



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 69.674/1
van 28 juni 2021

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot bepaling van enkele maatregelen voor het onderwijspersoneel ten gevolge van COVID-19 ’

Op 21 juni 2021 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Onderwijs, Sport, Dierenwelzijn en Vlaamse Rand verzocht binnen een termijn van vijf werkdagen een advies te verstrekken over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot bepaling van enkele maatregelen voor het onderwijspersoneel ten gevolge van COVID-19’.

Het ontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 24 juni 2021. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Chantal BAMPS en Bert THYS, staatsraden, Michel TISON en Johan PUT, assessoren, en Greet VERBERCKMOES, griffier.

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

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 28 juni 2021.

*

1. Volgens artikel 84, § 1, eerste lid, 3°, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, moeten in de adviesaanvraag de redenen worden opgegeven tot staving van het spoedeisende karakter ervan.

In het onderhavige geval wordt het spoedeisende karakter in de adviesaanvraag gemotiveerd als volgt:

“Deze maatregelen kwamen recent voort uit intens overleg met de sociale partners. Na de procedures aanvraag IF en het verlopen van de aanvraagtermijn BA, is het ondertussen juni en hebben de scholen nood aan rechtszekerheid over deze maatregelen.”

De aangehaalde motivering dient overeenkomstig artikel 84, § 1, tweede lid, van de wetten op de Raad van State, in de aanhef van het besluit te worden opgenomen, wat *in casu* evenwel nog niet is gebeurd.

*

2. Overeenkomstig artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, heeft de afdeling Wetgeving zich moeten beperken tot het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond, alsmede van de vraag of aan de voorgeschreven vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

3. In het om advies voorgelegde ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering wordt bepaald dat personeelsleden die tot een risicogroep behoren en een COVID-vaccin weigeren en die tevens weigeren om het werk te hervatten na een beslissing daartoe van de arbeidsarts, verlof of afwezigheid voor verminderde prestaties moeten opnemen (artikel 1 van het ontwerp).

Daarnaast beoogt het ontwerp van besluit het mogelijk te maken dat in de maand juni 2021 reguliere vervangingen van afwezige personeelsleden toegestaan worden in het secundair (artikel 2) en in het volwassenenonderwijs (artikel 3).

Aan de ontworpen regeling wordt uitwerking gegeven met ingang van 1 juni 2021, met uitzondering van artikel 1 van het ontwerp, waaraan reeds met ingang van 19 april 2021 uitwerking wordt gegeven (artikel 4).

4. Er kan worden aangenomen dat de ontworpen regeling rechtsgrond vindt in de decretale bepalingen waarnaar wordt verwezen in de rubriek “Rechtsgronden”, in de aanhef van het ontwerp. Wel dient een voorbehoud te worden gemaakt met betrekking tot artikel 1 van het ontwerp in zover die bepaling betrekking heeft op personeelsleden van hogescholen die verlof of afwezigheid voor verminderde prestaties moeten opnemen.

Artikel V.88 van de Codex Hoger Onderwijs van 11 oktober 2013, waarnaar in de aanhef van het ontwerp, wordt verwezen, luidt immers als volgt:

“Onder de door de Vlaamse Regering bepaalde voorwaarden bevindt het personeelslid zich in de stand non-activiteit:

1° wanneer het in vreedstijd sommige militaire prestaties vervult of voor de civiele bescherming dan wel voor taken van openbaar nut wordt aangewezen op grond van de wetten houdende het statuut van de gewetensbezwaarden, gecoördineerd op 20 februari 1980;

2° wanneer het een afwezigheid van lange duur gewettigd door familiale redenen wordt toegestaan;

3° wanneer het afwezig is op grond van een toestemming om zijn ambt met verminderde prestaties *wegens persoonlijke aangelegenheid* uit te oefenen. In dit geval is het personeelslid in non-activiteit voor de niet-uitgeoefende prestaties;

4° wanneer het met politiek verlof is met inbegrip van de periode van eventuele uitgestelde indiensttreding na het beëindigen van het mandaat;

5° ...”.

Het valt niet goed in te zien op welke wijze de regeling waarin wordt voorzien door artikel 1 van het ontwerp, neerkomt op een vorm van afwezigheid voor verminderde prestaties “wegens persoonlijke aangelegenheden” in de zin van het aangehaalde artikel V.88, 3°, van de voornoemde codex, temeer daar er in artikel 1, tweede lid, van het ontwerp, lijkt te moeten worden van uitgegaan dat wanneer het betrokken personeelslid weigert om verlof of afwezigheid voor verminderde prestaties gedurende zijn afwezigheid op te nemen, het personeelslid moet worden geacht ongewettigd afwezig te zijn.¹

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Aanhef

5. De rubriek “Vormvereisten” dient te worden aangevuld met de motivering van het spoedeisend karakter van de adviesaanvraag (zie opmerking *sub* 1).

Artikel 4

6. In artikel 4 van het ontwerp wordt de datum van inwerkingtreding van de bepalingen van het ontwerp vastgesteld op 1 juni 2021, met uitzondering van artikel 1, waaraan uitwerking wordt gegeven met ingang van 19 april 2021.

¹ Deze laatste bedoeling blijkt weliswaar niet met zoveel woorden uit artikel 1, tweede lid, van het ontwerp. Ter wille van de duidelijkheid zou het desbetreffende gevolg van de weigering om het verlof of de aanwezigheid voor verminderde prestaties op te nemen het best worden geëxpliciteerd in de tekst van het ontwerp.

Het verlenen van terugwerkende kracht aan besluiten is enkel toelaatbaar ingeval voor de retroactiviteit een wettelijke grondslag bestaat, de retroactiviteit betrekking heeft op een regeling die, met inachtneming van het gelijkheidsbeginsel, voordelen toekent of in zover de retroactiviteit noodzakelijk is voor de goede werking van het bestuur en daardoor, in beginsel, geen verkregen rechten of situaties worden aangetast.

Het lijkt enkel met betrekking tot de terugwerkende kracht die aan artikel 1 van het ontwerp wordt gegeven, onduidelijk of deze kan worden ingepast in één van de opgesomde toelaatbaarheidsvoorwaarden.

In de nota aan de Vlaamse Regering wordt de terugwerkende kracht van artikel 1 als volgt verantwoord:

“Dit artikel treedt retroactief in werking op 19 april 2021. De inentingen van risicogroepen konden immers in principe starten vanaf midden april. 19 april 2021 is de eerste dag na de paasvakantie. Omdat deze maatregel voldoende werd gecommuniceerd en overlegd met de sociale partners en ook werd meegedeeld via de website met veelgestelde vragen over corona, is de retroactieve inwerkingtreding verantwoord. Een retroactieve inwerkingtreding is noodzakelijk om voldoende rechtszekerheid te bieden aan de personeelsleden, aangezien de eventuele terugkeer van een risicopatiënt ook gevolgen heeft voor de vervanger die is aangesteld tijdens zijn afwezigheid. Zijn aanstelling is immers afhankelijk van het al dan niet terugkeren van de risicopatiënt.”

In aansluiting hierop werd de gemachtigde om bijkomende toelichting verzocht in verband met de huidige juridische situatie van de personeelsleden die tot een risicogroep behoren en die het werk niet willen hervatten na weigering van een vaccin, d.w.z. zonder dat de ontworpen regeling zou zijn tot stand gebracht. De gemachtigde beantwoordde deze vraag als volgt:

“Er zijn ons tot nog toe geen situaties bekend van personeelsleden die tot een risicogroep behoren en het werk niet willen hervatten na weigering van een vaccin.

Wanneer een personeelslid tot de risicogroep behoort, zijn er momenteel drie mogelijkheden:

- Het personeelslid kan van thuis uit werken omdat de opdracht dat toelaat. De directeur kan een attest vragen waarin een arts bevestigt dat het betrokken personeelslid tot de risicogroep behoort. Het schoolbestuur/de directie hoeft voor dat personeelslid geen beroep te doen op heirkraft.
- Het personeelslid kan niet van thuis uit werken omdat de opdracht dat niet toelaat. In dat geval kan het schoolbestuur/de directie voor dat personeelslid een beroep doen op heirkraft en kan het worden vervangen volgens de bestaande vervangingsregels. Het personeelslid met heirkraft ontvangt verder zijn salaris. Het schoolbestuur/de directeur kan een attest vragen waarin een arts bevestigt dat het betrokken personeelslid tot de risicogroep behoort.
- Het personeelslid wenst zelf te komen werken op school. Het schoolbestuur/de directeur kan een attest vragen waarin de arbeidsarts bevestigt dat het betrokken personeelslid geschikt is om op school te komen werken.”

De Raad van State, afdeling Wetgeving, beschikt niet over voldoende feitelijke gegevens om de aangehaalde toelichting effectief en met het vereiste inzicht te toetsen aan de voornoemde voorwaarden waaronder de terugwerkende kracht kan worden aanvaard. Indien evenwel de retroactiviteit van artikel 1 van het ontwerp zou inhouden dat de betrokken personeelsleden erdoor voor het verleden in een voor hen meer nadelige situatie zouden worden gebracht, dient minstens een voorbehoud te worden geformuleerd omtrent de beoogde retroactiviteit van artikel 1 van het ontwerp.

7. De redactie van de eerste zin van artikel 4 van het ontwerp moet worden aangepast als volgt: “Dit besluit heeft uitwerking met ingang van 1 juni 2021.”

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Greet VERBERCKMOES

Marnix VAN DAMME