



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 68.707/3
van 16 februari 2021

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering 'houdende maatregelen ten gevolge van de pandemie veroorzaakt door COVID-19 en 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'

Op 19 januari 2021 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Binnenlands Bestuur, Bestuurszaken, Inburgering en Gelijke Kansen verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering 'houdende maatregelen ten gevolge van de pandemie veroorzaakt door COVID-19 en 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'.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 9 februari 2021. De kamer was samengesteld uit Wilfried VAN VAERENBERGH, kamervoorzitter, Jeroen VAN NIEUWENHOVE en Koen MUYLLE, staatsraden, Jan VELAERS en Bruno PEETERS, assessoren, en Astrid TRUYENS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Brecht STEEN, eerste auditeur-afdelingshoofd.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 16 februari 2021.

*

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

2.1. Het voor advies voorgelegde ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering heeft een dubbel opzet.

2.2. Vooreerst wordt in een aantal maatregelen voorzien voor personeelsleden van de gemeenten, de openbare centra voor maatschappelijk welzijn (hierna: OCMW's) en de provincies die ten gevolge van de pandemie veroorzaakt door COVID-19 tijdelijk werkloos waren of corona-ouderschapsverlof hebben genomen (artikelen 2 tot 6 en 8 van het ontwerp). Zo worden de periodes die de Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening (hierna: RVA) erkent als tijdelijke werkloosheid wegens overmacht ten gevolge van de pandemie veroorzaakt door COVID-19, meegeteld voor de berekening van de administratieve anciënniteit (artikel 2), als werkelijke dienst (artikel 3) en als periode met recht op salaris die recht geeft op jaarlijkse vakantiedagen (artikel 5) en worden die periodes voor de berekening van de eindejaarstoelage gelijkgesteld met periodes waarvoor het personeelslid het salaris heeft ontvangen (artikel 4). Het corona-ouderschapsverlof wordt gelijkgesteld met ouderschapsverlof (artikel 6). Voor statutaire personeelsleden die niet kunnen telewerken, wordt in een recht op verlof voorzien als hun minderjarig of gehandicapt kind als gevolg van een maatregel om de verspreiding van COVID-19 te beperken niet naar zijn kinderdagverblijf, school of opvangcentrum kan gaan of als zijzelf zich niet naar de werkplek kunnen begeven ten gevolge van een quarantainevoorschrift (artikel 7). Ten slotte wordt in de mogelijkheid voorzien om aan een contractueel personeelslid een compenserende vergoeding toe te kennen tijdens de periode die de RVA erkent als tijdelijke werkloosheid wegens overmacht ten gevolge van de pandemie veroorzaakt door COVID-19 (artikel 8).

2.3. Vervolgens worden een aantal minimale voorwaarden voor de rechtspositieregeling van het gemeente- en provinciepersoneel en het personeel van de OCMW's, bepaald in het besluit van de Vlaamse Regering van 7 december 2007¹ en in het besluit van de Vlaamse Regering van 12 november 2010,² gewijzigd (artikelen 9 tot 19). Zo wordt in de mogelijkheid voorzien om de eindejaarstoelage, het bedrag van de fietsvergoeding of

¹ 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'.

² 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'.

vakantiedagen in te ruilen tegen voordelen ter bevordering van de fietsmobiliteit (artikelen 9, 11, 12, 16 en 18). Voor statutaire personeelsleden wordt de duur van het opvangverlof met het oog op een adoptie en een pleegvoogdij verlengd en wordt in een pleegzorgverlof en een pleegouderverlof voorzien (artikelen 14 en 15). Ten slotte worden de categorieën uitgebreid van personeelsleden waarvoor de besturen de premies voor de hospitalisatieverzekering ten laste nemen (artikelen 10 en 17).

2.4. Het te nemen besluit treedt in werking op de tiende dag na de bekendmaking ervan in het Belgisch Staatsblad, met uitzondering van de artikelen 2 tot 6 en 7, § 1, eerste lid, 1° en 2°, die uitwerking hebben met ingang van, respectievelijk, 1 maart 2020 en 1 oktober 2020 (artikel 20).

RECHTSGROND

3. In zoverre het ontwerp van toepassing is op de personeelsleden van de gemeenten en de OCMW's, vindt het rechtsgrond in het in de rubriek 'Rechtsgrond' in de aanhef vermelde artikel 195 van het decreet van 22 december 2017 'over het lokaal bestuur'. In die bepaling wordt de Vlaamse Regering gemachtigd om minimale voorwaarden vast te stellen voor de rechtspositieregeling van het personeel van de gemeenten en de OCMW's.

In zoverre het ontwerp van toepassing is op de personeelsleden van de provincies, hetgeen de gemachtigde bevestigde, vindt het rechtsgrond in artikel 112, eerste lid, van het 'Provinciedecreet' van 9 december 2005, dat een gelijkaardige machtiging aan de Vlaamse Regering bevat om minimale voorwaarden vast te stellen voor de rechtspositieregeling van het personeel van de provincies.

ALGEMENE OPMERKINGEN

4.1. De artikelen 2 tot 6 en 7, § 1, eerste lid, 1° en 2°, van het te nemen besluit hebben uitwerking met terugwerkende kracht.

Het verlenen van terugwerkende kracht aan besluiten is echter enkel 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.

Enkel indien de retroactiviteit van de ontworpen regeling in één van de opgesomde gevallen valt in te passen, kan deze worden gebillijkt. In het licht hiervan moet het volgende worden opgemerkt.

4.2.1. De artikelen 2 tot 6 van het te nemen besluit hebben uitwerking met ingang van 1 maart 2020.

In de nota aan de Vlaamse Regering wordt dienaangaande het volgende gesteld:

“Daarnaast bepaalt dit artikel dat de artikelen 2 tot en met 6 retroactief in werking zullen treden en uitwerking zullen genieten met ingang van 1 maart 2020. Aangezien contractuele personeelsleden reeds sinds maart 2020 in het stelsel van erkende tijdelijke werkloosheid wegens overmacht ten gevolge van een pandemie, veroorzaakt door het coronavirus, konden worden geplaatst door lokale en provinciale besturen, moet er terugwerkende kracht worden verleend aan de bepalingen met betrekking tot opbouw van anciënniteiten, jaarlijkse vakantiedagen en de berekening van de eindejaarstoelage, inclusief de gelijkstelling van het corona-ouderschapsverlof met het ouderschapsverlof als vermeld in het KB van 29 oktober 1997. Hierdoor zullen de contractuele personeelsleden geen negatieve gevolgen ondervinden van de reeds doorgemaakte periodes van tijdelijke werkloosheid wegens overmacht door het coronavirus.

De datum van 1 maart 2020 komt overeen met het tijdstip dat op federaal niveau ook werd gekozen in het kader van de retroactieve werking van de wet 12 juni 2020 tot wijziging van de periodes die plaatsvinden tijdens de voorbevallingsrust en in aanmerking kunnen worden genomen voor de verlenging van de na bevallingsrust. De datum van 1 maart 2020 werd vastgesteld op basis van de vaststelling dat de COVID-19-pandemie vanaf maart toesloeg, waardoor het mogelijk werd voor, onder meer, besturen om beroep te doen op het stelsel van tijdelijke werkloosheid wegens overmacht.”

De gemachtigde voegde hieraan toe dat de ontworpen regeling neerkomt op de regularisatie van een situatie die door de toezichthoudende overheid werd aangekondigd.³

4.2.2. De Raad van State, afdeling Wetgeving, heeft er in het verleden reeds op gewezen dat het niet opgaat om eerst, zonder rechtsgrond, in een bepaalde administratieve praktijk te voorzien die dan vervolgens met terugwerkende kracht wordt geregulariseerd.⁴

De ontworpen regeling kan weliswaar als een voordeel worden beschouwd voor de betrokken personeelsleden. Dat gaat evenwel niet op voor de gemeenten, OCMW's en provincies die hen tewerkstellen, vermits de ontworpen regeling voor hen financiële gevolgen heeft. Het gegeven dat, zoals de gemachtigde verklaarde, de ontworpen regeling voldoende bekend werd gemaakt en dat hieromtrent overleg werd gepleegd met de betrokken besturen, doet hieraan geen afbreuk. Wat dat betreft moet dan ook een voorbehoud worden gemaakt.

4.3.1. Artikel 7, § 1, eerste lid, 1° en 2°, van het te nemen besluit heeft uitwerking met ingang van 1 oktober 2020.⁵

De nota aan de Vlaamse Regering bevat de volgende toelichting bij die bepaling:

“Artikel 7, §1, eerste lid, 1° en 2°, heeft uitwerking met ingang van 1 oktober 2020. Die datum stemt overeen met de datum van inwerkingtreding van de wet

³ Zie de “Aangepaste richtlijnen over inzet personeel tijdens de coronacrisis”, beschikbaar op <https://lokaalbestuur.vlaanderen.be/covid-19-inzet-personeel-aangepaste-richtlijnen>

⁴ Zie o.m. adv.RvS 68.483/3 van 8 januari 2021 over een voorontwerp van decreet van de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest ‘tot wijziging van diverse decreten naar aanleiding van de reorganisatie van ICT binnen het beleidsdomein Kanselarij, Bestuur, Buitenlandse Zaken en Justitie’, opmerking 7.4.

⁵ Over de draagwijdte van die bepaling: zie ook opmerking 9.2.

van 23 oktober 2020 tot het openstellen van tijdelijke werkloosheid overmacht corona voor werknemers in geval van sluiting van de school, opvang of centrum voor opvang voor personen met een handicap van hun kind, die immers rechtstreeks van toepassing is op de contractanten van de lokale besturen.”

De gemachtigde verklaarde ook omtrent deze regeling dat ze neerkomt op de regularisatie van een situatie die door de toezichthoudende overheid werd aangekondigd.

4.3.2. Wat hiervoor (opmerking 4.2.2) wordt opgemerkt, geldt ook voor de terugwerkende kracht die aan artikel 7, § 1, eerste lid, 1° en 2°, van het te nemen besluit wordt gegeven. Bijgevolg moet ook hier een voorbehoud worden gemaakt.

4.4. Hieromtrent om toelichting gevraagd, verklaarde de gemachtigde dat het de bedoeling is dat ook artikel 8 van het ontwerp terugwerkende kracht heeft, en dit tot 1 maart 2020.

Wat de toelaatbaarheid van die terugwerkende kracht betreft, kan worden verwezen naar hetgeen hiervoor wordt opgemerkt omtrent de terugwerkende kracht van de artikelen 2 tot 6 en 7, § 1, eerste lid, 1° en 2°.

5. Uit de artikelen 2 tot 6 en 8 van het ontwerp blijkt niet duidelijk op welke personeelsleden de maatregelen waarin die bepalingen voorzien, van toepassing zijn.⁶

Zoals de gemachtigde beaamde, verdient het aanbeveling om in hoofdstuk 2 van het ontwerp een bepaling in te voegen waarin het toepassingsgebied van de voormelde bepalingen nader wordt geregeld, zodat duidelijk is dat deze bepalingen van toepassing zijn op het contractuele personeel van zowel de gemeenten, de OCMW's als de provincies. Zo niet moet in elk van de voormelde bepalingen het toepassingsgebied ervan worden verduidelijkt.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Opschrift

6. Het opschrift van het ontwerp is bijzonder lang en moeilijk leesbaar. In plaats van in het tweede deel van het opschrift gewag te maken van de wijziging van het besluit van de Vlaamse Regering van 7 december 2007 en van het besluit van de Vlaamse Regering van 12 november 2010, strekt het tot aanbeveling om in algemene bewoordingen te verwijzen naar de wijzigingen van de minimale voorwaarden voor de rechtspositieregeling van het personeel van de gemeenten, de OCMW's en de provincies.

⁶ Dit probleem stelt zich niet ten aanzien van artikel 7 van het ontwerp, aangezien daar gewag wordt gemaakt van “het statutaire personeelslid, vermeld in artikel 1 van het besluit van 7 december 2007 en artikel 2 van het besluit van 12 november 2010”.

Aanhef

7.1. In de rubriek ‘Rechtsgrond’ in de aanhef moet bijkomend worden verwezen naar artikel 112, eerste lid, van het ‘Provinciedecreet’ van 9 december 2005 (opmerking 3).

7.2. In de rubriek ‘Vormvereisten’ in de aanhef moet worden verwezen naar artikel 84, § 1, eerste lid, 2° (in plaats van “1°”), van de wetten op de Raad van State, aangezien advies werd gevraagd op dertig en niet op zestig dagen.

Artikel 14

8.1. Uit het ontworpen artikel 183, § 1, van het besluit van de Vlaamse Regering van 7 december 2007 vloeit voort dat het recht op opvangverlof niet enkel kan worden uitgeoefend bij adoptie, maar ook bij pleegvoogdij. In de rest van de ontworpen bepaling wordt daar niet steeds voldoende rekening mee gehouden.

Aldus dienen:

- in § 1, tweede lid, de woorden “adoptieouder” en “adoptieouders” te worden vervangen door “adoptieouder of pleegvoogd” en “adoptieouders of pleegvoogden”;⁷
- in § 1, derde lid, het woord “adopter” te worden vervangen door “adopter of pleegvoogd worden”;⁸
- in § 1, vijfde lid, het woord “adoptie” te worden vervangen door “adoptie of pleegvoogdij”;
- in § 2, vierde lid, het woord “adoptieverlof” te worden vervangen door “opvangverlof”.

8.2. Het ontworpen artikel 183, § 1, tweede lid, van het besluit van de Vlaamse Regering van 7 december 2007 is bijzonder verwarrend geredigeerd. Zo is het niet duidelijk vanaf wanneer en voor wie de verhoging van het opvangverlof precies geldt. Het heeft ook geen zin te bepalen dat de duur van het opvangverlof wordt verhoogd met twee weken op 1 januari 2021, nu die laatste datum reeds is verstreken. Ten slotte moet ook geen melding worden gemaakt van het gegeven dat de verhoging van het opvangverlof voor beide adoptieouders of pleegvoogden geldt, aangezien uit het ontworpen artikel 183, § 1, derde lid, blijkt dat de bijkomende weken onderling worden verdeeld als beide ouders het kind adopteren (lees: adopteren of pleegvoogd worden).

Commented [HS1]: Het was bewust zo geschreven dat men voor adoptie meer opvangverlof krijgt dan bij pleegvoogdij. Dit omdat de wijzigingen die werden aangebracht aan artikel 183 eigenlijk niets meer waren dan het inschuiven van artikel 30ter van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten, in verband met adoptie, waarbij we gelet hebben op het behouden van het opvangverlof omwille van pleegvoogdij.

Commented [HS2]: Dit stond erin om zo dicht mogelijk bij de tekst van de arbeidsovereenkomstenwet te blijven. (wat voor de contractuelen van toepassing is). En ook omdat het de bedoeling is om de bijkomende weken ofwel voor de ene adoptieouder te behouden of te verdelen onder beide adoptieouders (in het geval er twee zijn).

⁷ Althans voor zover deze zin behouden blijft: zie immers opmerking 8.2.

⁸ Voor een gelijkaardige formulering, zie artikel 57, derde lid, van het besluit van de Vlaamse Regering van 5 maart 2004 ‘tot vaststelling van het statuut van de arrondissementscommissarissen en de adjunct-arrondissementscommissaris’ en artikel 23, derde lid, het besluit van de Vlaamse Regering van 5 maart 2004 ‘tot vaststelling van het statuut van de provinciegouverneurs en de adjunct van de gouverneur van de provincie Vlaams-Brabant, wat betreft de verlofregeling en andere bepalingen’.

Gelet op wat voorafgaat, verdient het aanbeveling om het ontworpen artikel 183, § 1, tweede lid, van het besluit van de Vlaamse Regering van 7 december 2007 als volgt te redigeren:

“Het opvangverlof bedraagt acht weken per personeelslid. Dat verlof verhoogt:

1° met een week vanaf 1 januari 2023;

2° met twee weken vanaf 1 januari 2025;

3° met drie weken vanaf 1 januari 2027.”

Een gelijkaardige opmerking geldt voor het ontworpen artikel 183/2, § 1, derde lid, van het besluit van de Vlaamse Regering van 7 december 2007 (artikel 15 van het ontwerp).

Artikel 20

9.1. Naar luid van artikel 20, eerste lid, van het ontwerp treedt het te nemen besluit in werking op de tiende dag na de bekendmaking ervan in het Belgisch Staatsblad.

Die bepaling is overbodig, vermits uit artikel 84, 2°, eerste lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’ reeds voortvloeit dat besluiten van de Vlaamse Regering in werking treden de tiende dag na de bekendmaking ervan in het Belgisch Staatsblad “tenzij zij een andere termijn bepalen”. Het eerste lid van artikel 20 moet dan ook worden weggelaten.

9.2. Naar luid van artikel 20, derde lid, van het ontwerp heeft artikel 7, § 1, eerste lid, 1° en 2°, uitwerking met ingang van 1 oktober 2020. Die bepaling lijkt evenwel onlosmakelijk verbonden met de daaropvolgende leden en paragrafen van artikel 7. Zo wordt in artikel 7, § 1, tweede lid, evenals in de §§ 2 tot 5, terugverwezen naar het verlof waarin artikel 7, § 1, 1° en 2°, voorziet.

Om toelichting gevraagd in het licht van het voorgaande, verklaarde de gemachtigde dat artikel 7, § 1, tweede en derde lid, alsook de §§ 2 tot 5, wel degelijk gelden voor de verloven die zijn verleend met ingang van 1 oktober 2020, en dat deze bepalingen bijgevolg ook terugwerkende kracht moeten hebben. De gemachtigde voegde hier nog aan toe dat dit niet met zoveel woorden in het ontwerp werd bepaald uit vrees dat dan ook artikel 7, § 1, eerste lid, 3°, van het te nemen besluit uitwerking zou hebben met ingang van 1 oktober 2020, hetgeen niet de bedoeling is.

Commented [HS3]: De contractanten hebben 6 weken per adoptieouder en dan bijkomende weken die ze onder elkaar kunnen verdelen. In 2021 heeft een koppel die beiden een kind adopteren dus beiden recht op een individueel krediet van maximum 6 weken adoptieverlof (en geen acht weken), en dit individueel krediet wordt dan opgetrokken met 2 weken. Deze 2 weken moeten ze dan onderling verdelen, ofwel elk 1 bijkomende week ofwel een iemand 2 weken en de andere partner 0 weken. Waardoor ze dan respectievelijk 8 en 6 weken adoptieverlof hebben. De tekst die men hier suggereert wijkt daarvan af, hier zouden beide partners individueel recht hebben op 8 weken.

Commented [HS4]: Dit artikel is volgens mij in overeenstemming met wat voor de contractanten geldig is op basis van artikel 30sexies van de arbeidsovereenkomstenwet. (artikel 15 moet dus niet aangepast worden).

Die vrees is ongegrond. Het is immers slechts in de mate dat artikel 7, § 1, eerste lid, van het ontwerp in een recht op verlof voorziet, dat de nadere regeling van dat verlof in de overige leden en paragrafen van dat artikel van toepassing is. Bijgevolg kan artikel 20, derde lid, van het ontwerp als volgt luiden:

“Artikel 7 heeft uitwerking met ingang van 1 oktober 2020, met uitzondering van artikel 7, § 1, eerste lid, 3°.”

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Astrid TRUYENS

Wilfried VAN VAERENBERGH