



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 66.912/3
van 17 februari 2020

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘over de agentschapspecifieke regeling van de rechtspositie van het personeel van het publiekrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigd agentschap De Vlaamse Waterweg, naamloze vennootschap van publiek recht’

Op 16 januari 2020 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Mobiliteit en Openbare Werken verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘over de agentschapspecifieke regeling van de rechtspositie van het personeel van het publiekrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigd agentschap De Vlaamse Waterweg, naamloze vennootschap van publiek recht’.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 11 februari 2020. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Jeroen VAN NIEUWENHOVE en Koen MUYLLE, staatsraden, Jan VELAERS en Bruno PEETERS, assessoren, en Annemie GOOSSENS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Githa SCHEPPERS, eerste auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 17 februari 2020.

*

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 VAN HET ONTWERP

2. Het voor advies voorgelegde ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering strekt ertoe de agentschapspecifieke bepalingen vast te stellen betreffende de rechtspositie van het personeel van het publiekrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigd agentschap De Vlaamse Waterweg, naamloze vennootschap van publiek recht (hierna: De Vlaamse Waterweg nv) (artikelen 2 tot 36 van het ontwerp). Die bepalingen zijn op dat personeel van toepassing met behoud van de toepassing van de bepalingen van het besluit van de Vlaamse Regering van 13 januari 2006 ‘houdende vaststelling van de rechtspositie van het personeel van de diensten van de Vlaamse overheid’ (hierna: het Vlaams personeelsstatuut) (artikel 1).

Tevens wordt voorzien in de opheffing van het besluit van de Vlaamse Regering van 14 december 2007 ‘houdende de agentschapspecifieke regeling van de rechtspositie van het personeel van het publiekrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigde agentschap De Scheepvaart’ en van het besluit van de Vlaamse Regering van 27 maart 2009 ‘houdende de agentschapspecifieke regeling van de rechtspositie van het personeel van het publiekrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigde agentschap Waterwegen en Zeekanaal, naamloze vennootschap van publiek recht’ (artikel 37).

Het te nemen besluit treedt in werking op (lees: “heeft uitwerking met ingang van”) 1 januari 2020, met uitzondering van de artikelen 16, § 2, en 19, welke uitwerking hebben met ingang van 1 januari 2018 (artikel 38).

RECHTSGROND

3.1. In de aanhef van het ontworpen besluit wordt onder de rubriek ‘Rechtsgrond(en)’ verwezen naar artikel I *7bis* van het Vlaams personeelsstatuut.

Ofschoon uit die bepaling voortvloeit dat de Vlaamse Regering, op voorstel van de functionele minister en na akkoord van de Vlaamse minister bevoegd voor de bestuurszaken, voor, onder meer, elk van de publiekrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigde agentschappen vermeld in artikel I 2 van dat besluit, specifieke graden, specifieke vergoedingen en specifieke overgangsbepalingen kan vaststellen, biedt ze geen rechtsgrond voor het ontworpen besluit. Een besluit van de Vlaamse Regering vindt in beginsel immers geen rechtsgrond in een ander besluit van diezelfde regering.

3.2. Het ontworpen besluit vindt daarentegen rechtsgrond in artikel III.23 van het Bestuursdecreet van 7 december 2018 (hierna: het Bestuursdecreet), gelezen in samenhang met artikel 21 van het decreet van 2 april 2004 ‘betreffende het publiekrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigde agentschap De Vlaamse Waterweg nv, naamloze vennootschap van publiek recht’, dat het Bestuursdecreet van toepassing verklaart op De Vlaamse Waterweg nv.

3.3. De gemachtigde verwijst ook naar de artikelen 20 en 87, § 3, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’.

Artikel 87, § 3, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 heeft evenwel betrekking op de departementen en de intern verzelfstandigde agentschappen zonder rechtspersoonlijkheid van de Vlaamse overheid. Die bepaling biedt dan ook geen rechtsgrond voor het ontworpen besluit.

Er is ook geen reden om een beroep te doen op de algemene uitvoeringsbevoegdheid waarover de Vlaamse Regering beschikt op grond van artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Aanhef

4. Om de in opmerkingen 3.1 en 3.2 uiteengezette redenen moet in de aanhef van het ontwerp worden verwezen naar artikel III.23 van het Bestuursdecreet, in plaats van naar artikel I *7bis* van het Vlaams personeelstatuut.

Artikelen 1 en 35

5.1. Naar luid van artikel 1 van het ontwerp is het te nemen besluit van toepassing op het personeel van De Vlaamse Waterweg nv “[m]et behoud van de toepassing van de bepalingen van het Vlaams personeelsstatuut van 13 januari 2006”. Hieruit vloeit voort dat de bepalingen van het Vlaams personeelsstatuut van toepassing zijn op de personeelsleden van De Vlaamse Waterweg nv, naast de ontworpen regeling.

5.2. In artikel 35 van het ontwerp wordt bepaald dat de artikelen VII 15, VII *15bis*, VII 16 en VII 17 van het Vlaams personeelsstatuut van toepassing zijn op alle toelagen vermeld in het te nemen besluit.

Volgens de gemachtigde zou “omwille van de rechtszekerheid” in die bepaling uitdrukkelijk naar de voormelde artikelen van het Vlaams personeelsstatuut worden verwezen.

5.3. Door evenwel in artikel 35 van het ontwerp enkel de artikelen VII 15, VII *15bis*, VII 16 en VII 17 van het Vlaams personeelsstatuut te vermelden, zou twijfel kunnen ontstaan over de draagwijdte van artikel 1 ervan, dat alle bepalingen van het Vlaams personeelsstatuut, met inbegrip van de artikelen VII 15, VII *15bis*, VII 16 en VII 17, van toepassing verklaart op de personeelsleden van De Vlaamse Waterweg nv.

Bijgevolg moet artikel 35 van het ontwerp worden weggelaten.¹ Desgevallend kan in artikel 1 van het ontwerp uitdrukkelijker worden bepaald dat het Vlaams personeelsstatuut, met inbegrip van de artikelen VII 15, VII 15*bis*, VII 16 en VII 17, van toepassing blijft op het personeel van De Vlaamse Waterweg nv.

Artikel 2

6. Artikel 2 van het ontwerp bevat een definitie van wat in het te nemen besluit moet worden verstaan onder het begrip “agentschap”.

Volgens de inleidende zin van die bepaling geldt die definitie “[m]et behoud van de toepassing van de bepalingen van het Vlaams personeelsstatuut van 13 januari 2006”. Die precisering is overbodig, vermits uit artikel 1 van het ontwerp reeds voortvloeit dat het te nemen besluit van toepassing is met behoud van de toepassing van de bepalingen van het Vlaams personeelsstatuut.

Artikel 9

7. In artikel 9, § 1, eerste lid, van het ontwerp moet, voor de omschrijving van wat wordt bedoeld met een afstandsbedieningscentrale, worden verwezen naar artikel 8, § 2 (in plaats van 9, § 2), van het ontwerp.

Artikel 36

8.1. Naar luid van artikel 36 van het ontwerp komt een personeelslid dat een toelage krijgt als vermeld in de linkerkolom van de in dat artikel opgenomen tabel, niet in aanmerking voor de toelage vermeld in de rechterkolom van diezelfde tabel.

In die tabel wordt onder meer bepaald met welke toelagen de in de artikelen 7 en 16 van het ontwerp vermelde toelagen voor de bediening van een of meer beweegbare kunstwerken niet kunnen worden gecumuleerd.

8.2. In de artikelen 7, § 3, en 16, § 3, van het ontwerp wordt evenwel reeds bepaald met welke toelagen de in die artikelen vermelde toelagen niet kunnen worden gecumuleerd. Daarbij komt nog dat de inhoud van die bepalingen niet volledig overeenstemt met wat in de voormelde tabel wordt bepaald. Zo vloeit uit de tabel voort dat de in de artikelen 7 en 16 van het ontwerp vermelde toelagen niet onderling cumuleerbaar zijn,² terwijl dat niet wordt bepaald in de artikelen 7, § 3, en 16, § 3, van het ontwerp. Uit de tabel blijkt nog dat de in artikel 7 vermelde

¹ Vermits die bepaling een permanent karakter heeft, en geldt voor “alle toelagen, vermeld in dit besluit”, en derhalve niet enkel voor de in hoofdstuk 4 (‘Overgangsmaatregelen’) van het ontwerp vermelde toelagen, hoort ze sowieso niet thuis in dat hoofdstuk 4.

² In de tabel wordt bij artikel 7 verkeerdelijk gewag gemaakt van de “toelage bediening van een kunstwerk ex-W&Z (artikel 22)” (in plaats van “artikel 16”).

toelage niet kan worden gecumuleerd met de toelage waarin artikel 8 van het ontwerp voorziet, evenals met de toelage voor rekenplichtigen en de kastoelage waarin artikel VII 48 van het Vlaams personeelsstatuut voorziet. Dat verbod blijkt echter niet uit artikel 7, § 3, van het ontwerp.

8.3. Bijgevolg moeten hetzij de artikelen 7, § 3, en 16, § 3, van het ontwerp, hetzij de vermelding van die artikelen in de in artikel 36 van het ontwerp opgenomen tabel, worden weggelaten. Minstens moet ervoor worden gezorgd dat de inhoud van die bepalingen volledig met elkaar overeenstemt.

Artikel 38

9.1. Op grond van artikel 38 van het ontwerp zal het te nemen besluit uitwerking hebben met ingang van 1 januari 2020, met uitzondering van de artikelen 16, § 2, en 19, die uitwerking hebben met ingang van 1 januari 2018.

Het verlenen van terugwerkende kracht aan besluiten is echter slechts toelaatbaar ingeval voor de retroactiviteit een wettelijke grondslag bestaat, de retroactiviteit betrekking heeft op een regeling waarbij, met inachtneming van het gelijkheidsbeginsel, voordelen worden toegekend of in zoverre de retroactiviteit noodzakelijk is voor de continuïteit of de goede werking van het bestuur en daardoor, in beginsel, geen verkregen situaties worden aangetast.

9.2. Om een verantwoording gevraagd in het licht van het voorgaande, heeft de gemachtigde het volgende verklaard:

“De uitwerking van de toelagen en vergoedingen, opgenomen in het besluit, zijn onderhevig geweest aan vele besprekingen tussen het management van De Vlaamse Waterweg en de vakorganisaties. Van meet af aan werden bij de opmaak van deze regelgeving een aantal basisprincipes geformuleerd, waaronder:

1. Een duidelijk regelgevend kader moet de goede werking van de entiteit op een efficiënte en correcte manier mogelijk maken en mee ondersteunen. Het regelgevend kader dient de rechten en plichten van werknemer en werkgever correct en helder weer te geven en vormt samen met andere toepasselijke regelgeving het regelgevend kader voor de personeelsleden van de nieuwe organisatie.

2. Overgangsregelingen zullen wellicht nodig zijn (omwille van het validatietraject). In afwachting van een nieuw regelgevend kader onder de vorm van AR en ASB zal deze overgangsregeling gestoeld zijn op onderliggende principes:

- a. Duidelijke begrenzing in de tijd
- b. Duidelijke afbakening van de doelgroepen en de rechten (geen combinatie van het beste van beide reglementeringen)
- c. Een nauwgezette monitoring van de toepassing.

3. Een nieuw ASB en AR dient verder in te zetten op vereenvoudiging en eenduidigheid zodat de transparantie voor de personeelsleden verhoogt, er een administratieve lastenverlaging gerealiseerd wordt en er een betere toepasbaarheid en monitoring mogelijk is.

4. De principes van billijkheid en van gelijkheid van behandeling zullen als een rode draad in deze regelgeving lopen. Beperkte overgangsmaatregelen, in een weliswaar bij voorkeur kort uitdoofscenario, kunnen ervoor zorgen dat de nieuwe regelgeving niet bruusk, maar geleidelijk kan ingevoerd worden. Deze overgangsmaatregelen duidelijk worden beperkt in de tijd en naar doelgroep om stapsgewijs en binnen afzienbare tijd naar een 'eenheidstelsel' te komen.

5. Vergoedingen en toelagen zijn onlosmakelijk verbonden met de prestaties die men levert en/of de omstandigheden waarin men ze levert. Dit betekent eveneens dat vergoedingen en toelagen expliciet zullen worden ingezet voor de prestatie of onkost waarvoor ze zijn bedoeld.

6. Het opnemen van maatregelen met terugwerkende kracht in de nieuwe regelgeving dient te worden vermeden.

Tijdens het onderhandelingsproces hebben de syndicale organisaties evenwel volgende reserves geformuleerd bij voormelde uitgangspunten:

(1) Terugwerkende kracht moet wel mogelijk zijn voor de bijzondere situatie waarbij personeelsleden die muteren van het grondgebied van ex-DS naar ex-W&Z en dientengevolge een andere werkorganisatie moeten toepassen zonder de daarmee gepaarde gaande toelagen te ontvangen, alsook voor het uitbetalen van beschikbaarheidsuren boven de 1.000 uren voor de personeelsleden tewerkgesteld op het grondgebied van het voormalige W&Z....

De toelagen en vergoedingen zoals opgenomen in de ontwerptekst ASB hebben een retroactieve uitwerking omwille van volgende redenen:

A. Effectieve prestaties en erkenning van een bestaande toestand

Voor alle betrokken personeelscategorieën, waarvoor de toelagen en vergoedingen grosso modo het meest van toepassing zijn, met name het continupersoneel en het uitvoerend personeel, werd er van meet af aan gesteld dat de nieuwe manier van werken zou van start gaan met ingang van 1 januari 2020.

Welnu,

1° daar een akkoord werd bereikt met de vakorganisaties om personeelsleden correct te verlonen voor de geleverde prestaties en

2° de nieuwe prestaties in elk geval reeds gebeuren vanaf 1 januari 2020, dient de datum van inwerkingtreding van het besluit tevens deze datum te zijn.

Tegenover de desbetreffende toelage staan m.a.w. effectieve prestaties tegenover. Twee concrete voorbeelden:

- De personeelsleden binnen exploitatie, binnenvaartbegeleiding, van het voormalige De Scheepvaart zijn ingepland in een volwaardig werkrooster (dit wil zeggen een werkrooster waarin alle beschikbaarheden vervat zijn op jaarbasis) en dit vanaf 1 januari 2020. Vanaf deze datum wordt van hen effectief meer verwacht, met name dat ze van beschikbaarheid zijn.

Tegenover deze hogere werklast en totaal andere manier van werken, staat een forfaitaire toelage van 120 euro (zie ontwerpartikel 7 van het besluit) waarin een aantal extra prestaties en verantwoordelijkheden, o.a. uren beschikbaarheid, beurtroelsysteem per ploeg, responsabilisering, ... vervat zijn.

- De personeelsleden die van wacht dienen te zijn in hun respectieve functie, worden sedert 1 januari 2020 ingedeeld in een nieuwe wachtorganisatie met nieuwe afspraken. Ook

voor hen dient er een correcte verloning tegenover deze wachturen te staan en dit vanaf 1 januari 2020 (ontwerpartikel 11).

Twee situaties die hier in het bijzonder van toepassing zijn:

- personeelsleden die muteren van het grondgebied van het voormalige De Scheepvaart naar het voormalige Waterwegen en Zeekanaal en dientengevolge een andere werkorganisatie moeten toepassen zonder de daarmee gepaarde gaande toelagen te ontvangen (ontwerpartikel 19),

- alsook voor het uitbetalen van beschikbaarheidsuren boven de 1.000 uren voor de personeelsleden tewerkgesteld op het grondgebied van het voormalige W&Z. (ontwerpartikel 16 § 2)

Ook in deze twee bijzondere situaties is de terugwerkende kracht verbonden aan effectieve prestaties van deze personeelsleden vanaf 1 januari 2018. In het eerste geval werd van deze sluisbedienaars verwacht dat zij de werkorganisatie van Waterwegen en Zeekanaal volgden, met name het werken in een volwaardig rooster. Het tweede geval betreffen binnenvaartbegeleiders van het voormalige Waterwegen en Zeekanaal die effectief meer dan 1000 uren aan beschikbaarheid presteerden.

Hier betreft het een terugwerkende kracht tot 1 januari 2018.

B. Voortgang goedkeuringsprocedure besluit

De onvoorziene omstandigheid in deze is uiteraard de mate van voortgang van het goedkeuringstraject van het ontwerpbesluit. Omwille van de continuïteit van de dienstverlening, transparantie en duidelijke communicatie rond de nodige werkinstructies (zeker in het geval van de binnenvaartbegeleiding, waar de werkroosters voor 2020 reeds geformaliseerd worden in 2019) kon uiteraard de datum van invoege treden van de nieuwe manier van werken niet worden uitgesteld. Dit uiteraard in het kader van een goede werking van De Vlaamse Waterweg.

C. Toekennen van voordelen

Verder heeft de maatregel een begunstigende werking aangezien de betrokken personeelsleden een financiële tegemoetkoming krijgen die ze voorheen niet kregen.

Het mag hierbij duidelijk zijn dat de individuele rechten van de personeelsleden niet geschonden zijn. Dit was trouwens expliciet neergelegd in het protocol met de vakorganisaties.

D. Bewerkstelligen van het gelijkheidsbeginsel

Wat betreft het gelijkheidsbeginsel kan worden verwezen naar het uitgangsprincipe van billijkheid en gelijkheid van behandeling.

Met de fusie tussen Waterwegen en Zeekanaal NV en NV De Scheepvaart op 1 januari 2018 diende er uiteraard gestreefd te worden naar een harmonisering van de toelagen en vergoedingen. Gelijkaardige functies binnen de twee entiteiten dienden op een zelfde manier verloond te worden.

Met dit nieuwe ASB zullen voortaan personeelsleden met eenzelfde functie op eenzelfde wijze verloond kunnen worden.

Tijdelijke uitzonderingen hierop betreffen de personeelsleden van het voormalige agentschap Waterwegen en Zeekanaal die hun rechten ten tijde van hun tewerkstelling bij Waterwegen en Zeekanaal kunnen behouden.

E. Rechtszekerheid

Tot slot komt de rechtszekerheid niet in het gedrang aangezien de betrokken personeelsleden enkel baat hebben bij de retroactiviteit van de bepalingen. Zoals reeds eerder vermeld is dit een maatregel die hen ten goede komt én de bevestiging/erkenning van een bestaande toestand die bovendien vanaf de (retroactieve) inwerkingtreding naar de toekomst toe zal worden bestendigd. Aldus is de rechtszekerheid gegarandeerd.”

9.3. In zoverre artikel 16, § 2, van het ontwerp voorziet in de mogelijkheid om supplementaire uren te vergoeden tegen een uurtarief van 0,3571 euro, kan worden aangenomen dat een voordeel wordt toegekend, zodat de terugwerkende kracht, wat die bepaling betreft, kan worden aanvaard.

Artikel 19 van het ontwerp, daarentegen, voorziet in verrekening “in min of in plus” die bestaat uit “het verschil in het totale bedrag tussen enerzijds het bedrag van de toelage, vermeld in artikel 16, en anderzijds de toelagen die het personeelslid heeft ontvangen met toepassing van artikel 18”. In zoverre uit die bepaling lijkt voort te vloeien dat de toelage die de betrokken personeelsleden ontvangen, in sommige gevallen kan worden verminderd, is het niet vanzelfsprekend dat een voordeel wordt toegekend.³

Hetzelfde geldt voor sommige van de bepalingen van het te nemen besluit die uitwerking hebben met ingang van 1 januari 2020. Zo voorziet artikel 29 van het ontwerp in de geleidelijke afbouw van het beschikbaar stellen van dienstwoningen en wordt in artikel 36 van het ontwerp de mogelijkheid om toelagen te cumuleren, beperkt. Dergelijke bepalingen kunnen moeilijk als voordelen worden opgevat.

Het loutere gegeven dat door onvoorziene omstandigheden de goedkeuring van het te nemen besluit langer duurt dan voorzien, volstaat ook niet om aan te tonen dat de terugwerkende kracht noodzakelijk is voor de continuïteit of de goede werking van het bestuur, inzonderheid gelet op het bestaan van de regelingen die bij artikel 37 van het ontwerp worden opgeheven.

Bijgevolg moet de terugwerkende kracht, rekening houdend met de zo-even aangehaalde voorbeelden, worden beperkt tot de gevallen waarin zij effectief verantwoord kan worden.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Annemie GOOSSENS

Jo BAERT

³ Bovendien valt moeilijk in te zien hoe artikel 19 uitwerking zou kunnen hebben met ingang van 1 januari 2018, terwijl de artikelen 16 en 18 van het te nemen besluit, waarnaar die bepaling verwijst, uitwerking hebben met ingang van 1 januari 2020 (met uitzondering van artikel 16, § 2, dat uitwerking heeft met ingang van 1 januari 2018).