algemeen belang*

Alle ambtenaren moeten immers onafhankelijk zijn. Een statutaire aanstelling waarborgt deze onpartijdigheid, door de objectieve criteria van aanstelling en evaluatie en tucht met beroepsmogelijkheden.

Onafhankelijkheid en vaste benoeming waarborgen de objectieve uitvoering van de wetgeving, waarborgen de correcte en vlotte dienstverlening aan de burger in het kader van het **algemeen belang** en beschermen tegelijk tegen politieke inmenging, belangenvermenging en willekeur. Integriteit is het kernbegrip. Iedereen gelijk voor de wet. Zij beschermen meteen ook de burger die beroep doet op die diensten.

Het belang van de onafhankelijkheid tegenover politieke inmenging, ter vermindering van machtsmisbruik en willekeur, wordt letterlijk vermeld in de Statuten bv. bij de politie⁶. Zij is bijvoorbeeld en uiteraard van belang ook bij stedenbouwkundige ambtenaren, inspectiediensten, rechters, militairen, onderwyzend personeel, enz.

c. *rechtspositie ambtenaren eenzijdig wijzigbaar – flexibel – algemeen belang!*

De eenzijdige aanstelling waarborgt op zijn beurt een ongeziene flexibiliteit in het licht van het algemeen belang, op grond van het rechtsbeginsel van de veranderlijkheid van de openbare dienst, door de eenzijdige wijzigbaarheid van hun rechtspositie, die nooit op een contractueel personeelslid van toepassing kan zijn.

d. *continuïteit van de openbare dienst*

Het beginsel van de continuïteit van de openbare dienst waarborgt dat de dienstverlening aan de burger, ook bij een bestuurswissel met nieuwe politici, onverkort verder gezet wordt door de ambtenaren.

e. *ambtenaren zijn competent en waarborgen kwaliteitsvolle dienstverlening*

Onafhankelijkheid en vaste benoeming waarborgen de kwaliteit van de ambtenaren en hun competentie, en staan tegelijk garant voor een kwaliteitsvolle dienstverlening.

⁵ De laatste der statutairen, de mythe van het schuldbeladen statuut, W. Appels, Kluwer, 2005, blz. 131

⁶ artikel 127 van de wet van 07.12.1998 tot organisatie van de geïntegreerde politiedienst gestructureerd op twee niveaus, waarborgt onpartijdigheid via het statuut van de politieambtenaar

f. ambtenaren zijn makkelijk te ontslagen!

Als een ambtenaar niet voldoet, kan hij vandaag al eenvoudig, mits twee negatieve evaluaties, worden ontslagen.

g. enkel contractuele werving = willekeur – minder goede dienstverlening

Een louter contractuele aanwerving zal willekeur als gevolg hebben, met personeel dat vooral gemotiveerd wordt door angst voor ontslag, een slechte raadgever. Competente profielen zullen ervoor kiezen in de private sector meer te gaan verdienen, als de vastheid van betrekking wegvalt.

De dienstverlening zal er onder lijden.

7. Gevaren van contractualisering: terug naar de tijd van willekeur en cliëntelisme?

Al deze argumenten vormden de belangrijkste beweegredenen van de auteur van het Statuut Camu, in de jaren dertig, om een statuut voor alle ambtenaren op te stellen. Deze afschaffen katapulteert ons meteen 80 jaar terug in de tijd met politieke voorkeur en cliëntelisme.

Hoe gaat bij wijze van voorbeeld, een belastingcontrole in de toekomst verlopen, als alleen nog (politieke) vrienden de boekhouding van de bedrijven controleren? Hoe gaat in het algemeen de wetgeving worden nageleefd bij het uitoefenen van taken van de overheid, als in de praktijk het er voortaan op aan zal komen, wie je kent? Denk maar aan verkavelingen, verbouwingen, toewijzen van overheidsopdrachten, inspectie van gebouwen en productieprocessen van voedsel in het licht van de volksgezondheid, en noem maar op.

Hoe zal de rechtsbescherming van de burger worden georganiseerd tegen een slechtwerkende overheid? Welke bescherming wordt ingebouwd bij een privatisering van de overheid, voor het behoud van de scheiding der machten, niet in het minst de rechterlijke macht? Zal het rechtsstelsel nog wel objectief verlopen? Met andere woorden, loopt het legaliteitsbeginsel, fundering van onze rechtsstaat, geen gevaar als de vaste benoeming wordt afgeschaft?

Ook al hebben contractuelen juridisch een sterkere positie dan statutairen om zich te verzetten tegen eenzijdige wijzigingen van hun arbeidsvoorwaarden, in de praktijk zullen zij zich niet verzetten, omwille van angst voor ontslag. Angst leidt tot vermijdingsgedrag van fouten en daardoor tot meer bureaucratie (de beruchte paraplu).

Als de statutaire ambtenaar wordt verweten gedemotiveerd te zijn, moet de oorzaak gezocht worden niet in zijn vaste betrekking, maar in het gebrek aan leiderschap en visie van de organisatiecultuur die bureaucratisch is, in de miskenning van de legaliteitsbeginselen door de politici en leiding van de overheden⁷.

De statutaire tewerkstelling bij de overheid garandeert uit haar aard 100% flexibiliteit, en is verankerd in wetteksten, rechtsleer en rechtspraak en wel als volgt.

⁷ De laatste der statutairen, op.cit, blz. 125

8. Rechtsgronden van statutaire tewerkstelling

Er is volgens A. De Becker geen duidelijke en coherente rechtsgrond voor de statutaire tewerkstelling bij de openbare besturen in België. Er zijn twee rechtstheoretische visies: de imperiumtheorie voor ambtenaren bij het federaal algemeen bestuur en het algemeen bestuur bij gemeenschappen en gewesten ("puissance publique – uitoefening van het openbaar gezag" – grondwettelijk principe scheiding der machten en BWHI) en de theorie van de openbare diensten voor de openbare organismen⁸.

a. De Grondwet en Statuut Camu KB 02.10.1937 – openbare instellingen en publieke rechtspersonen, autonome overheidsbedrijven in verschillende wetten

Artikelen 37 en 107, 2^{de} lid van de Grondwet zijn de rechtsgrond van het KB van 02.10.1937 houdende het Statuut van het Rijkspersoneel (=Statuut Camu), voor de federale personeelsleden.

Art. 37. De federale uitvoerende macht, zoals zij door de Grondwet is geregeld, berust bij de Koning.

Art. 107. De Koning verleent de graden in het leger.

Hij benoemt de ambtenaren bij het algemeen bestuur en bij de buitenlandse betrekkingen, behoudens de door de wetten gestelde uitzonderingen.

Andere ambtenaren benoemt hij alleen krachtens een uitdrukkelijke wetsbepaling.

De Koning heeft niet alleen de bevoegdheid om die ambtenaren te benoemen, maar ook om hun **rechtspositie** te bepalen, en wel in het KB statuut Camu⁹.

Sedert de jaren dertig is de natuurlijke vorm van tewerkstelling van de rijksambtenaren zonder betwisting, van statutaire aard. Die grondwettelijke verankering vormt de beste waarborg.

Vóór 1937 (Statuut Camu) was er discussie over de juridische aard van de arbeidsverhouding van de overheids personeelsleden. Het Arrest van het Hof v. Cass. dd 08.12.1932 maakte duidelijk dat het Statuut was voor wie deel uitmaakt van "la puissance public" = organen van de overheid. Het Statuut Camu breidt dit Arrest sedertdien uit tot de overgrote meerderheid van de personeelsleden in de openbare sector, ook de niet "organen van de overheid".

Het personeel van de openbare instellingen en andere publiekrechtelijke rechtspersonen ressorteert niet onder deze grondwettelijke bepalingen. Verschillende wetten bevestigen het principe van de statutaire tewerkstelling als normale tewerkstellingswijze¹⁰, ook bij de instellingen die van de federale overheid afhangen.

De wet op de overheidsbedrijven dd. 21.03.1991 voorziet in een delegatie van de bevoegdheid van de Koning aan de Raad van Bestuur om het statuut op te stellen voor hun personeel.

⁸ De Becker, op.cit,blz. 257, nr. 376

⁹ Koninklijk Besluit van 2 oktober 1937 houdende het Statuut van het Rijkspersoneel

¹⁰ De Becker, op.cit, blz. 234, nr. 344 en 347 e.v. O.a. wet 11.03.1954; art. 51 Wet van 28.12.1973. In dezelfde context ontstond ook het syndicaal statuut Wet 19.12.1974. Wet van 02.02.1982 en art. 8 KB nr. 56 van 16.07.1982 (uitz. financiële instellingen cat. C), art. 4 wet van 20.02.1990; art. 3 wet 22.07.1993; art. 29 wet 21.03.1991 overheidsbedrijven, statutaire aanstelling voor taken voorbehouden aan de organieke openbare dienst; deze wet voorzag een bijkomende uitzondering voor contractuele aanwerving, voor de taken in een concurrentiële omgeving : kennis/ervaring op hoog niveau en die bepaalde dat de raad van bestuur statuut mag vaststellen.

b. Bijzondere Wet op de Hervorming van de Instellingen (BWHI) 08.08.1980, art. 87 §2 § 3 en de Besluiten van de regeringen van de gemeenschappen en gewesten tot uitvaardiging van de diverse statuten/rechtspositieregelingen.

Art. 87, § 2-3 van de BWHI geeft aan de uitvoerende macht, de regeringen van de gemeenschappen en gewesten dezelfde bevoegdheid om de rechtspositieregeling vast te stellen voor hun personeelsleden.

Dit artikel van de BWHI is hoofdzakelijk geïnspireerd op de huidige interpretatie van artikelen 37 en 107 van de Grondwet.¹¹ De scheiding der machten is ook hier het vertrekpunt. Er kan soepeler mee worden omgesprongen, vb. in het licht van contractuele managementfuncties. De Becker stelt voor om de BWHI ook te wijzigen om de aanwerving van contractuelen mogelijk te maken, niet langer als uitzondering¹².

De tendens om hoe langer hoe meer autonomie toe te kennen aan de Gewesten en Gemeenschappen en hun publiekrechtelijke instellingen, en om de waarborgen van het statuut te ondergraven, blijkt uit de schrapping, op 6 januari 2014, in artikel 87, §4 van de BWHI van de rechtsgrond van het Algemeen Principes Koninklijk Besluit¹³. De Vlaamse Regering heeft het APKB daadwerkelijk opgeheven met haar besluit van 24.06.2016.

Het APKB legde de beslissingsmacht omtrent de tewerkstelling bij de publiekrechtelijke rechtspersonen, die afhangen van de gemeenschappen en gewesten, bij die rechtspersonen, net zoals de wetgever dat bij de federale publiekrechtelijke rechtspersonen deed. Met dat belangrijk verschil dat de grondslag voor de statutaire tewerkstelling bij de publiekrechtelijke rechtspersonen die afhangen van de gemeenschappen en gewesten, zijn grondslag uitsluitend vindt in de toepassing van de theorie van de openbare diensten, concreet in het rechtsbeginsel van de veranderlijkheid van de openbare dienst (zie hieronder punt d)¹⁴. De decreetgever/wetgever kan makkelijk afwijken van dit beginsel, gelet op de ondergeschikte plaats van het algemeen rechtsbeginsel in de rechtsnormen hiërarchie. Ze deed dit ook, vb. voor de VRT.

c. Lokale en Regionale besturen

Lokale en Regionale besturen zijn al sedert 8 juli 2016 niet meer verplicht bij voorrang statutair te werven, zie voetnoot 2 supra. Er is keuzevrijheid: hetzij contractueel, hetzij statutair aanwerven. De voorrang van de statutaire tewerkstelling werd zo voor het eerst op grote schaal doorbroken. Dit is de eerste toepassing van het primaat van de regelgever, dat los kan staan van het rechtstheoretisch kader. Een gevaarlijk precedent: geen enkele rekening wordt nog gehouden met de noodzaak van onpartijdigheid, onafhankelijkheid, uitoefening van "gezag" (argument dat de ministerraad nu wel voorhoudt van belang te zijn).

¹¹ De Becker, op.cit., blz. 159

¹² De Becker, op.cit., blz. 421

¹³ KB 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 (BS 9 januari 2001)

¹⁴ De Becker, op. cit. 252, nr. 367 in fine. Voor de VRT week de Vlaamse Regering af van het veranderlijkheidsbeginsel: voortaan uitsluitend nog met arbeidsovereenkomsten!

d. Drie algemene grondbeginselen van de openbare dienst

Drie belangrijke beginselen, ontwikkeld door rechtspraak en rechtsleer sedert de jaren 30 van de vorige eeuw, dienen het algemeen belang (= doel van de overheid) en hebben voorrang op de particuliere belangen¹⁵. Zij vormen de grondslagen van de statutaire tewerkstelling bij een overheidswerkgever, zelfs als er geen andere rechtsgrond voorhanden is, genoegzaam bekend onder "de theorie van de openbare dienst":

- 1) *veranderlijkheid van de openbare dienst*- het summum van flexibiliteit
- 2) *benuttigingsgelijkheid*
- 3) *continuïteit van de openbare dienst*

Nadeel van deze rechtsgrond is dat ze door een eenvoudig decreet, wet of ordonnantie buitenspel gezet kan worden.

1) *veranderlijkheid van de openbare dienst*¹⁶

- is de grondslag van de statutaire aanstelling
- is de basis voor de opheffing of wijziging van bestuurshandelingen van reglementaire aard zoals de rechtspositieregeling.
- heeft invloed op de individuele rechtspositie van de ambtenaar
- is de grondslag voor de overheid om eenzijdig het statuut op te stellen en eenzijdig wijzigingen aan te brengen aan rechten, plichten en tewerkstellingsmodaliteiten van ambtenaren: "*le fonctionnaire est pour la fonction et non la fonction pour le fonctionnaire*" (voorrang voor het algemeen belang op het persoonlijk belang van de ambtenaar).

Het veranderlijke beginsel verleent overheidswerkgevers het recht om volgens de wisselende noodwendigheden ingegeven door het algemeen belang eenzijdig¹⁷ aanpassingen door te voeren aan de organisatie van hun diensten, daarin begrepen de tewerkstellingsvoorwaarden van het betrokken overheidspersoneel. Er kunnen de inrichter geen verworven rechten worden tegengeworpen. Flexibiliteit is inherent aan de vaste benoeming: mutatie en veranderen van standplaats, wijziging van een functiebeschrijving, intrekken of toevoegen van bevoegdheden, zelfs verminderen van premies of barema's in de rechtspositieregeling is allemaal mogelijk voor statutaire personeelsleden.

"uit het beginsel van de veranderlijkheid van de openbare dienst vloeide voor André Buttgenbach logischerwijze de statutaire tewerkstelling van het personeel bij de openbare diensten voort, zonder dat hiervoor een uitdrukkelijke wettelijke grondslag vereist was".

¹⁵ A. De Becker, de overheid en haar personeel, op. cit., blz. 178-179 en 224 -"het belang van deze beginselen voor de theorie van de openbare diensten in het Belgisch administratief recht kan nauwelijks overschat worden"- rechtsleer, bevestigd door rechtspraak van de hoogste rechtscolleges

¹⁶ uit doctoraat Inger De Wilde: "*flexibiliteit of paradoxale rigiditeit ? de (eenzijdige) wijzigbaarheid van de arbeidsvoorwaarden van de overheidscontractant*", bespreking in Rechtskundig Weekblad 35 29.04.2017. Onderzoeksvraag: kan de overheid t.o.v. een contractueel personeelslid zich een ruimer eenzijdig wijzigingsrecht toemeten dan een werkgever in de private sector, gelet op de bestuursrechtelijke normen en beginselen? en ook: "*de eenzijdige wijziging van de arbeidsvoorwaarden van het contractueel overheidspersoneel*", Inger De Wilde, Sophie Aerts, Ria Janvier, Administratieve rechtsbibliotheek 2014 Die Keure, en A. De Becker, op.cit, 181 e.v, 206 e.v.

¹⁷ hoewel een wijziging aan de rechtspositieregeling moet overlegd/onderhandeld worden met de representatieve vakorganisaties conform het syndicale statuut, is het akkoord van de vakbonden geen vereiste om tot een uitvoerbare beslissing te komen, i.t.t. CAO in private sector

Waarom is eenzijdige wijzigbaarheid van de arbeidsvoorwaarden bij de overheid nodig? Om het grondbeginsel van de veranderlijkheid van de openbare dienst te waarborgen.

Kan het principe van de eenzijdige wijzigbaarheid van de arbeidsvoorwaarden toegepast worden op contractuele personeelsleden bij de overheid?

Neen. Een recente doctoraatsstudie¹⁸ bracht dit aan het licht.

De rechtspositie van het contractueel personeelslid bij de overheid is juridisch veel rigider dan die van de statutair op dat vlak. Reden: Contrat vaut loi - pacta sunt servanda, de dwingende voorschriften van de arbeidsovereenkomstenwet en art. 1134, eerste lid Burgerlijk Wetboek zijn onverkort van toepassing, ook voor een contractueel personeelslid bij de overheid. Dit zijn wettelijke bepalingen die boven een Besluit van een Regering of Koninklijk Besluit staan in de hiërarchie van de rechtsnormen. Met andere woorden, het veranderlijkebeginsel van de openbare dienst (op grond waarvan arbeidsvoorwaarden van statutairen eenzijdig kunnen wijzigen via de rechtspositieregeling) is ondergeschikt aan de arbeidsrechtelijke en verbintenisrechtelijke bescherming van de contractueel bij de overheid. Een contractueel personeelslid mag bijgevolg bv. bepaalde voordelen als gevolg van een promotie, niet verliezen, ook al bepaalt de rechtspositieregeling dat die voordelen niet meer worden toegekend¹⁹. De arbeidsovereenkomst is enkel wijzigbaar met instemming van beide contractanten²⁰.

Statutaire tewerkstelling is bijgevolg volledig flexibel, i.t.t die van contractueel personeel: de arbeidsvoorwaarden van statutairen zijn eenzijdig wijzigbaar, zonder instemming, om het algemeen belang te dienen, dat een wisselend karakter heeft.

In de praktijk vraagt het afdwingen van zijn recht om zijn arbeidsovereenkomst na te leven, bovendien een gedurfde aanpak van betrokkene. Deze zal vaak tot gevolg hebben dat de arbeidsrelatie minstens gehypothekeerd wordt. Het is immers aan het contractueel personeelslid om de overheid te dagvaarden als deze eenzijdig, via een wijziging van de rechtspositieregeling, ingrijpt in zijn arbeidsovereenkomst, ook al mag dat juridisch niet. Die drempel zal alvast hoog zijn en niet vrij van risico (ontslag). Met contractuelen werken, is bijgevolg vaak handig: ze zijn defacto kwetsbaar, en zullen volgzzaam hun recht niet opeisen, hoewel ze zich juridisch goed beschermd weten door de arbeidsovereenkomst, de arbeidsovereenkomstenwet, artikel 1134 BW en het adagium pacta sunt servanda. Werkloosheid hangt hen immers boven het hoofd.

¹⁸ doctoraat Inger De Wilde zie voetnoot 16 supra

¹⁹ arbh. Brussel, 18 april 2001, AR 39.912, onuitgeg.

²⁰ wel zijn minimale eenzijdige wijzigingen mogelijk op grond van goede trouw; of nog, op grond van de wet

2) *Principe van de benuttigingsgelijkheid*

Mast²¹ omschrijft dit grondbeginsel als volgt:

*“dat wanneer iemand zich in de voorwaarden bevindt die zijn bepaald bij de wetten of reglementen die de openbare dienst organiseren, de rechtsonderhorige op de **werking van de dienst aanspraak kan maken en dat alle burgers gelijk behandeld moeten worden**”.*

Met andere woorden: de burgers krijgen allen een gelijke dienstverlening gewaarborgd!

De vaste benoeming is één van de manieren om misbruiken op de benuttigingsgelijkheid te voorkomen²². Het statutair personeelslid weet zich beschermd als hij dit beginsel toepast, het vergroot de onafhankelijkheid van de ambtenaren en de administratie ten overstaan van de politieke leiding.

Dit is niet te verwarren met het grondwettelijk verankerd gelijkheidsbeginsel, in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet²³: gelijke toegang tot het ambt, gelijke beloning (weddeschalen), gelijke beoordeling, gelijke regels en waarborgen bij tucht. Dit beginsel van de gelijke toegang tot de openbare dienst leidt er toe dat benoemingen gebeuren op basis van vooraf op algemene en objectieve wijze bepaalde rechtsregels. De overheid moet de aanspraken van de verschillende kandidaten objectief vergelijken en bij aanwerving voorrang geven aan wie vanuit het oogpunt van het algemeen belang de meest geschikte kandidaat is²⁴.

3) *Beginsel van de continuïteit van de openbare dienst*²⁵

De openbare dienst moet blijven verder bestaan zolang deze dienst noodzakelijk is voor het algemeen belang. Noch het personeelslid zelf, noch het bestuur kan de bestaande rechtsverhouding zomaar beëindigen. Concrete voorbeelden zijn de opvordering van personeel bij een staking bijvoorbeeld, of de beperking van het stakingsrecht voor militairen, en het nieuw initiatief hieromtrent voor de cipers ...

Het beginsel van continuïteit hangt nauw samen met het veranderlijkheidsbeginsel: statutaire ambtenaren moeten bijzonder flexibel zijn.

Bovendien waarborgt dit beginsel de continuïteit van de dienstverlening, bij een nieuwe legislatuur, waarbij nieuwe politici de scepter overnemen.

²¹ A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME, J. VANDELANOTTE, overzicht van het Belgische administratief recht, Mechelen, Kluwer,

²² De laatste der statutairen, op.cit, blz. 57

²³ Arbitragehof, nr. 96/2005, 1 juni 2005, B.16 – en A. De Becker, op. cit, blz. 180, nr. 271

²⁴ advies RvS 39.103/3 dd. 4 oktober 2005, 422

²⁵ Cass, 10.01.1950, eerste rechtsbeginsel dat door het Hof van Cassatie werd erkend

9. Contractuelen mogen enkel bij wijze van uitzondering worden aangeworven bij de overheid²⁶

De overheid heeft vandaag nog (hoe lang nog?) een uitzonderlijke rechtsgrond nodig om contractueel aan te werven (de regel is immers statutaire tewerkstelling). Er is een vermoeden van statutaire aanstelling, bekend onder het algemeen rechtsbeginsel van statutaire aanstelling²⁷

In welke context mag de overheid contractueel aanwerven:

uitzonderlijke en tijdelijke personeelsbehoeften, het vervangen van personeel bij voltijdse of deeltijdse afwezigheid; bijkomende of specifieke opdrachten, taken die bijzondere kennis of ervaring op hoog niveau vergen; mededinging met andere markdeelnemers; een door een andere overheid gesubsidieerde tewerkstelling.

In de praktijk evenwel is het contractueel dienstverband niet zo uitzonderlijk als dat het zou moeten zijn: bijna de helft van de overheidspersoneelsleden zijn contractanten. Totaal aantal ambtenaren en contractuelen bij de overheid eerste kwartaal 2016: **1.044.017 waarvan 46% contractuelen (485.233)**. Federale overheid (totaal 210.610 waarvan bijna 24 % contractuelen), gemeenschappen en gewesten (471.484 waarvan 43 % contractuelen), lokale besturen (361.923, waarvan bijna 64% contractuelen). Sommige instanties zijn bijna zuiver statutair, zoals politie en leger, strafinrichtingen, NMBS, Andere zoals VRT, De Lijn werken vandaag quasi uitsluitend met contractueel personeel²⁸. Ook bij bPost is de aanwerving nog uitsluitend contractueel.

Verklaring: subsidiëringen voor aanwerving van contractueel personeel, sociale tewerkstelling, vervangingen voor afwezigheden waardoor de statistieken vervormd worden.

Als de intenties van de bijzondere ministerraad bewaarheid worden, zal dit principe omgekeerd worden: de regel zal zijn de arbeidsovereenkomst (zoals bij de financiële instellingen en de Nationale Loterij gebeurde) omdat dat zo in wetten zal worden ingeschreven. En de uitzondering de statutaire aanstelling. Denk aan de bedenking van "rood rijden" hierboven.

De rechtsleer beschouwt de argumentatie van Camu oubollig: als de overheid haar zin doet, katapulteert ze ons meteen 80 jaar terug in de tijd, van voor het Statuut Camu met politieke willekeur en armzalige dienstverlening troef.

²⁶ behalve bij de lokale en regionale besturen zie supra

²⁷ De laatste der statutairen, op. cit, blz. 115, punt 3.2.2.3

²⁸ uit doctoraat Inger De Wilde zie voetnoot 16 supra



VSOA-Congres

28 november 2017



VSOA
Secretariaat-generaal
Lang Levenstraat 27-29
1050 Brussel

www.vsoa.eu

V.U.: François Fernandez-Corrales, Algemeen voorzitter VSOA