

**DE IMPACT VAN DE RECHTSMACHTS-
VERDELING TUSSEN DE RAAD VAN
STATE EN DE GEWONE (ARBEIDS)RECH-
TER BIJ GESCHILLEN IN PERSONELE
AANGELEGENHEDEN IN DE PUBLIEKE
SECTOR**

Alexander DE BECKER,

Hoofddocent UHasselt

*Bijzonder hoogleraar "De overheid als arbeidsorganisatie" Universi-
teit van Amsterdam*

INHOUD

1. Inleiding	187
2. Start van de arbeidsrelatie	190
3. Objectieve aanwervingsprocedure	196
4. Herkwalificatie van de arbeidsrelatie	200
5. Vermenging van beide tewerkstellingsvormen	203
6. Tucht	204
7. Divergente rechtspraak inzake het stakingsrecht	206
8. Conclusie	208

Dit artikel analyseert de bestaande verschillen in rechtsbescherming tussen ambtenaren en contractuele personeelsleden aan de hand van bestaande rechtspraak. De onderscheiden rechtsbescherming hangt uiteraard samen met de rechtsmachtsverdeling tussen de burgerlijke rechtbanken en de Raad van State. Het artikel licht een aantal onderwerpen toe die tot gedifferentieerde rechtspraak aanleiding hebben gegeven. Het start bij de aanwerving van een personeelslid in de publieke sector. De Raad van State kan overgaan tot vernietiging van een benoeming terwijl de burgerlijke rechter niet over een dergelijke mogelijkheid tot rechtsherstel beschikt. Tevens behandelt het artikel bepaalde vormen van gemengde loopbanen (die ten dele een statutaire en ten dele contractuele rechtspositie omvatten) die tot kwalificatieproblemen aanleiding geven. De groeiende contractuele tewerkstelling geeft ten slotte ook aanleiding tot de toepassing van arbeidsrechtelijke principes in de bestuursrechtelijke rechtspraak. De wijze waarop de Raad van State invulling geeft aan het stakingsrecht geeft aan hoe moeilijk die op dit ogenblik nog is.

L'article analyse les différences de protection juridique entre les fonctionnaires et les contractuels dans le secteur public. L'analyse se base sur la jurisprudence récente. Les différences sont évidemment liés à l'attribution des compétences juridictionnelles aux cours et tribunaux de l'Ordre judiciaire et au Conseil d'État. La contribution examine quelques sujets pour les thèmes donnant lieu à une jurisprudence différente, pour les fonctionnaires et les contractuels. L'article débute par une analyse de la protection juridique lors de la procédure de recrutement d'un membre du personnel dans le secteur public. Le Conseil d'État peut annuler la nomination d'un fonctionnaire alors qu'un juge judiciaire ne peut pas ordonner une telle mesure. L'article traite aussi des (nouvelles) formes de carrières mixtes. Ces carrières comprennent des périodes d'embauchage statutaire et des périodes d'embauchage contractuel. De telles nouveautés entraînent des problèmes de qualification. Enfin, l'emploi contractuel croissant dans le secteur public entraîne aussi l'application des principes de droit du travail dans la jurisprudence administrative. Cela provoque à nouveau des difficultés juridiques, comme le prouve la jurisprudence du Conseil d'État concernant le droit de grève.

1. Inleiding

Het hoeft geen betoog meer dat ons land in zeer veel verschillende organisaties in de publieke sector twee tewerkstellingsvormen naast elkaar kent. Nagenoeg elke auteur die een bijdrage heeft gepleegd over de publieke sector vertrekt van het onderscheid tussen statutaire en contractuele tewerkstelling ⁽¹⁾.

Op dit ogenblik geldt nog steeds dat statutaire tewerkstelling de regel is voor de overgrote meerderheid van het personeel in de publieke sector, al is er wel een sterke evolutie geweest de voorbije jaren. Zowel op federaal als op Vlaams en lokaal niveau wordt bepaald dat statutaire tewerkstelling de regel is en contractuele tewerkstelling de uitzondering ⁽²⁾.

Het besluit van de Vlaamse Regering van 7 december 2007 houdende de minimale voorwaarden voor de personeelsformatie, de rechtspositieregeling en het mandaatstelsel van het gemeentepersoneel en het provinciepersoneel en houdende enkele bepalingen betreffende de rechtspositie van de secretaris en de ontvanger van de openbare centra voor maatschappelijk welzijn (hierna ook het besluit van 7 december 2007) ⁽³⁾ heeft niettemin beoogd om een zo groot mogelijke gelijkheid in de rechtspositie van de contractuele en statutaire personeelsleden te bewerkstelligen. Dat staat alvast te lezen in het Verslag aan de Regering bij dit besluit ⁽⁴⁾. Niettemin stuit een dergelijke gelijkschakeling op wettelijke en reglementaire grenzen. Het arbeidsrecht is op heden nog steeds een federale materie, overeenkomstig artikel 6 VI, 12° van de Bijzondere Wet op de Hervorming van de Instellingen ⁽⁵⁾. Dit betekent dat de rechtspositie van de arbeidscontractanten slechts gedeeltelijk vastgelegd kan worden in re-

(1) Lees hierover R. JANVIER, *Contractanten in overheidsdienst*, Gent, Mys & Breesch, 1997, 4-6; A. DE BECKER, *De overheid en haar personeel: juridische grondslagen van de rechtspositie van de ambtenaar*, Brugge, die Keure, 2007, 21-23; B. LOMBAERT en V. RIGODANZO, *Éléments de droit de la fonction publique*, Waterloo, Kluwer, 2007, 60-67; J. JACQMAIN, *Droit social de la fonction publique*, Brussel, PUB, 2014, 1 e.v.

(2) Hierbij kan worden verwezen naar de artikelen 3 en 4 van de wet van 22 juli 1993 inzake ambtenarenzaken, BS 14 augustus 1993 voor het federale niveau; naar de artikelen 1 en 2 van het koninklijk besluit 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 van 22 december 2000), BS 9 januari 2001; *err.* BS 20 januari 2001 in uitvoering van artikel 87, § 4 BWHI voor de gemeenschappen en de gewesten en de publiekrechtelijke rechtspersonen die ervan afhangen; naar artikel 29 van de wet van 21 maart 1991 betreffende sommige economische overheidsbedrijven, BS 27 maart 1991 voor de federale autonome overheidsbedrijven; naar artikel 104 van het gemeentedecreet van 15 juli 2005 voor de lokale besturen, BS 31 augustus 2005; en naar artikel 69 van het decreet houdende de intergemeentelijke samenwerking van 6 juli 2001 voor de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden, BS 31 oktober 2001.

(3) BS 24 december 2007.

(4) Verslag aan de Vlaamse Regering bij het besluit van 7 december 2007 van de Vlaamse Regering houdende de minimale voorwaarden voor de personeelsformatie, de rechtspositieregeling en het mandaatstelsel van het gemeentepersoneel en het provinciepersoneel en houdende enkele bepalingen betreffende de rechtspositie van de secretaris en de ontvanger van de openbare centra voor maatschappelijk welzijn, BS 24 december 2007, te raadplegen op www.juridat.be.

(5) Bijz. Wet 8 augustus 1980 der hervorming der instellingen, BS 15 augustus 1980.

gelgeving die de lokale overheden dan wel de Vlaamse overheid en zelfs de federale overheid uitvaardigen.

Dit geldt niet voor de statutaire personeelsleden van wie de rechtspositie wel volledig uitgetekend kan worden door de tewerkstellende overheid. Daar heeft elk bestuur de handen vrij, hoewel dit op zijn beurt genuanceerd dient te worden. Elke bepaling dient immers de hiërarchisch hogere bepalingen te respecteren, hetgeen vooral voor het eigenlijke ambtenarenrecht⁽⁶⁾ een grote invloed heeft. Het grondwettelijke gelijkheidsbeginsel is genoegzaam bekend als een heel belangrijke factor voor de aanwerving en de loopbaanontwikkeling van ambtenaren⁽⁷⁾. Daarnaast dient hierbij ook te worden gewezen op de groeiende impact van, al dan niet door de Europese Unie gestuurde⁽⁸⁾, processen in het arbeidsrecht die van toepassing werden verklaard op de publieke sector. Men kan hierbij denken aan de uitbreiding van het toepassingsgebied van de wet van 8 april 1965 tot instelling van de arbeidsreglementen (hierna ook Arbeidsreglementenwet)⁽⁹⁾ op de publieke sector⁽¹⁰⁾, maar evenzeer aan het toepasselijk maken van regelgeving inzake antidiscriminatie dan wel inzake telewerk op de publieke sector⁽¹¹⁾.

Deze groeiende interferentie tussen het traditionele ambtenarenrecht en het traditionele arbeidsrecht is uiteraard geen toeval. Er zijn steeds meer contractuele personeelsleden in de publieke sector en steeds meer auteurs betogen dat zij niet begrijpen waarom er een principieel onderscheid tussen de tewerkstellingswijze in de publieke en de private sector zou dienen te worden gemaakt⁽¹²⁾. Een gedeelte van de politiek heeft deze zienswijze ook tot de hare gemaakt⁽¹³⁾. Dit leidt uiteraard tot een vervlechting van de beide rechtsgebieden. Daarbij mag echter niet uit het oog worden verloren dat beide rechtsgebieden er nog altijd een onderscheiden logica op na houden. Het ambtenarenrecht vertrekt vanuit een bestuursrechtelijke logica waarin de eenzijdigheid van het overheidshandelen centraal staat⁽¹⁴⁾. Arbeidsrecht vertrekt

-
- (6) De auteur gebruikt de term 'ambtenaar' in zijn strikt juridische betekenis, met name als het eenzijdig aangestelde personeelslid bij de overheid. Lees hierover A. DE BECKER, *De overheid en haar personeel: juridische grondslagen van de rechtspositie van de ambtenaar*, Brugge, die Keure, 2007, 35-37.
- (7) Consulteer hierover I. OPDEBEEK, "De rechtsplicht tot vergelijking van titels en verdiensten van de kandidaten voor een benoeming of een bevordering" in I. OPDEBEEK (ed.), *Benoemingen, bevorderingen en de Raad van State*, Brugge, die Keure, 1997, 8-9.
- (8) Lees hierover A. DE BECKER, "De invloed van de rechtspraak en de regelgeving van de Europese Unie op de rechtspositie van het Belgisch overheidspersoneel", *CDPK* 2010, 503-521.
- (9) Wet 8 april 1965 tot instelling van de arbeidsreglementen, *BS* 5 mei 1965.
- (10) Lees hierover I. PLETS, "De penetratie van het overheidsstatuut door de arbeidswetgeving" in M. DE VOS en I. PLETS (eds.), *Contractuele tewerkstelling in de overheid*, Brugge, die Keure, 2005, 68-73.
- (11) Lees hierover A. DE BECKER, "De ene ambtenaar lijkt steeds meer op de andere maar we zeggen het hen niet", *TSR* 2011, 195-218.
- (12) Lees vooral R. JANVIER en K. JANSSENS, *De mythe van het statuut voorbij? De nieuwe overheidswerker is opgestaan!*, Brugge, die Keure, 2003, 25 en R. JANVIER, "Over overheden, contractanten en ambtenaren: geen vrijblijvende 'ménage à trois'" in M. DE VOS en I. PLETS (eds.), *Contractuele tewerkstelling in de overheid*, Brugge, die Keure, 2005, 13-19.
- (13) Zie bijvoorbeeld G. RUTTEN, *De geëngageerde burger*, 2013, 37 te lezen op www.gwendolynrutten.be.
- (14) Zie hierover A. MAST, J. DUJARDIN, M. Van Damme en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 261-262.

van een civielrechtelijke achtergrond waarbij beide partijen een overeenkomst sluiten, die weliswaar bijzonder geregeld is ⁽¹⁵⁾.

Procedureel zijn de gevolgen ook groot. Omdat het ambtenarenrecht onder het bestuursrecht valt, wordt in beginsel de eenzijdige administratieve rechtshandeling aangevochten waarmee de overheid een beslissing neemt ten aanzien van het betrokken personeelslid. Dit kadert in het zogenaamde objectief contentieux waarbij de Raad van State deze administratieve rechtshandeling toetst op haar wettigheid ten aanzien van eenieder. Er wordt dus, los van het bestaan van een eventueel subjectief recht, geoordeeld of de handeling van de overheid een inbreuk vormt op het objectieve recht ⁽¹⁶⁾. Daartegenover staat dat een contractueel personeelslid een persoonlijke subjectief recht moet aantonen om een zaak bij de gewone (arbeids)rechtbanken en (arbeids)hoven aanhangig te kunnen maken. In het algemeen kan worden gesteld dat ambtenaren zich tot de Raad van State moeten wenden en contractuele personeelsleden tot de arbeidsrechtbanken en de arbeidshoven.

Toch is voorgaande analyse niet volledig. Ook ambtenaren kunnen in bepaalde omstandigheden immers een subjectieve aanspraak hebben op een bepaalde handeling van hun overheid-werkgever. Hierbij kan worden gedacht aan de uitbetaling van een loon of een pensioen. Indien een eigen aanspraak ontstaat op een bepaald bedrag, dient de ambtenaar zich te richten tot de gewone (arbeids)rechtbanken. In dat geval is er immers sprake van een subjectief recht. Tevens heeft de wetgever frequent (procedurele) regelgeving uit het arbeidsrecht van toepassing verklaard op de ambtenaren ⁽¹⁷⁾. Deze opdeling blijft ongewijzigd na de recente hervorming van de Raad van State omdat enkel de ambtenaar zijn eenzijdige benoeming kan aanvechten. Een arbeidscontractant vecht niet de onwettigheid van de eenzijdige administratieve rechtshandeling aan die op hem betrekking heeft. Sinds de invoering van artikel 11 *bis* bij wet van 6 januari 2014 ⁽¹⁸⁾ in de Gecoördineerde Wetten van 12 januari 1973 op de Raad van State ⁽¹⁹⁾ kan elke verzoekende of tussenkomende partij die de nietigverklaring van een akte, een reglement of een stilzwijgend afwijzende beslissing vordert met toepassing van artikel 14, § 1 of § 3, aan de afdeling bestuursrechtspraak vragen om haar bij wijze van arrest een schadevergoeding tot herstel toe te kennen ten laste van de steller van de handeling indien ze een nadeel heeft geleden omwille van de onwettigheid van de akte, het reglement of de stilzwijgend afwijzende beslissing, met inachtneming van alle omstandigheden van openbaar en particulier belang. Dit betekent dat er voor een ambtenaar een mogelijkheid bestaat om na een vernietigingsarrest een verzoekschrift in te dienen tot vergoeding van de geleden schade. Die mogelijkheid bestaat niet voor de arbeidscontractant omdat hij niet eerst een eenzijdige administratieve rechtshandeling kan aanvechten bij de Raad van State.

(15) Zie W. VAN EECKHOUTTE, *Compendium van het arbeidsrecht met fiscale notities 2014-2015*, Mechelen, Kluwer, 2014, 188.

(16) Niettemin impliceert het bestaan van een persoonlijk belang toch enig verband met het bestaan van een subjectieve aanspraak. Lees hierover J. BAERT en G. DEBARSAQUES, *Ontvankelijkheid*, Brugge, die Keure, 1996, 7-10 en A. WIRTGEN, "Het behoud/verlies van het belang bij het beroep tot nietigverklaring voor de Raad van State" in M. VAN DAMME (ed.), *Het belang in het publiekrechtelijk procesrecht*, Brugge, die Keure, 2011, 77-120.

(17) Lees hierover J. JACQMAIN (ed.), *Une terre pour le droit du travail: les services publics*, Brussel, Bruylant, 2005, 409 p.

(18) BS 31 januari 2014.

(19) BS 21 maart 1973.

Deze bijdrage zal een aantal specifieke elementen uit de bestaande rechtsmachtverdeling tussen de hoven en rechtbanken enerzijds en de Raad van State anderzijds toelichten. Hierbij zal getracht worden om de grensgebieden te verkennen. Het betreft dan die gevallen waarbij niet volledig duidelijk is of de Raad van State dan wel de gewone (arbeids)rechtbanken bevoegd zijn. De analyse gebeurt aan de hand van rechtspraak van de Raad van State en van sommige (arbeids)rechtbanken en (arbeids-)hoven.

Dit artikel zal focussen op de moeilijke positie van (arbeids)rechters en van staatsraden bij de Raad van State in conflicten met betrekking tot de start van de arbeidsrelatie (2) en de objectieve aanwervingsprocedure (3). Daarnaast nopen nog een aantal andere elementen tot bespreking. Zo is de Raad van State bij wijlen overgegaan tot de herkwalificatie van een contractuele arbeidsrelatie (4). Bovendien dienen zowel de arbeidsgerechten als de Raad van State te oordelen over gemengde arbeidsrelaties (5). Ten slotte worden nog een aantal specifieke beslissingen met betrekking tot tucht (6) en het stakingsrecht (7) in de publieke sector besproken.

2. Start van de arbeidsrelatie

Op het ogenblik dat de arbeidsrelatie tot stand komt, dient de overheid te kiezen hoe ze haar personeelslid wenst aan te werven. Doet ze dit door middel van een arbeidsovereenkomst of werft ze haar personeelslid aan als ambtenaar?

Hierbij dient nog even te worden onderstreept dat, in beginsel, de overheid geen vrije keuze heeft tenzij dit wettelijk, reglementair of decretaal is vastgelegd. Deze mogelijkheid is expliciet bepaald in artikel 2, § 2 van het APKB 2000 dat de decreetgever de mogelijkheid heeft gegeven om te opteren voor contractuele tewerkstelling bij die entiteiten die in concurrentie treden. Een concreet voorbeeld vormen de personeelsleden van de VRT. Artikel 28 van het Decreet van 27 maart 2009 betreffende radio-omroep en televisie ⁽²⁰⁾ bepaalt dat de personeelsleden bij de VRT enkel nog met een arbeidsovereenkomst worden aangeworven.

De impact van het genoemde APKB zal in de toekomst verminderen. Het APKB 2000 is uitgevaardigd in uitvoering van artikel 87, § 4 BWHI, zoals dat bestond voor de wijziging door de Bijzondere Wet van 6 januari 2014. Tot dan bepaalde artikel 87, § 4 BWHI dat de koning die algemene principes diende aan te wijzen die de gemeenschappen en de gewesten dienden na te leven bij de uitvaardiging van hun rechtspositieregeling. In een federale staat waar de deelstaten op gelijke hoogte worden geplaatst als de federale staat voelde deze constructie vreemd aan ⁽²¹⁾. De laatste staatshervorming heeft de logica van ons staatsrechtelijk bestel verder uitgewerkt door artikel 87, § 4

(20) BS 30 april 2009.

(21) Dit werd reeds eerder aangestipt, zie F. LEURQUIN-DE VISSCHER, "Het Koninklijk Besluit tot bepaling van de algemene principes van het openbaar ambt" in R. ANDERSEN en K. LEUS (eds.), *Hervorming van het openbaar ambt*, Brugge, die Keure, 2002, 43-45; K. LEUS, "Zin en onzin van het Koninklijk Besluit houdende de algemene beginselen inzake het openbaar ambt" in R. ANDERSEN en K. LEUS (eds.), *Hervorming van het openbaar ambt*, Brugge, die Keure, 2002, 80; B. WEEKERS, *Personeel en organisatie*, Brugge, die Keure, 2003, 105 en A. DE BECKER, *De overheid en haar personeel: juridische grondslagen van de rechtspositie van de ambtenaar*, Brugge, die Keure, 2007, 165.

BWHL te wijzigen en niet meer op te nemen dat er een APKB dient te bestaan. Dat betekent dat de gemeenschappen en de gewesten nu de vrijheid krijgen om hun eigen rechtspositieregeling voor hun personeel (binnen de bestaande juridische grenzen en binnen het huidige bevoegdheidskader) uit te tekenen. Het APKB blijft wel nog van kracht, maar de gemeenschappen en de gewesten kunnen ervan afwijken⁽²²⁾.

Los van deze staatsrechtelijke evolutie blijft nog steeds de vraag in hoeverre de beslissing om iemand met een arbeidsovereenkomst aan te werven *an sich* aangevochten kan worden. De beslissing om met iemand een arbeidsovereenkomst te sluiten, heeft immers verregaande gevolgen. Het impliceert, in het bestaande kader op federaal en Vlaams niveau, nog steeds dat de loopbaanmogelijkheden voor het betrokken personeelslid (zolang er een juridische hiërarchie blijft bestaan) moeilijker zijn⁽²³⁾. Om die reden kan een personeelslid belang hebben bij het aanvechten van de beslissing om met een arbeidsovereenkomst te worden aangeworven. Tevens wint het betrokken personeelslid erbij om die beslissing aan te vechten bij de Raad van State en niet bij de burgerlijke rechtbank indien de arbeidsrelatie nog niet is ontstaan. De burgerlijke rechtbank zou een schadevergoeding kunnen trachten te begroten indien er een subjectief recht op benoeming zou kunnen worden aangetoond. Dit *ius honorum* wordt echter meestal beschouwd als één van de weinige geïdentificeerde politieke rechten⁽²⁴⁾. Daarom rijst de bijkomende vraag of de wetgever er niet voor geopteerd heeft om de controle over dit politiek subjectief recht toe te vertrouwen aan een speciaal daarvoor opgericht administratief rechtscollege, met name de Raad van State. In een aantal arresten oordeelden de Franstalige kamers van de Raad van State dat het subjectief recht om benoemd te worden een politiek recht is waarvan de controle zou kunnen toebehoren aan de Raad van State⁽²⁵⁾. Niettemin stelde de Raad van State nooit expliciet dat hij bevoegd was om kennis te nemen van geschillen over dit politiek recht, maar toch werpt de Raad van State frequent deze rechtsvraag in zijn overweging mee.

In 2000 was de Raad van State nog zeer voorzichtig:

“Considérant que la circonstance qu’un agent, même lié à l’administration par un contrat de travail, revendique une priorité en vue d’une nomination statutaire n’ôte pas à un acte de nomination ou au refus de nomination qu’il attaque le caractère d’un acte de l’autorité

(22) Zie hierover J. VANPRAET, “Bevoegdheidswijzigingen in het openbaar ambt: administratief en geldelijk statuut, uitzendarbeid en loopbaanonderbreking” in J. VELAERS, J. VAN PRAET, Y. PEETERS en W. VANDENBRUWAENE (eds.), *De zesde staatshervorming: instellingen, bevoegdheden en middelen*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 755-776; K. CALUWAERT, “De bevoegdheidsoverdracht inzake het openbaar ambt” in A. ALEN (ed.), *Het federale België na de Zesde Staatshervorming*, Brugge, die Keure, 2014, 521-533; A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 265-266.

(23) De principiële statutaire tewerkstelling leidt er immers toe dat de contractuele tewerkstelling nog steeds een tewerkstellingsvorm met een uitzonderlijk karakter die niet leidt tot dezelfde doorgroeimogelijkheden. Lees hierover A. DE BECKER, “Kroniek van het Belgisch ambtenarenrecht (1999-2008)”, *RW* 2008-09, 1180.

(24) Lees hierover W. VERRIJDT, “Is er nog plaats voor politieke rechten in het toepassingsgebied van art. 6 § 1 EVRM na het arrest – *Vilho Eskelinen*” in A. ALEN en J. VAN NIEUWENHOVE (eds.), *Leuvense staatsrechtelijke standpunten*, Brugge, die Keure, 2008, 287.

(25) RvS 13 december 2000, nr. 91.623, Denis en RvS 25 februari 2009, nr. 190.776, Calbert.

administrative, la priorité invoquée n'ayant nullement pour effet de transformer la contestation en une contestation relative à un droit civil, voire à un droit politique sur laquelle il reviendrait constitutionnellement aux seules juridictions de l'ordre judiciaire de statuer; que le déclinatoire de compétence ne peut être accueilli."⁽²⁶⁾

De Raad van State maakte in 2009 de volgende overweging:

"Considérant que la règle fondamentale à appliquer pour la solution du problème de la répartition des compétences entre les juridictions judiciaires et le Conseil d'Etat lorsqu'aucune disposition légale spéciale n'a organisé devant les juridictions judiciaires un autre recours contentieux de nature à aboutir à un résultat équivalent à celui du recours en annulation devant le Conseil d'Etat est que la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat est incompétente lorsque le recours en annulation a pour objet véritable et direct de soulever une contestation soit sur des droits civils, soit sur des droits politiques sauf, en ce qui concerne ces derniers, si une juridiction non judiciaire s'est vu attribuer par ou en vertu de la loi la compétence de connaître de la contestation."⁽²⁷⁾

Prima facie lijkt het gevolg hiervan dat de gewone rechtbanken niet over de rechtsmacht beschikken om zich over deze geschillen uit te spreken. Alleen rijst daarbij de bijkomende vraag wanneer een subjectief (politiek) recht op benoeming ontstaat. Daarnaast is de auteur geen rechtspraak bekend bij de gewone hoven en rechtbanken die zich baseert op het recht op benoeming van een ambtenaar.

De dunne grens tussen het recht op benoeming en de potentiële vernietiging van de impliciete weigering om een ambtenaar aan te werven compliceert dit debat nog sterker. Die laatste mogelijkheid kan in beginsel alleen afdgedwongen worden ingeval de overheid over een gebonden bevoegdheid beschikt om de kandidaat te benoemen (bijvoorbeeld ten gevolge van een traditioneel vergelijkend aanwervingsexamen) en nagelaten heeft om dit te doen. Niettemin is het opvallend dat de Raad van State in dat geval veeleer de voorkeur lijkt te geven aan het objectief contentieux door zich uit te spreken over de impliciete weigering om iemand te benoemen dan wel over het subjectief recht om benoemd te worden. Beide zijn nochtans sterk met elkaar vergelijkbaar⁽²⁸⁾.

Toch heeft een personeelslid meestal ook geen werkelijke subjectieve aanspraak om een benoeming na te streven. Dit blijkt precies ook uit de terughoudendheid van de Raad van State om toepassing te maken van de leer van de impliciete weigering om iemand te benoemen. Enkel wanneer er een duidelijke rechtsplicht afgeleid kan worden uit de concrete omstandigheden en de overheid toch nog weigert om de verzoeker te benoemen, is een vernietiging van een impliciete weigeringsbeslissing mogelijk⁽²⁹⁾.

Daarnaast kan een kandidaat die graag zou werken in de publieke sector er toch belang bij hebben om de beslissing om een kandidaat met een arbeidsovereenkomst

(26) RvS 13 december 2000, nr. 91.623, Denis.

(27) RvS 25 februari 2009, nr. 190.776, Calbert.

(28) Lees hierover S. LUST, *Rechtsherstel door de Raad van State*, Brugge, die Keure, 2000, 383-393.

(29) D. MAREEN, *Rechtsherstel door de Raad van State bij weigering van een benoeming in overheidsdienst*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 207-257.

aan te werven aan te vechten. De bevorderingskansen in het federaal openbaar ambt en, tot op zekere hoogte, in het Vlaams openbaar ambt liggen immers nog een stuk lager voor een arbeidscontractant dan voor een statutair personeelslid. Daarom heeft de Raad van State de leer van de afsplitsbare rechtshandeling toegepast ingeval er beslist wordt om een arbeidscontractant aan te werven. De arresten-Baize, -Raepers en -Zeeuws zijn daarvan de beste voorbeelden. De eerste twee arresten werden geveld door Franstalige kamers van de Raad van State. Het arrest-Zeeuws werd door een Nederlandstalige kamer uitgesproken.

In het arrest-Baize maakte de Raad van State de volgende overweging⁽³⁰⁾ ten aanzien van een exceptie van onbevoegdheid die door de verwerende partij werd opgeworpen:

“que, dans ces conditions, la décision attaquée apparaît comme un acte juridique unilatéral dont l’objet est de mettre fin à une situation statutaire temporairement attribuée; qu’un tel acte est de ceux dont le Conseil d’Etat peut connaître lorsqu’il est saisi d’un recours fondé sur les articles 14 et 17 des lois coordonnées le 12 janvier 1973; que le déclinatoire ne peut être accueilli”.

Een soortgelijke redenering ligt ten grondslag aan de beslissing in de zaak-Raepers waarin de Raad van State het volgende oordeelt⁽³¹⁾:

“Considérant que l’acte attaqué n’est pas un contrat mais la décision unilatérale détachable d’engager le requérant dans les liens d’un contrat de travail à durée indéterminée; que le requérant soutient que cette décision méconnaît sa situation juridique d’agent statutaire devenu définitif parce qu’il occupe un emploi permanent du cadre depuis plusieurs années; qu’il ne se prévaut pas d’un droit subjectif à une nomination à titre définitif mais soutient qu’en le considérant comme un agent temporaire, la partie adverse a mal qualifié sa situation juridique; que, comme l’admet la partie adverse dans son dernier mémoire, le Conseil d’Etat est compétent pour connaître du recours dont l’objet est ainsi défini.”

Finaal oordeelde ook een Nederlandstalige kamer van de Raad van State in de zaak-Zeeuws dat de beslissing om een arbeidscontractant aan te werven dient te worden beschouwd als een van de arbeidsovereenkomst afsplitsbare rechtshandeling. De Raad van State formuleerde deze beslissing als volgt⁽³²⁾:

“De verzoeker vraagt de Raad van State niet om de ontbinding of de verbreking uit te spreken van de arbeidsovereenkomst tussen de verwerende partij en Paul Van Snick. Hij vraagt enkel de nietigverklaring van de beslissing tot aanstelling van Paul Van Snick. Anders dan door de verwerende partij wordt aangevoerd, gaat het wel degelijk om een van de arbeidsovereenkomst afsplitsbare, eenzijdige rechtshandeling. Het beroep tegen een zodanige beslissing valt binnen de algemene vernietigingsbevoegdheid van de Raad van State.”

Het aantal zaken ligt hierbij relatief laag omdat vele mensen op het ogenblik van een aanwerving met een arbeidsovereenkomst vermoedelijk minder geneigd zijn om een

(30) RvS 10 juni 1998, nr. 74.208, Baize.

(31) RvS 7 november 2001, nr. 100.559, Raepers.

(32) RvS 14 september 2009, nr. 196.015, Zeeuws.

procedure op te starten tegen de entiteit die hen potentieel kan tewerkstellen in de toekomst. Niettemin blijft het belangrijk om te onderstrepen dat de beslissing om een personeelslid met een arbeidsovereenkomst aan te werven een zeker risico inhoudt. De geschillen die hiervoor zijn besproken, zorgen er wel voor dat er een nieuwe juridische vraag aangeboord dient te worden.

De gevolgen van de vernietiging van de beslissing om iemand met een arbeidsovereenkomst aan te werven, blijven immers onduidelijk. De Raad van State spreekt zich immers enkel uit over de afsplitsbare eenzijdige administratieve rechtshandeling en niet over het contract. De Raad van State beschikt niet over de bevoegdheid om contractuele bepalingen te interpreteren of om schendingen van die bepalingen te beoordelen⁽³³⁾. Dit leidt ertoe dat contractuele bepalingen verder blijven bestaan ondanks de vernietiging van de originele beslissing om een overeenkomst te sluiten. Dat hypothekeert uiteraard de impact van een eventuele vernietiging omdat de gevolgen van de onwettig bevonden beslissing verder blijven doorwerken⁽³⁴⁾.

De gevolgen van het feit dat de arbeidsovereenkomst ten volle blijft verder bestaan, vertonen zich bij de uitoefening van bestuurlijk toezicht. Toezichthoudende overheden schorsen of vernietigen immers ook administratieve rechtshandelingen. Een schorsing of vernietiging van een beslissing om een arbeidsovereenkomst te sluiten, heeft dan nauwelijks een meerwaarde. Het komt uiteindelijk enkel aan de arbeidsrechtbank toe om zich uit te spreken over geschillen met betrekking tot de arbeidsovereenkomst. De zaak-Lefevre is daar een specifiek voorbeeld van⁽³⁵⁾. In deze zaak had de toezichthoudende overheid geoordeeld dat een deel van de begroting van een OCMW evenzeer geschorst en daarna vernietigd diende te worden omdat er provisies voorzien waren voor de betaling van de betrokken arbeidscontractante ondanks het feit dat de beslissing tot het sluiten van een arbeidsovereenkomst vernietigd was. Volgens de toezichthoudende overheid was de arbeidsovereenkomst nietig. Bijgevolg mochten geen provisies meer in de begroting worden opgenomen. De financieel beheerder van het OCMW diende een verzoekschrift tot vernietiging in van de vernietigingsbeslissing met betrekking tot de betrokken provisies in de begroting. Zij voerde aan dat enkel de arbeidsrechtbank bevoegd was om zich uit te spreken over de impact van de vernietigingsbeslissing op de lopende arbeidsovereenkomst. De Raad van State volgde de verzoekster hierin door te oordelen dat de arbeidsrechtbanken exclusief bevoegd waren om te oordelen over de nietigheid van de arbeidsovereenkomst. Dit leidde tot de vernietiging van de beslissing tot vernietiging van de begroting in zoverre deze betrekking had op het voorzien van provisies voor de uitbetaling van het loon in het raam van de arbeidsovereenkomst⁽³⁶⁾.

Deze rechtspraak 'redde' dan wel de financieel beheerder van het betrokken OCMW, maar het eigenlijke probleem bleef bestaan. Een soortgelijke problematiek kwam dan ook opnieuw aan de orde toen een beslissing van een Brusselse gemeente om een personeelslid met een arbeidsovereenkomst aan te werven door de toezichthoudende overheid in eerste instantie werd geschorst en later werd vernietigd. De gemeente

(33) Zie R. JANVIER, *Contractanten in overheidsdienst*, Gent, Mys & Breesch, 1997, 6.

(34) Lees hierover K. LEUS en F. ONGENA, "Actuele problemen inzake bestuurlijk toezicht" in A. DE BECKER e.a., *Actualia publiekrecht 2: Het bestuurlijk toezicht*, Brugge, die Keure, 2010, 125-140.

(35) RvS 21 juni 2007, nrs. 172.522 en 172.523, Lefevre.

(36) RvS 21 juni 2007, nrs. 172.522 en 172.523, Lefevre.

nam kennis van de vernietiging en besloot daarom dat de arbeidsovereenkomst nietig was. Het betrokken personeelslid spande een procedure aan bij de arbeidsrechter. Hij vocht hierbij aan dat de arbeidsovereenkomst als nietig werd gekwalificeerd. Het arbeidshof volgde de redenering van de betrokkene en oordeelde dat de nietigheid van de arbeidsovereenkomst niet kon voortvloeien uit de beslissing van de toezichthoudende overheid om over te gaan tot schorsing van de beslissing om een arbeidsovereenkomst te sluiten. De daaropvolgende beslissing van de tewerkstellende overheid vormt volgens het arbeidshof een eenzijdige beëindiging van de arbeidsovereenkomst die aanleiding geeft tot de betaling van een opzeggingsvergoeding.

Niettemin rees de vraag naar de gevolgen voor de arbeidsovereenkomst voor de betrokken partijen. Finaal diende het Hof van Cassatie zich, bij arrest van 5 maart 2012, uit te spreken over de gevolgen van een vernietiging van de beslissing om een arbeidscontractant aan te werven. Het Hof van Cassatie oordeelde dat dit leidde tot de nietigheid van de arbeidsovereenkomst omdat er geen geldige toestemming was gegeven door de overheid. Het Hof van Cassatie verbrak de uitspraak van het arbeidshof te Brussel omdat het van oordeel was dat de arbeidsovereenkomst wel degelijk nietig was bij gebreke van toestemming van de overheid ⁽³⁷⁾.

Het betreft hier een bijzonder geval van een verbintenisrechtelijke nietigheid binnen het arbeidsrecht dat niet verward mag worden met de traditionele ontslagrechtelijke leer inzake de nietigheid van de opzegging. Zoals geweten leidt de nietigheid van de opzegging, volgens vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie, niet tot de nietigheid van het ontslag ⁽³⁸⁾. De eigenheid van het ontslag verhindert dat namelijk: elke eenzijdige rechtshandeling die de wil uitdrukt om de arbeidsrelatie te beëindigen, leidt tot een ontslag ⁽³⁹⁾. Bij een miskennis van een van de geldigheidsvoorwaarden om een overeenkomst te sluiten, geldt dat de overeenkomst niet geldig tot stand is gekomen. Dit leidt ertoe dat de arbeidsovereenkomst geacht wordt nooit te hebben bestaan ⁽⁴⁰⁾.

Het gevolg is dan onvermijdelijk dat er dient te worden uitgeklaard wat er gebeurt met de betrokken arbeidscontractant die te goeder trouw een overeenkomst sloot met de betrokken overheid. Ten gevolge van de vernietiging is een onwettigheid dan wel een bestuurlijke tekortkoming komen vast te staan. Frequent werd, op basis van rechtspraak van het Hof van Cassatie, aangevoerd dat het bestaan van een fout zeker was ingeval er een onwettigheid door een overheid was begaan ⁽⁴¹⁾. De betrokkene

(37) Cass., 5 maart 2012, *Rev.dr.commun.* 2013/2, 20 met noot G. DELANNAY; *SOC.KRON.*, 2013, 297 met noot J. JACQMAIN; *T.Aanm.* 2013, 399 met noot G. VAN HOOREBEKE.

(38) Cass., 26 september 1973, *TSR* 1974, 100; *Arr.Cass.*, 1974, 93.

(39) W. VAN EECKHOUTTE, "De vermoedelijke wil tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst" in M. RIGAUX en P. HUMBLET (eds.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht* 6, Antwerpen, Intersentia, 2001, 736.

(40) De wisselwerking tussen het burgerlijk recht en het arbeidsrecht bij de nietigheidsleer in het arbeidsrecht komt uitgebreid aan bod in het proefschrift van Wilfried Rauws. Zie hierover dan ook W. RAUWS, *Civilrechtelijke beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst*, Antwerpen, Kluwer, 1987, 874 p.

(41) Cass., 13 mei 1982, *Arr.Cass.* 1981-82, 1134; *Pas.* 1982, I, 1072, concl. J. VELU; Cass., 21 juni 1990, *Arr.Cass.* 1989-90, 1353; *RW* 1990-91, 777-779. Hierbij dient wel aangestipt dat de eenheid tussen een fout en een vernietigde bestuurshandeling door sommige auteurs wordt genuanceerd: lees hierover M. PÂQUES en L. DONNAY, "Jurisdiction ordinaire et jurisdiction administrative en droit belge", *CDPK* 2007, 77. Lees hierover ook A. WIRTGEN, "Recente ontwikkelingen inzake overheidsaansprakelijkheid" in P. CABOOR e.a., *Actualia publiekrecht 1: Rechtsbescherming*, Brugge, die Keure, 2008, 144-145.

kan zich niettemin niet meer beroepen op een eenzijdige beëindiging van de arbeidsovereenkomst omdat die precies nietig tot stand is gekomen. Op basis van de hierboven beschreven visie zal hij vermoedelijk wel voor de burgerlijke rechtbank, op basis van een fout van de overheid als gevolg waardoor hij schade heeft geleden, kunnen betrachten om een schadevergoeding te verkrijgen⁽⁴²⁾.

Samenvattend, kan in het algemeen worden gesteld dat de rechtsbescherming van de contractuele personeelsleden in de publieke sector nog steeds minder mogelijkheden op herstel *in natura* biedt dan de rechtsbescherming voor ambtenaren. Niettemin heeft de Raad van State door de beslissing om iemand met een arbeidsovereenkomst aan te werven als een afsplitsbare rechtshandeling te beschouwen ervoor gezorgd dat ook de arbeidscontractanten een vernietiging van een eenzijdige administratieve rechtshandeling kunnen bekomen. In combinatie met het oordeel van het Hof van Cassatie van 5 maart 2012 dat stelt dat in dat geval geen geldige toestemming is gegeven, ontstaat een soortgelijk resultaat. De betrokken aangeworven concurrent is niet meer in dienst. Dat is een belangrijke evolutie inzake de rechtsbescherming van de arbeidscontractanten in de publieke sector.

3. Objectieve aanwervingsprocedure

Recent wordt steeds frequenter in regelgeving bepaald dat ook de contractuele personeelsleden een objectieve aanwervingsprocedure dienen te doorlopen. De vraag rijst hoe deze mensen een procedure kunnen starten wanneer er een onregelmatigheid plaats zou vinden.

Het is duidelijk dat voor de eigenlijke ambtenaren op dat ogenblik een procedure openstaat bij de Raad van State. Voor de betrokken kandidaten die een functie bij arbeidsovereenkomst wensen te bekomen, bestaat geen mogelijkheid om een soortgelijke procedure aan te spannen. De relatie bevindt zich bovendien in de precontractuele fase, hetgeen de situatie extra bemoeilijkt.

Er bestaat heel weinig rechtspraak inzake de fout die een aanwervende entiteit begaat bij de aanwerving van een arbeidscontractant in de publieke sector. De vraag rijst of een niet-aangeworven contractueel personeelslid bij miskennis van de objectieve aanwervingsprocedure een beroep kan doen op een schending van de objectieve aanwervingsprocedure. Dit leidt al zeker helemaal niet tot een soortgelijke sanctie als bij de vernietiging van een benoeming van de eigenlijke ambtenaren. De betrokken contractuele kandidaat kan slechts aanspraak maken op een schadevergoeding als gevolg van een fout van de overheid tijdens de objectieve aanwervingsprocedure. Dergelijke aansprakelijkheid van de overheid in een burgerrechtelijke procedure leidt niettemin louter tot potentiële aansprakelijkheden wegens het verlies van een kans. Dit betekent concreet dat de gewone rechter *ex aequo et bono* zal moeten begroten hoeveel de schade bedraagt⁽⁴³⁾.

(42) Lees hierover B. DUBUISSON en P. HENRY, *Droit de la responsabilité: morceaux choisis*, Brussel, De Boeck, 2004, 43.

(43) Lees hierover M. FAURE, "Het verlies van een kans in België" in A. AKKERMANS, M. FAURE en T. HARTLIEF (red.), *Proportionele aansprakelijkheid*, Den Haag, Boom juridische uitgevers, 2000, 161-196.

Dit probleem bestaat evenzeer ten aanzien van de objectieve bevorderingsprocedures die steeds frequenter worden uitgetekend om ook contractuele personeelsleden de kans te geven een loopbaan te ontwikkelen in het openbaar ambt. Hierbij dient te worden herhaald dat, hoewel het gezien de cijfers absoluut begrijpelijk is dat deze optie wordt genomen, het voortvloeit uit de logica van de juridische hiërarchie die er tot op heden bestaat dat de contractanten geen loopbaan kunnen ontwikkelen op federaal en deelstatelijk niveau. De wijziging van artikel 87, § 4 BWHL biedt de mogelijkheid aan de deelstaten om hier iets aan te veranderen en mogelijk een loopbaanbeleid voor contractanten uit te tekenen. Het nieuwe artikel 87, § 4 BWHL bepaalt immers niet langer dat er een APKB blijft bestaan voor de personeelsleden bij de deelstaten en de publiekrechtelijke rechtspersonen die ervan afhangen. Tevens heeft de Vlaamse Regering in het besluit van 21 februari 2014 tot wijziging van het Vlaams personeelsstatuut van 13 januari 2006, wat betreft het modern hr-beleid op korte termijn en andere bepalingen⁽⁴⁴⁾ bepaald dat ook contractuele personeelsleden kunnen worden benoemd in een bevorderingsbetrekking die vacant is verklaard op voorwaarde dat ze via een objectieve wervingsselectie zijn aangeworven.

Deze nieuwe bepaling roept een aantal terminologische vragen op: hoe kan een contractueel personeelslid worden benoemd als de benoeming (volgens vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie) precies het onderscheidend criterium is om iemand als ambtenaar (en dus niet als arbeidscontractant) te kwalificeren⁽⁴⁵⁾? Dit onzorgvuldig gebruik van terminologie bemoeilijkt bovendien ook de taak van rechters. Wat dienen de arbeidsrechters te doen als een niet-benoemde contractant bij hen een procedure instelt? Volgens de juridische logica zouden ze de vordering als onontvankelijk dienen af te wijzen omwille van de benoeming. De benoeming zorgt immers voor een eenzijdig karakter van de arbeidsverhouding en onttrekt ze als dusdanig aan de rechtsmacht van de arbeidsgerechten. De Raad van State zou zich over dit soort geschillen moeten uitspreken.

Deze analyse vindt steun in het feit dat de Vlaamse overheid zelf een personeelslid benoemt in een statutaire functie die eerder een contractuele functie had uitgeoefend. Met andere woorden: de contractant wordt een statutair personeelslid. Uit de toelichting van de Vlaamse overheid blijkt niettemin dat de afdeling wetgeving van de Raad van State geen opmerking geformuleerd zou hebben bij het overstappen van een contractuele naar een statutaire functie op voorwaarde dat de contractant een eerdere objectieve aanwervingsprocedure had doorlopen. Dit lijkt *prima facie* correct, maar inzake rechtsbescherming schort er toch iets. Bij de aanwerving van een arbeidscontractant kan de beslissing om een concurrent aan te werven niet worden aangevochten omdat er geen eenzijdige administratieve rechtshandeling is gesteld. Zoals aangestipt, kan de tegenkandidaat maximaal schadevergoeding betrachten. Niettemin heeft dit tot gevolg dat bij de aanwerving van een arbeidscontractant waarbij een gerechtelijke procedure wordt ingesteld, het mogelijk is dat een kandidaat toch wordt aangeworven bij gebreke van eenzijdige administratieve beslissing op het einde, ook al is de objectieve aanwervingsprocedure miskend. De burgerlijke rechter kan immers niet overgaan tot vernietiging van de aanwerving van de kandidaat waarmee een arbeidsovereenkomst is gesloten.

(44) BS 23 juni 2014.

(45) Cass. 13 juni 1973, *Pas.*, 1973, I, 950, met noot H.L.; Cass., 18 november 1985, *Soc.Kron.*, 1986, 37 met noot J. JACQMAIN; Cass., 20 december 1993, *JTT*, 1994, 228.

Voor benoemingen daarentegen is het absoluut noodzakelijk dat er een eenzijdige administratieve rechtshandeling wordt gesteld aan het einde van de selectie- en wervingsprocedure die voor vernietiging vatbaar is. Die administratieve rechtshandeling dient dan te kunnen worden aangevochten om een effectieve rechtsbescherming te verwerven. Indien dit niet gebeurt, wordt een van de basiselementen inzake de aanwerving in het openbaar ambt aangetast. De overheid is voor haar benoemingen immers verplicht, op basis van de artikelen 10 en 33 van de Grondwet, om de meest geschikte kandidaat te benoemen. Een controle in het kader van het objectief contentieux waarbij een administratieve rechtshandeling vernietigd kan worden, wordt daarbij traditioneel als cruciaal aangestipt⁽⁴⁶⁾.

Er zijn de jongste jaren meer initiatieven genomen om de contractanten in overheidsdienst ook een steeds grotere kans te geven om zelf een loopbaan uit te bouwen. Daartoe is het bijvoorbeeld mogelijk dat contractuele medewerkers, na een objectieve selectieprocedure, naar een andere contractuele functie doorstromen. Deze promotie lijdt niettemin onder hetzelfde probleem als een eventuele nieuwe aanwerving.

De situatie wordt daarbij nog sterker gecompliceerd omdat steeds frequenter gemengde loopbanen ontstaan. Het besluit van de Vlaamse regering van 7 december 2007 bevat het meest expliciete voorbeeld. Bij de overgang van een contractuele naar een statutaire functie wordt de juridische hiërarchie, zoals deze nu nog steeds bestaat⁽⁴⁷⁾, gerespecteerd. Dat is niet het geval indien er een omgekeerde overgang plaatsgrijpt. Dit betekent immers dat een personeelslid van de 'normale' tewerkstellingsvorm evolueert naar de 'uitzonderlijke' tewerkstellingsvorm. Dit doet onvermijdelijk vragen rijzen naar de wijze waarop de overstap van de statutaire functie naar de contractuele functie vorm krijgt. Wat gebeurt er dan met de statutaire arbeidsrelatie? Omdat een statutaire arbeidsrelatie enkel kan worden beëindigd in de gevallen die in de regelgeving zijn bepaald, loopt de statutaire arbeidsrelatie immers niet ten einde, gezien artikel 103 tot en met 105 van het besluit van de Vlaamse Regering van 7 december 2007 geen einde aan de arbeidsrelatie stellen ingeval er een arbeidsovereenkomst wordt getekend. Als gevolg van die bepaling geldt dus dat de statutaire arbeidsrelatie blijft bestaan bij een eventuele promotie naar een contractuele aanstelling. Dit roept vragen op naar de bevoegde rechtbank ingeval er een geschil rijst. Wat zijn de juridische gevolgen indien een contractueel personeelslid dat bevorderd is vanuit een statutair dienstverband om dringende reden ontslagen wordt? De arbeidsrechtbanken zijn enkel bevoegd om zich uit te spreken over het ontslag om dringende reden. Dat betekent niettemin dat de statutaire rechtspositie herleeft. Om daar iets aan te wijzigen dient een nieuwe disciplinaire procedure te worden toege-

(46) Lees hierover I. OPDEBEEK, De rechtsplicht tot vergelijking van titels en verdiensten van de kandidaten voor een benoeming of een bevordering" in I. OPDEBEEK (ed.), *Benoemingen, bevorderingen en de Raad van State*, Brugge, die Keure, 1997, 8-9.

(47) Er is al heel frequent erop gewezen dat die juridische hiërarchie een gelijkschakeling belemmert. Het blijft opvallend dat de parlementen op geen enkel ogenblik reeds de stap hebben gezet om die struikelsteen voor een gelijkschakeling weg te werken. Daardoor blijft een hinderpaal bestaan voor de gelijkschakeling, die nadien wel gepropageerd wordt in besluiten. Lees hierover R. JANVIER en K. JANSSENS, *De mythe van het statuut voorbij? De nieuwe overheidswerker is opgestaan!*, Brugge, die Keure, 2003, 4-5; 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, 60-66.

past waarbij de vraag rijst of twee sancties kunnen worden opgelegd voor eenzelfde vergrijp. Bovendien oordeelt de Raad van State over dit geschil. De betrokkene zou echter kunnen aanvoeren dat hij reeds tuchtrechtelijk is gestraft omdat hij tevoren ontslagen werd om dringende redenen.

Ten aanzien van bevorderingen in het algemeen geldt een belangrijk verschil tussen de rechtspositie van de statutaire en de contractuele personeelsleden. Steeds vaker wordt, zoals gesteld, de mogelijkheid gecreëerd voor contractuele personeelsleden om evenzeer een loopbaan te ontwikkelen. Deze bedoeling staat expliciet te lezen in het Verslag aan de Regering bij het besluit van de Vlaamse Regering van 7 december 2007: *“Waar het arbeidsrecht of het socialezekerheidsrecht dat niet verhinderen en voor zover de Vlaamse Regering daartoe bevoegd is, is het beleid gericht op een gelijkschakeling tussen het personeel in statutair dienstverband en het personeel in contractueel dienstverband, ook wat het loopbaanstelsel betreft.”*⁽⁴⁸⁾

Een dergelijke gelijkschakeling leidt ertoe dat contractuele personeelsleden in beginsel op een soortgelijke wijze aanspraak kunnen maken op een bevordering naar een functie in een hogere rang. De rechtsbescherming verschilt echter fundamenteel. Voor een statutair personeelslid bestaat immers de rechtsbescherming van de Raad van State. De Raad van State zal overgaan tot de controle van de wettigheid van de bevorderingsprocedure. De recente arresten De Baere en Van den Houtte kunnen hierbij als voorbeeld gelden. Hierbij maakt de Raad van State nauwgezet de afweging van de titels en de verdiensten van de kandidaten. Bovendien oordeelt de Raad van State consciëntieus of het gelijkheidsbeginsel is gerespecteerd⁽⁴⁹⁾.

Bij een eventuele schending van de verplichting die op de overheid rust om een objectieve vergelijking te maken van de titels en de verdiensten van de kandidaten dient de Raad van State over te gaan tot de vernietiging van de benoeming na het afsluiten van de bevorderingsprocedure.

Die situatie is fundamenteel anders bij de bevordering van een arbeidscontractant of de bevordering naar een contractuele rechtspositie. Op dat ogenblik kan een kandidaat immers geenszins de uiteindelijke benoeming aanvechten omdat die er niet werkelijk komt. De mogelijkheid beperkt zich in het burgerlijk recht tot de eis om schadevergoeding indien de voorgeschreven procedure niet is nageleefd. Daarnaast kan eventueel een verzoek om een schadevergoeding toe te kennen worden ingediend wegens het verlies van een kans. Een dergelijke schadevergoeding wordt in dit geval vermoedelijk *ex aequo et bono* begroot en zal waarschijnlijk slechts een relatief beperkt bedrag omvatten. Bovendien wordt het doel hiermee niet bereikt omdat de betrokken kandidaat zich niet opnieuw kandidaat kan stellen voor de nieuw uit te schrijven vacature. Die onderscheiden rechtsbescherming bemoeilijkt op dit ogenblik nog steeds de gelijkschakeling van de rechtsposities van de ambtenaar en de arbeidscontractant in de publieke sector⁽⁵⁰⁾.

(48) Verslag aan de Vlaamse Regering bij het besluit van de Vlaamse Regering van 7 december 2007, te raadplegen op www.juridat.be.

(49) RvS 24 maart 2013, nr. 223.022, Vanden Houtte; RvS 25 juni 2013, nr. 224.041, De Baere.

(50) Lees hierover reeds 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, 90-91.

Niettemin heeft de tendens tot gelijkenschakeling van de rechtsposities van de ambtenaren en de contractanten in de publieke sector tot gevolg dat voor een groeiende groep aan contractuele personeelsleden intussen is bepaald dat deze personeelsleden ook een objectieve aanwervings- en bevorderingsprocedure dienen te doorlopen. De vraag rijst welke aanspraken de kandidaten kunnen putten uit een eventuele miskennen van de objectieve aanwervingsprocedure. Voor kandidaten die deelnemen aan een statutaire objectieve aanwervingsprocedure, bestaat de mogelijkheid om een verzoekschrift bij de Raad van State in te dienen. De Raad van State oordeelt dan in hoeverre het gelijkheidsbeginsel dan wel de objectieve vergelijking van titels en verdiensten effectief is nageleefd. In geval van miskennen kan de Raad van State uiteraard overgaan tot schorsing dan wel vernietiging van de uiteindelijke benoeming. De situatie is fundamenteel anders voor een personeelslid dat beoogde een contractuele functie in de wacht te slepen. Indien de procedure niet nageleefd is, kan de betrokkene kandidaat proberen om een eventuele schadevergoeding te eisen voor de burgerlijke rechter. Niettemin bestaat in de precontractuele fase bijzonder weinig rechtspraak, ook niet voor de private sector, over de aanspraken die iemand op een positie zou kunnen maken ⁽⁵¹⁾.

Als er al een fout kan worden aangetoond in hoofde van de overheid, beperkt de schade die als gevolg daarvan is opgelopen zich tot een gemiste kans. Eventuele schadevergoeding voor een gemiste kans is, zoals gezegd, echter zeer gering.

Dit blijft een fundamenteel onderscheid inzake rechtsbescherming tussen de statutaire en de contractuele personeelsleden bij de overheid. De statutaire personeelsleden kunnen aanspraak maken op rechtsherstel omdat ze een nieuwe kans kunnen krijgen op deelname aan een selectieprocedure, terwijl de contractuele personeelsleden door de rechtsmachtverdeling zich tevreden dienen te stellen met een beperkte schadevergoeding.

Het vermengen van de twee rechtsposities waarbij een bevordering mogelijk wordt gemaakt van een statutaire naar een contractuele functie leidt bovendien tot een groot aantal juridische en procedurele problemen. Dit aspect hebben we al eerder besproken in een andere bijdrage en zullen we hier niet verder aan bod laten komen omdat die problemen niet noodzakelijk samenhangen met de rechtsmachtverdeling in het contentieux van het overheidspersoneel ⁽⁵²⁾.

4. Herkwalificatie van de arbeidsrelatie

De tweespalt tussen ambtenaren en arbeidscontractanten wordt groter ingeval de betrokkene in de loop van de uitvoering van zijn arbeidsovereenkomst of aan het einde van zijn arbeidsovereenkomst een geschil heeft met de overheid als werkgever. Het hoeft geen betoog dat, in beginsel, artikel 578 van het Gerechtelijk Wetboek (samengelezen met artikel 1 van de Arbeidsovereenkomstenwet) zulke geschillen

(51) Lees hierover W. RAUWS, *Civielrechtelijke beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst*, Antwerpen, Kluwer, 1987, 320-321.

(52) 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, 85-91.

overlaat aan de arbeidsgerechten. Artikel 1 van de Arbeidsovereenkomstenwet bepaalt immers expliciet dat deze wet van toepassing is op de personeelsleden tewerkgesteld door het Rijk, de provincies, de agglomeraties, de federaties van gemeenten, de gemeenten, de openbare instellingen welke eronder ressorteren, de instellingen van openbaar nut en de door het Rijk gesubsidieerde inrichtingen van het vrij onderwijs en van wie de toestand niet statutair geregeld is. Artikel 578 van het Gerechtelijk Wetboek bepaalt dat elk geschil dat voortvloeit uit de arbeidsovereenkomst tot de bevoegdheid van de arbeidsrechtbanken behoort. In beginsel zal de arbeidsrechter toepassing maken van het arbeidsrecht, zoals het betaamt, om tot een beslechting van het geschil te komen.

Het arrest-Matthijs heeft in dit debat een belangrijke nieuwe wind doen waaien. In dit arrest oordeelde de Raad van State voor het eerst sinds 1985 opnieuw dat een herkwalificatie van de arbeidsrelatie mogelijk is ⁽⁵³⁾.

De Raad van State hernam in het arrest-Matthijs deze stelling en besloot, *post factum*, dat een arbeidsovereenkomst die gesloten werd met een overheid die daartoe niet de vereiste wetskrachtige grondslag had, als onwettig moest worden beschouwd. De Raad van State oordeelde dat de heer Matthijs eigenlijk statutair aangesteld diende te zijn en herkwalificeerde de arbeidsovereenkomst als een statutair dienstverband.

De heer Matthijs was *in concreto* aangeworven als directeur van een OCMW-rusthuis met een arbeidsovereenkomst. De partijen ondertekenden het aanwervingsformulier op 4 juli 2000. Enige tijd later, op 29 januari 2003, informeerde de voorzitter van het OCMW de heer Matthijs dat zijn arbeidsovereenkomst beëindigd werd. De beslissing werd later bekrachtigd door de OCMW-raad. Na een procedure bij de gouverneur diende de heer Matthijs een verzoekschrift in bij de Raad van State waarin hij aanvoerde dat hij eigenlijk niet met een arbeidsovereenkomst tewerkgesteld kon worden. Artikel 55 van de organieke OCMW-wet van 8 juli 1976 liet het betrokken Brusselse OCMW enkel toe om in een aantal specifieke gevallen over te gaan tot een contractuele aanwerving. Die gevallen waren als volgt omschreven in artikel 55 OCMW-wet:

“1. De Minister die het maatschappelijk welzijn in zijn bevoegdheid heeft kan een of meer openbare centra voor maatschappelijk welzijn machtigen om voor de door hem bepaalde betrekkingen van de maatschappelijk werkers, van het verplegend en verzorgend personeel, van het hulppersoneel en van het meesters-, vak- en dienstpersoneel, tot een contractuele aanwerving over te gaan.

In dit geval moet de raad voor maatschappelijk welzijn bij de vaststelling van de personeelsformatie uitdrukkelijk die vorm van aanwerving voor de bedoelde betrekkingen voorzien en bij de aanstelling een schriftelijke overeenkomst met het betrokken personeelslid sluiten.

§ 2. De raad van maatschappelijk welzijn kan overgaan tot de indienstneming onder arbeidsovereenkomst van personen van vreemde nationaliteit voor de niet leidinggevende betrekkingen.”

Doordat het OCMW van Sint-Gillis deze wettelijke bepaling niet gerespecteerd had, oordeelde de Raad van State dat de tewerkstellingswijze van de heer Matthijs

(53) RvS 23 april 2009, nr. 192.580, Matthijs en zie eerder RvS 28 februari 1985, nr. 25.085, Geerts.

geherkwalificeerd kon worden als een statutaire vorm van tewerkstelling niettegenstaande de partijen duidelijk overeen waren gekomen dat het een arbeidsovereenkomst betrof. Na die herkwalificatie oordeelde de Raad van State dat de heer Matthijs ontslagen was met miskenning van de tuchtprocedure die gevolgd diende te worden. Daarom vernietigde de Raad van State de beslissing tot ontslag van de heer Matthijs. Dat betekende uiteraard dat de vernietiging van het ontslag van het betrokken personeelslid een zeer verregaand gevolg had. Niet enkel was het ontslag vernietigd van het betrokken personeelslid maar evenzeer kwam datzelfde personeelslid opnieuw in dienst met een statutair dienstverband⁽⁵⁴⁾.

Op dit ogenblik is een geschil hangende voor de arbeidsrechtbank over de vorderingen inzake achterstallige pensioenrechten voor de heer Matthijs. Al deze elementen schetsen de gevaren die verbonden zijn met een ondoordachte werving van arbeidscontractanten. Niettemin dient uiteraard de impact te worden gerelativeerd. Op dit ogenblik heeft de Raad van State deze rechtspraak enkel toegepast voor artikel 55 van de OCMW-wet.

In het kader van artikel 55 van de OCMW-wet is het arrest-Matthijs niettemin geen alleenstaand geval. De Raad van State heeft de overweging van het arrest-Matthijs later overgenomen in het arrest-Vanderhasselt⁽⁵⁵⁾. Weliswaar oordeelt het arrest-Vanderhasselt niet over de onterechte contractuele aanwerving van verzoekster. De Raad van State gebruikt deze passage om te duiden dat de aangevochten aanstelling van een andere kandidate niet bij arbeidsovereenkomst hoorde plaats te grijpen. De Raad van State maakt volgende overweging:

“Vastgesteld moet worden dat een contractuele tewerkstelling voor een functie van directeur van een rusthuis niet wettelijk is toegelaten, noch door of krachtens artikel 55 van de OCMW-wet, noch door of krachtens artikel 56 van diezelfde wet. A.M. moet derhalve worden beschouwd als een personeelslid in statutair verband.”⁽⁵⁶⁾

Dit betekent dus dat, hoewel de Raad van State niet vermag te oordelen over de gebeurtenissen die plaatsgrijpen tijdens de uitvoering van de arbeidsovereenkomst, hij op basis van artikel 55 OCMW-wet reeds tweemaal overging tot herkwalificatie van deze overeenkomst⁽⁵⁷⁾.

In een recent arrest van 6 mei 2014 oordeelde een Franstalige kamer van de Raad van State niettemin dat de herkwalificatie van een contractuele arbeidsrelatie door de Raad van State tegen de wil van de partijen in een aantasting uitmaakt van de rechtszekerheid. Daarom weigerde de Raad van State in dat arrest over te gaan tot herkwalificatie⁽⁵⁸⁾. Dit geeft wel aan dat de rechtspraak in het arrest-Matthijs op dit ogenblik nog niet als vaste rechtspraak van de gehele instelling mag worden beschouwd. Toch dient deze evolutie nauwlettend in de gaten te worden gehouden.

(54) RvS 23 april 2009, Matthijs, nr. 192.580.

(55) RvS 5 juli 2012, nr. 220.117, Vanderhasselt.

(56) RvS 5 juli 2012, nr. 220.117, Vanderhasselt.

(57) Zie ook reeds RvS 28 februari 1985, nr. 25.085, Geerts.

(58) RvS 6 mei 2014, nr. 227.285, Goedseels, APT 2014, 461 met noot.

5. Vermenging van beide tewerkstellingsvormen

Het laatste aspect van de voorgaande afdeling brengt ons naadloos bij de volgende vraag. Hoe gaat de rechtspraak om met de groeiende vermenging van beide rechtsposities? Er zijn nog geen zaken bekend waarbij een personeelslid een dubbele rechtspositie had met dezelfde werkgever. In het licht van de huidige rechtspraak zou dit ook moeilijk passen. Het Hof van Cassatie oordeelde in 1973 dat beide rechtsposities niet naast elkaar bestaan⁽⁵⁹⁾. Deze rechtspraak is later door het Hof bevestigd en wordt door de meeste arbeidshoven op heden nog steeds toegepast⁽⁶⁰⁾.

Specifiek rees in een recent arrest bij het arbeidshof te Brussel de vraag naar de kwalificatie van een arbeidsrelatie waarbij een personeelslid eerst werd benoemd bij een overheid maar waar in het benoemingsbesluit werd opgenomen dat voor de loonvoorwaarden een akkoord diende te worden gesloten tussen de partijen. Het personeelslid was eenzijdig aangesteld voor een periode van zes jaar, waarna zij haar werk had voortgezet om de continuïteit van de openbare dienst te garanderen. Toen na een nieuwe objectieve aanwervingsprocedure een nieuwe kandidaat werd aangevraagd, diende zij tezelfdertijd een verzoekschrift in bij de Raad van State om haar benoeming te bekomen, alsook een vordering bij de arbeidsrechtbank om een ontslagvergoeding te vorderen.

De Raad van State oordeelde als eerste in dit kluwen en kwam tot het eindverdict dat het verzoekschrift wel ontvankelijk was, maar dat er in de schorsingsprocedure geen moeilijk te herstellen ernstig nadeel kon worden aangetoond⁽⁶¹⁾.

De arbeidsrechtbank oordeelde dat het niet tot haar rechtsmacht behoorde om uitspraak te doen over dit geschil omdat de verzoekster eenzijdig was aangesteld. De latere in onderlinge overeenstemming aangenomen loonvoorwaarden wijzigden die kwalificatie niet⁽⁶²⁾.

Het arbeidshof van Brussel heeft zich in een arrest van 15 mei 2009 helemaal ingeschreven in die logica. Het arbeidshof stipte aan dat de eenzijdige aanstelling het doorslaggevend criterium is om te beslissen of een arbeidsrelatie als statutair dan wel als contractueel diende te worden beoordeeld. De eventuele latere overeenkomst die over de loonvoorwaarden werd gesloten, kon daarbij niet als onderscheidend criterium worden aangenomen.

Het arbeidshof baseerde zich in zijn uitspraak op de rechtspraak van het Hof van Cassatie uit 1973. Het haalde aan dat het cruciale element de wijze is waarop de rechtsbetrekking tot stand kwam. De betrokkene werd benoemd, wat een eenzijdige rechts-handeling impliceerde. Daarom oordeelde het arbeidshof dat er sprake was van een 'ambtenaarrechtelijke' arbeidsrelatie⁽⁶³⁾.

(59) Cass. 13 juni 1973, *Pas.*, 1973, I, 950, met noot H.L.

(60) Arbh. Brussel 18 december 1984, *JTT*, 1985, 187; Arbh. Luik 29 juni 1987, *RRD*, 1989, 569; Arbh. Brussel 9 februari 1990, *JTT*, 1991, 11 met noot; Arbh. Bergen 2 oktober 1991, *JTT*, 1991, 484 met noot; Arbh. Bergen 6 mei 1993, *TSR*, 1993, 446; Arbh. Namen 22 april 1991, *RRD*, 1991, 332.

(61) RvS 11 oktober 2007, nr. 175.620, Vanderveeren.

(62) Arbrb. Brussel 15 mei 2009, *onuitg.* (AR nr. 51.225).

(63) Arbh. Brussel 15 mei 2009, *onuitg.* (AR nr. 51.225).

Dezelfde redenering werd gevolgd bij de behandeling van het verzoekschrift tot vernietiging door de Raad van State. Ook daar oordeelde de Raad van State dat het verzoekschrift geen gegrond middel inriep maar wel dat het ontvankelijk was ⁽⁶⁴⁾.

Niettemin is deze rechtspraak specifiek omdat voor het eerst een geschil voor twee onderscheiden rechtscolleges met een verschillende rechtsmacht werd gevoerd. In het arrest-De Backer oordeelde de Raad van State immers dat een mandaatovereenkomst met een manager van NV De Post wel als een arbeidsovereenkomst gekwalificeerd diende te worden. In artikel 60 van het Administratief Statuut staat dat de raad van bestuur of zijn afgevaardigde bij gemotiveerde beslissing een einde kan stellen aan het mandaat.

Deze overeenkomst vormt voor de Raad van State wel degelijk een arbeidsovereenkomst. Het verschil schuilde hem in de wijze waarop de arbeidsrelatie tot stand is gekomen. Hier werd wel degelijk een overeenkomst getekend bij de ingang van het mandaat. De expliciete mogelijkheid tot eenzijdige beëindiging (die overigens ook openstaat in het arbeidsrecht) doet geen afbreuk aan deze kwalificatie ⁽⁶⁵⁾.

Hierbij is het tevens nuttig nog even te herhalen dat de Raad van State stevast oordeelt dat op een ontslag van een arbeidscontractant de theorie van de afsplitsbare rechtshandeling niet toegepast kan worden ⁽⁶⁶⁾.

6. Tucht

Tucht wordt in samenhang gezien met de eenzijdige arbeidsrelatie van het statutair personeel. OPDEBEEK en COOLSAET omschrijven het tuchtrecht als de sanctiebevoegdheid van de leiders van een maatschappelijke groep om leden te straffen die inbreuken op de groepsregels hebben begaan. Zij kunnen bestraft worden precies omdat ze tot die groep behoren. In dit geval betreft het een groep van ambtenaren ⁽⁶⁷⁾.

Het ambtenarentuchtrecht kent een specifieke eigenheid waarbij het eenzijdige karakter van de arbeidsrelatie tot gevolg heeft dat een aantal maatregelen kunnen worden opgelegd die in het gewone arbeidsrecht veel minder evident zijn.

Zoals JANVIER terecht eerder aanstipte ⁽⁶⁸⁾, is het opleggen van een tuchtsanctie voor contractuele personeelsleden niet onmogelijk, maar dient daartoe het arbeidsreglement te worden aangepast. Het doel en de bestemming van geldboetes dienen bovendien expliciet gebruikt te worden in het belang van de werknemers overeenkomstig artikel 6, § 1, 6° van de Arbeidsreglementenwet van 8 april 1965. Daarenboven is de eenzijdige wijziging van de arbeidsvoorwaarden (zelfs tijdelijk), gelet op

(64) RvS 25 mei 2010, nr. 204.252, Vanderveeren.

(65) RvS 1 februari 2010, nr. 200.298, De Backer.

(66) Zie bij wijze van voorbeeld RvS 23 juni 2004, nr. 132.915, Hendrix; RvS 30 november 2007, nr. 177.501, Adamopoulos.

(67) I. OPDEBEEK en A. COOLSAET, *Ambtenarenrecht: II. Rechtspositieregeling: 1. Algemene beginselen van ambtenarentuchtrecht*, Brugge, die Keure, 2011, 1-3.

(68) R. JANVIER, "Een volwaardige tuchtregeling voor de contractanten in overheidsdienst", *TSR*, 2008, 250.

de interpretatie en de toepassing van artikel 25 van de Arbeidsovereenkomstenwet, allesbehalve evident ⁽⁶⁹⁾.

Dit onderscheid leidt ertoe dat het tuchtreglement ten aanzien van ambtenaren niet onverminderd kan worden toegepast op de contractanten in overheidsdienst. De rechterlijke controle op tuchtsancties is dan ook fundamenteel verschillend ten overstaan van ambtenaren dan met betrekking tot arbeidscontractanten. De Raad van State oordeelt over geldelijke sancties vanuit typisch ambtenaarrechtelijk oogpunt. Er rijzen geen vragen over de eigenheid van de sanctie indien die sanctie expliciet is opgenomen in het ambtenarenstatuut ⁽⁷⁰⁾. Er worden enkel vragen opgeworpen over de eventuele proportionaliteit van de opgelegde sanctie.

Sommige tuchtrechtelijke overheden blijven niettemin vergissingen begaan in de toepassing van de reglementering op hun personeel. In de zaak die aanleiding gaf tot het arrest van het arbeidshof te Brussel van 17 november 2009 oordeelde het arbeidshof volkomen terecht dat de statutaire tuchtprocedure niet kon worden toegepast op contractuele personeelsleden ⁽⁷¹⁾.

Die situatie wordt uiteraard gecompliceerd ingeval er twee rechtsposities bestaan die inhoudelijk zeer sterk bij elkaar aanleunen maar die omwille van de juridische achtergrond toch onderscheiden kunnen zijn. Dit is bijvoorbeeld het geval voor de mandaathouders. Het eerste jurisprudentiële voorbeeld van een sanctie ten aanzien van een contractuele mandaathouder bij de Vlaamse overheid betrof immers een ontslag om dringende reden. De arbeidsrechter oordeelde dat de hoorplicht bij het ontslag om dringende reden geschonden was. Bovendien oordeelde hij evenzeer dat er geen dringende reden voorhanden was om over te gaan tot het ontslag van de betrokken contractuele mandaathouder. Het gevolg van dit oordeel was echter niet de vernietiging van het ten onrechte opgelegde ontslag om dringende reden, maar wel het uitbetalen van een bepaalde schadevergoeding wegens miskennis van de hoorplicht en een opzeggingsvergoeding wegens onregelmatige beëindiging. Ingeval dezelfde mandaathouder een verleden had als statutair personeelslid bij de Vlaamse overheid, diende hij overeenkomstig artikel V 9, § 2 van het Vlaams Personeelsstatuut ook in een vast dienstverband te worden aangesteld. In dat geval kon de eventuele tuchtsanctie houdende het ontslag uiteraard wel worden vernietigd.

De situatie is intussen complexer voor het extern aangeworven personeelslid dat sinds de wijziging van het Vlaams Personeelsstatuut in 2010 zelf mag kiezen of het met een arbeidsovereenkomst dan wel met een eenzijdige aanstelling tewerkgesteld wil worden, overeenkomstig artikel V 9, § 2 van het Vlaams Personeelsstatuut ⁽⁷²⁾. Vanuit het oogpunt van de mandaathouder kan hij, omwille van de bescherming in geval van een tuchtsanctie, beter opteren voor een eenzijdige aanstelling dan voor een ar-

(69) Lees hierover onder meer S. GILSON en L. DEAR, "La modification unilatérale des conditions de travail: un fait unique, des conséquences multiples et variées" in J. JACQMAIN (ed.), *Une terre pour le droit du travail: les services publics*, Brussel, Bruylant, 2005, 236-308.

(70) RvS 5 januari 2009, nr. 189.263, Willems.

(71) Arbeidshof Brussel, 17 november 2009, *Soc.Kron.*, 2010, 44 met noot J.J.

(72) Besluit van de Vlaamse Regering van 22 januari 2010 tot wijziging van het Vlaams personeelsstatuut van 13 januari 2006, wat betreft de aanwijzing in de mandaatfuncties van N-niveau en van algemeen directeur, BS 12 februari 2010.

beidsovereenkomst, zoals blijkt uit de besproken lotgevallen van de mandaathouder die om dringende reden ontslagen werd.

7. Divergente rechtspraak inzake het stakingsrecht

Stakingen in de publieke sector hebben het voorwerp uitgemaakt van een lange juridische evolutie. Zoals LOMBAERT het terecht omschrijft, vormt het een lang proces van een oorspronkelijk verbod tot staken tot de erkenning van het stakingsrecht in de publieke sector ⁽⁷³⁾.

Het is zelfs zo dat de directe werking van artikel 6.4 van het Europees Sociaal Handvest frequent toegeschreven wordt aan een aantal uitspraken van de Raad van State in het kader van het objectief contentieux ⁽⁷⁴⁾. Los van de discussie of een dergelijke rechtstreekse directe werking afgeleid kan worden uit deze rechtspraak in het objectief contentieux ⁽⁷⁵⁾, blijkt uit deze evolutie echter dat er op dit ogenblik ten volle een stakingsrecht bestaat in de publieke sector. Dit stakingsrecht is voor de meeste ambtenaren bovendien niet bij wet ingeperkt, met uitzondering van het politie- en het defensiepersoneel waar de inperking respectievelijk de uitsluiting van het stakingsrecht is bepaald in wetgeving ⁽⁷⁶⁾. Zonder een dergelijke expliciete wetskrachtige inperking van het stakingsrecht oordelen de meeste auteurs dat er een volwaardig stakingsrecht bestaat in de publieke sector. Het stakingsrecht kan immers in de publieke sector niet ingeperkt worden op basis van de Wet Prestaties van algemeen belang van 16 augustus 1948 ⁽⁷⁷⁾ omdat deze wet enkel voor de private sector geldt. Het overheidspersoneel kan dus op basis van die wet niet opgeëist worden om toch arbeid te komen verrichten ⁽⁷⁸⁾. Er bestaat bijgevolg in beginsel een nagenoeg ongelimiteerd stakingsrecht in de publieke sector ⁽⁷⁹⁾.

Niettemin heerst er een heel bijzondere tendens in de huidige rechtspraak met betrekking tot het stakingsrecht in de publieke sector. De NMBS heeft met de vakbonden in een protocol vastgesteld dat de vakbonden eerst een stakingsaanzegging dienen te doen vooraleer er gestaakt kan worden. Dat protocol is, via een eenzijdige wijziging van het ambtenarenstatuut, opgenomen in datzelfde ambtenarenstatuut. Bovendien

(73) B. LOMBAERT, "La grève des fonctionnaires ou la lente émergence d'un droit fondamental" in X, *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire: mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Brussel, Bruylant, 2000, 517-540.

(74) RvS 22 maart 1995, nr. 52.424, Henry, *APT*, 1995, 228; *Soc.Kron.*, 1996, 442 met noot J. JACQMAIN; RvS 3 december 2002, nr. 113.618, Vermote, *NJW*, 2003 met noot MDV.

(75) Lees hierover A. DE BECKER, *De overheid en haar personeel: juridische grondslagen van de rechtspositie van de ambtenaar*, Brugge, die Keure, 2007, 567-570.

(76) Artikel 16 wet 21 april 1994, *BS* 20 mei 1994 en art. 260 eerste lid wet 7 december 1998 tot organisatie van een geïntegreerde politiedienst, gestructureerd op twee niveaus (*BS* 5 januari 1999).

(77) *BS* 21 augustus 1948.

(78) RvS 28 februari 1990, nr. 34.252, Nollet en Maesen; RvS 3 september 1990, nr. 35.490, Faveere. De Raad van State aanvaardt wel dat personeel in het kader van de civiele bescherming kan worden opgevorderd. Deze opvorderingen zijn uiteraard anders van aard en gebeuren echter op basis van de wet van 31 december 1963 op de civiele bescherming. Zie RvS, nr. 299.077, Houman en RvS, nr. 299.078, Poupon, beide van 5 november 2014.

(79) P. HUMBLET en R. JANVIER, "Een volgende generatie over staking en opeising in de publieke sector" in X, *Liber amicorum Roger Blanpain*, Brugge, die Keure, 1998, 354.

beschouwt de Raad van State dat protocol, zoals omgezet in het ambtenarenstatuut, als een aanvaardbare inperking van het stakingsrecht⁽⁸⁰⁾. Deze interpretatie mag als een verregaande inperking worden aangestipt omdat artikel 6.4 van het Europees Sociaal Handvest een individueel stakingsrecht in hoofde van ambtenaren erkent. Het afhankelijk maken van de uitoefening van een dergelijk recht van de voorafgaande stakingsaanzegging door de vakbonden leidt ertoe dat de uitoefening van het individueel stakingsrecht door ambtenaren (grotendeels) aan banden wordt gelegd. De rechtsleer heeft hierop in het verleden al opmerkingen gemaakt⁽⁸¹⁾. Deze reserves zouden, zeker in de publieke sector, gezien de uitspraak Enerji Yapi-Yol Sen van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, nog sterker kunnen worden. Een te rigide inperking van het stakingsrecht in de Turkse publieke sector (die eigenlijk neerkwam op een volledig stakingsverbod voor ambtenaren) werd immers in strijd geacht met artikel 11 EVRM⁽⁸²⁾.

Het hoeft geen betoog dat die uitspraak past in het ruimere kader waarmee het EHRM de jongste jaren geschillen met betrekking tot de ambtenaren beoordeelde. In het arrest-Vilho Eskelinen stelde het EHRM expliciet dat er, in zijn ogen, geen onderscheid bestaat tussen gewone arbeidsrechtelijke geschillen en geschillen tussen ambtenaren en de overheid als hun werkgever⁽⁸³⁾.

Niettemin dient hieraan te worden toegevoegd dat de gewone arbeidsrechtbanken en arbeidshoven het stakingsrecht benaderen vanuit een heel andere, veel meer individuele bril waarbij vertrokken wordt van het stakingsrecht als grondrecht. Dit sluit nauwer aan bij de wijze waarop, ook in het supra- en internationaal recht, het stakingsrecht op dit ogenblik als een grondrecht wordt beschouwd⁽⁸⁴⁾.

De collectieve inperking van het individuele stakingsrecht door voorafgaande stakingsaanzeggingen verhoudt zich moeilijk tot de uitoefening van een individueel grondrecht. Uiteraard is het moeilijk om hier te vergelijken met de private sector omdat het aantal uitspraken van arbeidsrechters over een eigenlijke staking uiterst beperkt blijft. De oplossing van sociale conflicten dient te gebeuren via overleg tussen de sociale partners en niet via rechterlijke uitspraken⁽⁸⁵⁾. Niettemin dient een individueel subjectief recht te kunnen worden ingeroepen om een zaak aanhangig te kunnen maken bij de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg dan wel bij de arbeidsrechter. Die zal de feitelijkheden bij de uitoefening van het stakingsrecht kunnen afwegen. Dit hangt samen met de draagwijdte en de wijze van uitoefening van het stakingsrecht maar niet met de preventieve beperkingen die aan het stakingsrecht kunnen worden opgelegd.

(80) RvS 31 maart 2014, nr. 226.973, Ceuppens; RvS 31 maart 2014, nr. 226.974, Ivens. Zie voor deze arresten ook de bijdragen van P. HUMBLET en F. DORSSEMONT in dit tijdschrift.

(81) P. HUMBLET en R. JANVIER, "De beperking van het stakingsrecht in de publieke sector" in M. RIGAUX en F. DORSSEMONT (eds.), *Vitale behoeften, essentiële diensten, minimumprestaties en stakingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 144.

(82) EHRM, Enerji Yapi-Yol Sen v. Turkije, 21 april 2009, te raadplegen op www.coe.int.

(83) Lees hierover reeds A. DE BECKER, "Kroniek van het Belgisch ambtenarenrecht (1999-2008)", *RW* 2008-09, 1178-1180.

(84) Lees hierover F. DORSSEMONT, "De NMBS-stakingsverboden: een gemiste kans tot reflectie over de grens van het recht tot staken", *Soc.Kron.*, 2000, 416.

(85) J. PETIT, *Sociaal procesrecht*, Brugge, die Keure, 2000, 549.

Hier verschilt de invalshoek van de Raad van State fundamenteel van de invalshoek van de burgerlijke en de arbeidsrechtshouders, omdat de Raad van State de wettigheid van een opgelegde tuchtsanctie als gevolg van de deelname aan een staking controleert. De Raad van State controleert de wettigheid van de tuchtsanctie aan de hand van de wettigheid van de inperking van het stakingsrecht. Hierbij is het opvallend dat de inperking van het grondrecht tot staken relatief snel wordt getoetst zonder in te gaan op de individuele eigenheid van het stakingsrecht. De inperking van het individuele stakingsrecht in het administratief statuut van de NMBS (dat geen eigenlijke collectieve overeenkomst is) volstaat zonder verder onderzoek. Deze rechtspraak staat in schril contrast met de rechtspraak van het Hof van Cassatie die het stakingsrecht als een individueel recht van een werknemer beschouwt ⁽⁸⁶⁾.

Deze onderscheiden rechtspraak wortelt uiteraard in de verschillende invalshoek die de rechtshouders in het Hof van Cassatie en in de Raad van State aannemen. Het Hof van Cassatie spreekt zich uit over subjectief contentieus terwijl de Raad van State de objectieve wettigheid van een tuchtmaatregel dient te controleren. Dit heeft tot gevolg dat de eigenlijke toetsing van een subjectief stakingsrecht door de Raad van State vlugger lijkt plaats te grijpen. Toch heeft de Raad van State ook al tuchtstraffen voor deelnames aan stakingen vernietigd omdat het loutere sanctioneren van een stakingsfeit niet verenigbaar is met de verplichting die voortvloeit uit artikel 6.4 van het Europees Sociaal Handvest ⁽⁸⁷⁾ en omdat het louter inroepen van financiële schade niet volstaat om de uitoefening van het stakingsrecht tuchtrechtelijk te sanctioneren ⁽⁸⁸⁾. De toekomst dient uit te wijzen of de rechtspraak van de Raad van State stand kan houden in het licht van de rechtspraak van het EHRM.

8. Conclusie

Uit de voorgaande analyse blijkt dat het bestaan van twee onderscheiden rechtsposities bij de overheid aanleiding geeft tot een aantal specifieke problemen.

Met betrekking tot de bevordering is de onderscheiden rechtsbescherming voor de arbeidscontractanten nadelig. Zij kunnen niet altijd even evident aanspraak maken op een vernietiging van een onwettige objectieve aanwervingsprocedure. Ambtenaren kunnen de vernietiging bekomen, wat een volwaardige nieuwe kans doet ontstaan. Dat kan nog niet voor de contractuele personeelsleden die een bevordering wensen te bekomen. De Raad van State aanvaardde wel reeds dat de beslissing om iemand met een arbeidsovereenkomst aan te werven afgesplitst kan worden van de arbeidsovereenkomst. Dit betekent dat de Raad van State wel kan overgaan tot schorsing of vernietiging van de arbeidsrelatie. Deze mogelijkheid verhoogt de rechtsbescherming van deze kandidaten.

Moeilijker zijn de gevallen waarin de personeelsleden kenmerken van een arbeidsovereenkomst vermengen met de kenmerken van een statutaire aanstelling. De rechtspraak is hier nog niet volkomen eenduidig, hoewel het Hof van Cassatie als algemene richtlijn oordeelde dat de eenzijdige aanstelling het doorslaggevende crite-

(86) Cass., 31 januari 1997, *Soc.Kron.*, 1998, 23.

(87) RvS 22 maart 1995, nr. 52.424, Henry, *APT*, 1995, 228; *Soc.Kron.*, 1996, 442 met noot J. JACQMAIN.

(88) RvS 3 december 2002, nr. 113.618, Vermote, *NJW*, 2003 met noot MDV.

rium was. Voor elke rechter zou deze rechtspraak een belangrijk houvast kunnen bieden, zelfs indien er na die eenzijdige aanstelling een overeenkomst is gesloten over bepaalde arbeidsomstandigheden.

Inzake tucht is het onderscheid fundamenteel omdat vele (geldelijke) sancties binnen het arbeidsrecht onwettelijk kunnen zijn, maar ook daar kan de vernietiging van de tuchtsanctie niet door de arbeidsrechter worden opgelegd. Dit geldt uiteraard wel voor tuchtsancties ten aanzien van ambtenaren.

Ten aanzien van het stakingsrecht daarentegen rijst voornamelijk de vraag of de huidige rechtspraak van de Raad van State behouden zal blijven. De Raad van State beschouwt het stakingsrecht als een grondrecht dat niettemin collectief ingeperkt kan worden in statutaire bepalingen. Dit is, volgens de rechtspraak van de Raad van State, in overeenstemming met de rechtspraak van het EHRM dat het stakingsrecht als een fundamenteel grondrecht voor eenieder aanmerkt. Deze evolutie blijft heel interessant om volgen in de komende jaren.