

Wetenschapsstraat 33
1040 Brussel
Telefoon : 02/234.97.60
Fax : 02/234.99.00



KONINKRIJK BELGIE



RAAD VAN STATE

Aan :	Viceminister-president van de Vlaamse Regering en Vlaams minister van Binnenlands Bestuur, Inburgering, Wonen, Gelijke Kansen en Armoedebestrijding T.A.V. dhr. Kris Snijkers	Van :	Griffie Wetgeving
	Tel. : 02/552.69.00 Fax : 02/552.69.01		
Voorwerp :	Adviesnr. : 60.150/3 Ref. : KH-5498	Cc :	

kris.snijkers@vlaanderen.be

Maureen.Landsheere@KBvlaanderen.be

wim.vandenhoute@vlaanderen.be



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 60.150/3
van 21 oktober 2016

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering 'tot wijziging van 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 en het besluit van de Vlaamse Regering van 12 november 2010 houdende de minimale voorwaarden voor de personeelsformatie en het mandaatstelsel van het personeel van de openbare centra voor maatschappelijk welzijn en houdende de minimale voorwaarden voor sommige aspecten van de rechtspositieregeling van bepaalde personeelsgroepen van de openbare centra voor maatschappelijk welzijn, wat betreft verloven en afwezigheden'

Op 21 september 2016 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Binnenlands Bestuur, Inburgering, Wonen, Gelijke Kansen en Armoedebestrijding verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering 'tot wijziging van 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 en het besluit van de Vlaamse Regering van 12 november 2010 houdende de minimale voorwaarden voor de personeelsformatie en het mandaatstelsel van het personeel van de openbare centra voor maatschappelijk welzijn en houdende de minimale voorwaarden voor sommige aspecten van de rechtspositieregeling van bepaalde personeelsgroepen van de openbare centra voor maatschappelijk welzijn, wat betreft verloven en afwezigheden'.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 11 oktober 2016. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Jan SMETS en Koen MUYLLE, staatsraden, Jan VELAERS en Johan PUT, assessoren, en Greet VERBERCKMOES, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Brecht STEEN, eerste auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 21 oktober 2016.

*

1. Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft de afdeling Wetgeving zich toegespitst op het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

2. Het om advies voorgelegde ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering strekt ertoe om in de rechtspositieregeling van de personeelsleden van de gemeenten, de OCMW's en de provincies twee nieuwe verlofstelsels in te voeren, namelijk "het onbetaald verlof als gunstmaatregel" en "het onbetaald verlof als recht". Die stelsels komen in de plaats van de bestaande verlofstelsels "het verlof voor deeltijdse prestaties" en "het onbetaalde verlof".

Daartoe worden, enerzijds, de hoofdstukken VII en X van titel IX van 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' vervangen (artikelen 1 en 2) en, anderzijds, de artikelen 140 en 141 van het besluit van de Vlaamse Regering van 12 november 2010 'houdende de minimale voorwaarden voor de personeelsformatie en het mandaatstelsel van het personeel van de openbare centra voor maatschappelijk welzijn en houdende de minimale voorwaarden voor sommige aspecten van de rechtspositieregeling van bepaalde personeelsgroepen van de openbare centra voor maatschappelijk welzijn', respectievelijk gewijzigd en vervangen (artikelen 3 en 4).

Er wordt bepaald onder welke voorwaarden het onbetaald verlof als gunstmaatregel kan worden toegestaan en de gevolgen ervan worden geregeld (ontworpen artikelen 200 en 201 van het besluit van de Vlaamse Regering van 7 december 2007). De raden van de lokale besturen bepalen de nadere algemene regels voor het onbetaalde verlof als gunst en kunnen desgevallend gunstigere regels vaststellen (ontworpen artikel 202 van het besluit van de Vlaamse Regering van 7 december 2007).

Het onbetaald verlof als recht houdt het recht in om tijdens de loopbaan minstens 12 maanden voltijds de loopbaan te onderbreken in periodes van minimaal een maand. Zodra het personeelslid 55 jaar is, verwerft het een bijkomend recht om minstens 12 maanden voltijds de loopbaan te onderbreken, te nemen in periodes van minimaal een maand. Daarnaast wordt in het recht voorzien om tijdens de loopbaan minstens 60 maanden de prestaties te verminderen tot 80% of tot 50% van een voltijdse betrekking. Dit deeltijds onbetaald verlof kan enkel genomen worden in periodes van minimum drie maanden. Zodra het personeelslid 55 jaar is, heeft het bovendien het recht om de prestaties te verminderen tot 80% of tot 50% van een voltijdse betrekking (het ontworpen artikel 210 van het besluit van de Vlaamse Regering van 7 december 2007). Het recht geldt evenwel niet voor de provinciegriffier, de (adjunct-)gemeente- en OCMW-secretaris en de financieel beheerder (ontworpen artikel 211bis van het besluit van de Vlaamse Regering van 7 december 2007). De raden van de lokale besturen dienen de nadere algemene regels voor het recht op onbetaald verlof te bepalen en kunnen een verlofregeling

vaststellen die gunstiger is, waaronder een financiële bonusregeling (ontworpen artikel 211ter van het besluit van de Vlaamse Regering van 7 december 2007).

3. Het ontworpen besluit vindt in beginsel rechtsgrond in de bepalingen die worden vermeld in de eerste drie leden van de aanhef.

Wat het derde lid van de aanhef betreft, moet de rechtsgrond evenwel enkel worden gezocht in artikel 115, § 2, van het decreet van 19 december 2008 'betreffende de organisatie van de openbare centra voor maatschappelijk welzijn' (hierna: het OCMW-decreet), naar luid waarvan de Vlaamse Regering minimale voorwaarden kan vaststellen voor de rechtspositieregeling van het personeel van het openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn, vermeld in artikel 104, § 2, en voor de aangelegenheden vermeld in artikel 104, §§ 4 en 5, evenals voor het personeel vermeld in artikel 104, § 6, van hetzelfde decreet.

Het in het derde lid van de aanhef vermelde artikel 104, §§ 4 en 6, van het OCMW-decreet biedt strikt genomen geen rechtsgrond voor het ontworpen besluit, maar dat artikel houdt wel verband met de eigenlijke, in artikel 115, § 2, van het OCMW-decreet te vinden rechtsgrond, vermits in die laatste bepaling naar dat artikel wordt verwezen.

Artikel 115, § 1, 2°, van het OCMW-decreet biedt evenmin rechtsgrond voor het ontwerp, nu de erin bepaalde machtiging aan de Vlaamse Regering geen betrekking heeft op het verlof en de afwezigheden, maar uitsluitend op bezoldiging, salarisschalen, toelagen en vergoedingen. Die aangelegenheden zijn in het ontworpen besluit niet aan de orde.

ALGEMENE OPMERKINGEN

4. Luidens artikel 5 zal de ontworpen regeling in werking treden "op [lees: de] dag die volgt op de bekendmaking ervan in het Belgisch Staatsblad."

In de nota aan de Vlaamse Regering van 15 juli 2016 wordt hieromtrent het volgende gesteld:

"De wijziging stelt een gunstiger onbetaald verlofstelsel vast.

Er is geen reden om het niet onmiddellijk in werking te laten treden zodat het personeel er kan van genieten.

Het tegendeel is wel het geval vermits het verlof een regeling betreft die complementair is aan het zorgkrediet dat het gewone loopbaanonderbrekingsstelsel zal hervormen met ingang van 2 september 2016."

Dienaangaande moet evenwel het volgende worden opgemerkt.

4.1. De ontworpen artikelen 202 en 211ter van het besluit van 7 december 2007 geven aan de raden van de lokale besturen de opdracht om de "nadere algemene regels" voor het onbetaald gunstverlof en het recht op onbetaald verlof te bepalen.

Gevraagd wat er dient te gebeuren in afwachting van het bepalen van die nadere regels, heeft de gemachtigde het volgende geantwoord:

“De Vlaamse overheid engageerde zich om, complementair aan de invoering van het Vlaams zorgkrediet, op korte termijn een regeling uit te werken met betrekking tot recht op onbetaald verlof. Het Vlaams zorgkrediet is in werking getreden op 2 september 2016 en het is de bewuste keuze geweest om de uitbreiding van het onbetaald verlof zo snel als mogelijk in te voeren. Indien de personeelsleden hun recht op onbetaald verlof willen uitoefenen en er zijn plaatselijk nog geen nadere regels hieromtrent ingeschreven in de plaatselijke rechtspositieregeling of een dergelijke lokale regeling komt maar niet tot stand, geldt wat er in het besluit van de Vlaamse Regering staat en zal het verlofrecht uitgeoefend kunnen worden.”

Naar luid van de artikelen 202 en 211^{ter} van het besluit van 7 december 2007 hebben de door de raden van de lokale besturen te bepalen nadere regels onder meer betrekking op de indiening van de verlofaanvragen, de toekenning, de weigering of het uitstel en de opzegging van het verlof, rekening houdend met de goede werking van de dienst. Die raden bepalen ook in welke gevallen en voor welke personeelsleden of categorieën van personeelsleden het onbetaald verlof als gunst of als recht niet van toepassing is. De ontworpen regeling kan dan ook maar goed werken indien er door de betrokken lokale besturen volledige uitvoering aan wordt gegeven.

Bijgevolg kan er een probleem van rechtszekerheid rijzen, in het bijzonder wat het onbetaald verlof als recht betreft. Zelfs indien wordt aangenomen dat de bepalingen van het ontworpen besluit die een recht op onbetaald verlof bevatten, rechtstreekse werking hebben ten aanzien van het personeel en in rechte kunnen worden afgedwongen,¹ kan er bij ontstentenis van die nadere regels onduidelijkheid bestaan over de precieze voorwaarden waaronder van het recht gebruik kan worden gemaakt.

De inwerkingtreding van het te nemen besluit moet dan ook aldus worden geregeld dat de gemeenten, de provincies en de OCMW's over de nodige tijd beschikken om de nadere algemene regels te bepalen. Zo zou er kunnen worden bepaald dat het te nemen besluit in werking treedt op 1 januari 2017.

Bovendien moet er in een regeling worden voorzien voor het geval dat een lokaal bestuur nalaat om nadere algemene regels te bepalen. De personeelsleden in kwestie kunnen immers niet verstoken blijven van het recht op onbetaald verlof door het stilzitten van het lokaal bestuur dat hen tewerkstelt.

4.2. Tevens rijst de vraag wat er gebeurt met de personeelsleden die thans gebruik maken van een verlof voor deeltijdse prestaties of van een onbetaald verlof. De gemachtigde verklaarde dienaangaande:

“De toegekende (gunst)verloven voor deeltijdse prestaties en onbetaald verlof blijven rechtsgeldig zolang plaatselijk niets aan de rechtspositieregeling wordt aangepast. Deze verloven zijn inpasbaar in de nieuwe regeling omdat artikel 202, 2^o lid, toelaat dat de raden plaatselijk regels kunnen vaststellen die gunstiger zijn. Het bestaand verlof is in het nieuwe stelsel de minimumregeling. Dat neemt niet weg dat een overgangsregeling in het BVR zelf kan overwogen worden mocht de raad dit aanbevelenswaardig achten.”

¹ Zie dienaangaande adv.RvS 43.608/3 van 23 oktober 2007 over het ontwerp dat heeft geleid tot het besluit van de Vlaamse Regering van 7 december 2007, opmerking 9. Voor een toepassing, zie RvS 21 november 2011, nr. 216.378, Swinnen.

Die redenering kan evenwel niet worden gevolgd. De mogelijkheid waarin door de ontworpen artikelen 202, tweede lid, en 211ter, tweede lid, van het besluit van de Vlaamse Regering van 7 december 2007 wordt voorzien om gunstigere regels te bepalen heeft immers enkel betrekking op de ontworpen regels inzake het onbetaald verlof als gunstmaatregel of als recht, niet op de bestaande regels inzake het verlof voor deeltijdse prestaties of het onbetaald verlof. Zelfs indien zou worden aangenomen dat de bestaande gemeentelijke verordeningen rechtsgrond zouden kunnen vinden in de ontworpen artikelen 202, tweede lid, en 211ter, tweede lid, van het besluit van de Vlaamse Regering van 7 december 2007, dan nog is vereist dat die verordeningen gunstiger zijn dan wat in de ontworpen regeling is bepaald, wat niet is verzekerd.

Uit de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof blijkt dat indien de regelgever een beleidswijziging noodzakelijk acht, hij vermag te oordelen dat die beleidswijziging met onmiddellijke ingang moet worden doorgevoerd en hij in beginsel niet ertoe gehouden is in een overgangsregeling te voorzien. De artikelen 10 en 11 van de Grondwet zijn slechts geschonden indien de overgangsregeling of het niet voorhanden zijn daarvan tot een verschil in behandeling leidt waarvoor geen redelijke verantwoording bestaat of indien aan het vertrouwensbeginsel op buitensporige wijze afbreuk wordt gedaan. Dat laatste is het geval wanneer de rechtmatige verwachtingen van een bepaalde categorie van rechtsonderhorigen worden miskend zonder dat een dwingende reden van algemeen belang voorhanden is die het ontbreken van een overgangsregeling kan verantwoorden.²

De onmiddellijke beëindiging van verlofregimes lijkt van die aard dat afbreuk wordt gedaan aan de rechtmatige verwachtingen van de betrokken personeelsleden. Om dit te kunnen doen dienen er dwingende redenen van algemeen belang voorhanden te zijn, wat hier op het eerste gezicht niet het geval is. Het verdient derhalve aanbeveling om in een overgangsregeling te voorzien.

5. De door de Vlaamse Regering vast te stellen "minimale" voorwaarden zijn de voorwaarden waaraan de raden van de lokale besturen zich minimaal te houden hebben wanneer zij de rechtspositieregeling van het personeel vaststellen. Die minimale voorwaarden zijn niet noodzakelijkerwijs beperkt tot een ondergrens waarboven de gemeenten mogen gaan: ook de bepaling van een maximumgrens die de gemeente niet mag overstijgen of het voorzien in een enige en verplicht te volgen mogelijkheid, kan als een minimale voorwaarde te beschouwen zijn.³

In dit geval beperkt het ontworpen besluit van de Vlaamse Regering zich ertoe een ondergrens te bepalen.

Die opvatting verklaart allicht waarom in het ontworpen artikel 200, tweede lid, 1° en 2°, van het besluit van de Vlaamse Regering van 7 december 2007 gewag wordt gemaakt van

² Zie o.m.: GwH 17 april 2008, nr. 67/2008, B.5.2; GwH 18 juni 2009, nr. 100/2009, B.6; GwH 20 oktober 2009, nr. 163/2009, B.8; GwH 20 januari 2010, nr. 2/2010, B.7; GwH 27 januari 2011, nr. 13/2011, B.4; GwH 8 mei 2013, nr. 63/2013, B.4.1; GwH 8 mei 2014, nr. 80/2014, B.28.3.2.

³ Adv.RvS 58.589/3 van 18 januari 2016 over een voorontwerp dat heeft geleid tot het decreet van 3 juni 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', *Parl.St.* VI.Parl. 2015-16, nr. 731/1, 115.

“minimaal twintig dagen” en “minimaal twee jaar” en in het ontworpen artikel 210, § 1, eerste en tweede lid, van hetzelfde besluit van “minstens twaalf maanden” en “minstens zestig maanden”.

De woorden “minimaal” en “minstens” zijn evenwel overbodig. Uit het gegeven dat de betrokken raden in een gunstiger regeling kunnen voorzien, vloeit immers voort dat, voor zover ze dat ook effectief doen, het verlof meer kan bedragen dan hetgeen in de ontworpen regeling wordt bepaald. Die woorden moeten derhalve worden weggelaten.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Aanhef

6. In het derde lid van de aanhef moet de verwijzing naar de artikelen 104, §§ 4 en 6, en 115, § 1, van het OCMW-decreet worden weggelaten (zie opmerking 3).

Artikel 1

7. Het strekt tot aanbeveling om artikel 1 op te delen in drie onderscheiden artikelen, namelijk:

“Artikel 1. Het opschrift van hoofdstuk VII van titel IX van het besluit van [opschrift van het te wijzigen besluit] wordt vervangen door “Onbetaald verlof als gunstmaatregel”.

Art. 2. De artikelen 200 tot 202 van hetzelfde besluit worden vervangen als volgt: [huidige tekst van artikel 1, 1°].

Art. 3. Artikel 203 van hetzelfde besluit wordt opgeheven.”

Artikel 2

8. Het opschrift van het hoofdstuk dat het huidige hoofdstuk X vervangt, formuleer men als volgt: “Hoofdstuk X. Onbetaald verlof als recht”.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Greet VERBERCKMOES

Jo BAERT