



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 69.552/3

van 8 juli 2021

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot wijziging van het Vlaams personeelsstatuut van 13 januari 2006, wat betreft de geldelijke maatregelen en andere bepalingen’

Op 8 juni 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 ‘tot wijziging van het Vlaams personeelsstatuut van 13 januari 2006, wat betreft de geldelijke maatregelen en andere bepalingen’.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 29 juni 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.

De verslagen zijn uitgebracht door Barbara SPEYBROUCK, eerste auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 8 juli 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 EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

2. Het om advies voorgelegde ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering strekt ertoe diverse wijzigingen aan te brengen in 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 VPS). Die wijzigingen hebben voornamelijk¹ betrekking op:

- de definiëring van het begrip “integratieprotocol” (artikel 1);
- de beslissingsbevoegdheid van de raad van beroep (artikel 2);
- de aanwervingsvoorwaarde van het beschikken over een veiligheidsmachtiging voor het personeel van de Vlaamse Informatie- en screeningsdienst op de lokale geloofsgemeenschappen (artikel 5);
- de vervangende toelage voor maaltijdcheques (artikel 10);
- de toelage voor technische bekwaamheid van de verkeersleiders (artikel 11);
- de maaltijdvergoeding voor reizende functies (artikel 12);
- de toelage kinderopvang voor personeel tewerkgesteld in het buitenland (artikel 13);
- de vergoeding voor begrafenis kosten (artikelen 14 tot 16);
- de fietsvergoeding (artikel 17);
- het onbetaald verlof voor personeelsleden die prestaties verrichten als militairen van het reservekader (artikelen 18 en 19).

Daarnaast worden overgangsmaatregelen ingevoerd voor de adviseurs met salarisschaal A218, A251 of A252, die hun meer voordelige salarisschaal behouden, (artikel 3) en voor de IT-mandaathouders, aangezien deze functies voortaan niet meer bij mandaat worden toegekend (artikelen 4 en 8).

Ten slotte worden sommige VPS-bepalingen geschrapt omdat ze niet langer worden toegepast (artikelen 6, 7 en 20) en wordt in een andere bepaling een kruisverwijzing aangepast (artikel 9).

¹ Zie voor een meer uitgebreide toelichting bij de ontworpen bepalingen de artikelsgewijze bespreking die bij de adviesaanvraag is gevoegd.

Het te nemen besluit treedt in werking op de eerste dag van de maand volgend op de goedkeuring ervan, met uitzondering van de artikelen 3, 5, 9, 10 en 11, 2°, 18 en 19 waaraan terugwerkende kracht wordt verleend (artikel 21).

3. Wat betreft de toepassing op het personeel van de departementen en de intern verzelfstandigde agentschappen (hierna: IVA's) zonder rechtspersoonlijkheid, vindt het ontworpen besluit rechtsgrond in artikel 87, §§ 1 en 3, eerste lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 'tot hervorming der instellingen'.

In zoverre het ontworpen besluit van toepassing is op het personeel van de IVA's met rechtspersoonlijkheid en van de publiekrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigde agentschappen, vindt het rechtsgrond in artikel III.23 van het Bestuursdecreet van 7 december 2018, gelezen in samenhang met de bepalingen van de oprichtingsdecreten van de genoemde agentschappen waarbij de bepalingen van het Bestuursdecreet van toepassing worden gemaakt op de betrokken agentschappen.

In zoverre het ontworpen besluit van toepassing is op het personeel van de strategische adviesraden, vindt het eveneens rechtsgrond in het voormelde artikel III.23 van het Bestuursdecreet van 7 december 2018, gelezen in samenhang met de bepalingen van de oprichtingsdecreten van die raden waarbij de bepalingen van het Bestuursdecreet van toepassing worden gemaakt op de betrokken raden.

Wat betreft de toepassing op het personeel van de administratieve diensten van de Raad van het Gemeenschapsonderwijs, vindt het ontworpen besluit rechtsgrond in artikel 67, § 2, van het bijzonder decreet van 14 juli 1998 'betreffende het Gemeenschapsonderwijs'.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 1

4. Artikel 1 van het ontwerp voert in artikel I 2 van het VPS een definitie in van het begrip "integratieprotocol". De term integratieprotocol komt reeds voor in de artikelen I 5, § 4, zevende lid, VII 95, tweede lid, VII 104, derde lid, en X 27bis, § 2, tweede lid, van het VPS. Volgens de ontworpen definitie bevat dit document de "afspraken over tewerkstellingsondersteunende maatregelen voor een personeelslid met een handicap of chronische ziekte".

Volgens de Handleiding voor de opmaak van een integratieprotocol van de dienst Diversiteitsbeleid van de Vlaamse administratie worden in het integratieprotocol onder meer de "bijzondere tewerkstellingsondersteunende maatregelen", zoals bepaald in artikel 1, 5°, van het besluit van de Vlaamse Regering van 18 juli 2008 'betreffende de professionele integratie van personen met een arbeidshandicap' opgenomen.

De gemachtigde gaf bij de ontworpen definitie nog de volgende verduidelijking:

"Het begrip 'tewerkstellingsondersteunende maatregelen' moet breed worden geïnterpreteerd in deze definitie. Het gaat om alle afspraken die worden gemaakt tussen

het personeelslid en de lijnmanager om het personeelslid te ondersteunen bij dienst tewerkstelling. Het heeft betrekking op alle maatregelen die een ‘redelijke aanpassing’ kunnen uitmaken in de zin van artikel 8/1, derde lid, van het Besluit van de Vlaamse Regering van 21 januari 2004 houdende maatregelen ter bevordering en ondersteuning van het gelijkekansen- en diversiteitsbeleid in de Vlaamse administratie. In die zin horen ook elementen als taakomschrijving, aanpassingen aan de arbeidstijd en het woon-werkverkeer, werkafspraken, ... thuis in het integratieprotocol.

Het gaat hier dus niet om de bijzondere tewerkstellingsondersteunende maatregelen in de zin van artikel 1, 5° van het Besluit van de Vlaamse Regering van 18 juli 2008 betreffende de professionele integratie van personen met een arbeidshandicap.”

De uitleg van de gemachtigde (*in fine*) is enigszins in tegenspraak met hetgeen in de Handleiding voor de opmaak van een integratieprotocol van de dienst Diversiteitsbeleid van de Vlaamse administratie wordt vermeld. Teneinde de onduidelijkheid hieromtrent weg te werken, kan het aanbeveling verdienen om in de ontworpen definitie te preciseren wat onder “tewerkstellingsondersteunende maatregelen” wordt verstaan.

Artikel 2

5.1. Artikel I 9 van het VPS luidt thans als volgt:

“§ 1. Voor de diensten van de Vlaamse overheid wordt een adviserende beroepscommissie opgericht, hierna te noemen raad van beroep.

In afwijking van het eerste lid wordt aan de raad van beroep, in geval van eenparigheid, een beslissende bevoegdheid toegekend.

§ 2. De ambtenaar kan in beroep gaan tegen volgende beslissingen:

- de loopbaanvertraging;
- de uitspraak over een tuchtstraf of van de schorsing in het belang van de dienst;
- de evaluatie onvoldoende.”

5.2.1. Artikel 2, 1°, van het ontwerp vervangt het tweede lid van artikel I 9 van het VPS. In de nieuwe bepaling wordt geëxpliciteerd in welke gevallen de raad van beroep een beslissende bevoegdheid heeft, waaronder “3° als de raad van beroep bij meerderheid besluit tot de onontvankelijkheid van het beroep”. Artikel 2, 2°, van het ontwerp voegt aan artikel I 9, § 1, een derde lid toe, waarin wordt bepaald dat wanneer de raad van beroep overeenkomstig het tweede lid, 3°, tot de onontvankelijkheid van het beroep beslist, “de aangevochten beslissing hierdoor definitief (is) geworden vanaf de dag na het verstrijken van de termijn voor instelling van het beroep”. In de toelichting over deze laatste bepaling wordt het volgende gesteld:

“In deze situatie spreekt de raad zich immers niet uit over de (on)gegrondheid van de bestreden beslissing. De uitspraak van de raad van beroep houdt geen advies in aan de tot beslissen bevoegde instantie of lijnmanager. De bestreden beslissing wordt als definitief beschouwd na het verstrijken van de beroepstermijn.”

5.2.2. Uit de artikelen VIII 11 en VIII 12 van het VPS volgt dat wanneer een personeelslid een beroep instelt tegen de tuchtstraf van het ontslag van ambtswege, de uitwerking ervan wordt opgeschort, maar dat het personeelslid in dat geval van rechtswege preventief wordt geschorst in het belang van de dienst vanaf de derde werkdag volgend op de datum van de beveiligde zending waarmee de tuchtstraf wordt meegedeeld, tot op de dag dat de tuchtstraf definitief is geworden door de mededeling van de bevoegde overheid van haar beslissing na het advies van de raad van beroep.

Het ontworpen artikel I 9, derde lid, van het VPS lijkt aanleiding te kunnen geven tot rechtsonzekerheid voor het personeelslid dat in dat geval verkeert, meer bepaald wat betreft de ontvangen verloning in de periode na het einde van de beroepstermijn tot de datum van de beslissing van de raad van beroep waarbij het beroep onontvankelijk wordt verklaard.

In dat verband kan worden gewezen op het arrest nr. 57.545 van de Raad van State, afdeling Bestuursrechtspraak, van 17 januari 1996, waarin het volgende werd gesteld:

“2.4.5.1. Overwegende dat de bestreden tuchtstraf opgelegd bij besluit van 1 juli 1991 verzoekster afzet met ingang van 25 oktober 1990, wat wordt gemotiveerd door de overweging dat zij van dan af preventief geschorst was;

Overwegende dat, in het licht van het principiële verbod om terugwerkende kracht aan administratieve rechtshandelingen te geven, in de regel een tuchtstraf met terugwerkende kracht slechts aanvaardbaar is indien daardoor geen bijkomende lasten worden opgelegd; dat, wijl een afzetting uiteraard weddeverlies tot gevolg heeft, die afzetting, om retroactieve kracht te mogen hebben, voorafgegaan zou moeten zijn door een inhouding van wedde, omdat anders de terugwerkende kracht zou meebrengen dat het afgezette personeelslid de wedde die de tuchtoverheid hem tijdens de preventieve schorsing heeft gelaten, moet teruggeven, hetgeen afbreuk zou doen aan zijn verkregen rechten; dat te dezen uit de gegevens van de zaken blijkt dat de preventieve schorsing die verzoekster van 25 oktober 1990 tot 1 juli 1991 opgelegd kreeg, niet vergezeld ging van weddeberoving; dat de afzetting van verzoekster bijgevolg onwettig is in zoverre zij terugwerkt tot 25 oktober 1990; dat het middel om die reden gegrond is;”.

Het principe van de terugwerkende kracht, zoals voorzien in het ontworpen derde lid van artikel I 9, § 1, van het VPS, lijkt voor de tuchtstraf van ontslag van ambtswege slechts aanvaardbaar op voorwaarde dat de rechtszekerheid wordt geëerbiedigd en geen afbreuk wordt gedaan aan verworven rechten. Het lijkt dan ook aangewezen om in een uitdrukkelijke regeling te voorzien voor de wedde die tijdens de preventieve schorsing werd uitbetaald, eenmaal de maatregel van ontslag van ambtswege definitief is geworden. Gelet op het voormelde principe lijkt de terugwerkende kracht geen afbreuk te kunnen doen aan de tijdens de preventieve schorsing definitief verworven wedde, onverminderd de mogelijkheid om tot een preventieve schorsing over te gaan met weddeverlies.²

5.3. Artikel XI 8 van het VPS luidt als volgt:

“Een ambtenaar kan ontslagen worden als hij na een eerste evaluatie onvoldoende naar aanleiding van één van de tien eerstvolgende evaluaties een tweede evaluatie onvoldoende krijgt.

² Zie in dit verband ook: I. OPDEBEECK en A. COOLSAET, *Ambtenarenrecht. Rechtspositieregeling. Algemene beginselen van ambtenarenrecht*, Brugge, die Keure, 2011, nr. 973.

De benoemende overheid neemt de beslissing tot ontslag van de ambtenaar binnen de 30 kalenderdagen die volgen op de datum waarop de onvoldoende definitief is geworden. Indien de benoemende overheid deze beslissing niet binnen de voormelde 30 kalenderdagen neemt, dan wordt de ambtenaar geacht niet te zijn ontslagen.”

De combinatie van deze bepaling met het ontworpen artikel I 9, § 1, derde lid, van het VPS heeft tot gevolg dat het voor de benoemende overheid niet meer mogelijk zal zijn om nog een beslissing tot ontslag van een ambtenaar te nemen wanneer de 30 kalenderdagen reeds zijn verstreken in de periode na de beroepstermijn maar voor de raad van beroep een beslissing tot onontvankelijkheid heeft genomen.

De gemachtigde erkende dat “de wijziging van artikel I 9, § 1 VPS mogelijk onduidelijkheden met zich meebrengt voor de toepassing van artikel XI 8 VPS en de aanvangsdatum van de termijn van 30 kalenderdagen” en verklaarde dat “op dit punt (...) de toelichting bij artikel XI 8 VPS nog verdere verduidelijking (vraagt).”

De steller van het ontwerp dient na te gaan of wel kan worden volstaan met een verduidelijking op te nemen in de toelichting bij artikel XI 8 van het VPS, zoals de gemachtigde voorstelt, en of niet veeleer de betrokken bepalingen van het VPS zelf op dit punt moeten worden verduidelijkt.

Artikel 5

6. In het ontworpen artikel VI 118^{ter} van het VPS dient in het opschrift van de wet van 11 december 1998 te worden geschreven “... betreffende de classificatie en de veiligheidsmachtigingen, ...”.

Artikel 10

7. In de inleidende zin van artikel 6 van het ontwerp dient melding te worden gemaakt van het laatst wijzigende besluit van de Vlaamse Regering van 19 maart 2021.

Artikel 19

8. In de inleidende zin van artikel 19 van het ontwerp dient melding te worden gemaakt van het laatst wijzigende besluit van de Vlaamse Regering van 30 april 2021.

Artikel 21

9.1. Artikel 21 van het ontwerp bepaalt dat, met uitzondering van de artikelen 3, 5, 9, 10, 11, 2°, 18 en 19, het te nemen besluit in werking treedt “op de eerste dag van de maand volgend op de goedkeuring ervan”.

De Raad van State, afdeling Wetgeving, heeft in het verleden³ reeds meermaals opgemerkt dat een inwerkingtreding waarbij de datum van goedkeuring van het besluit door de Vlaamse Regering als uitgangspunt wordt genomen, vermeden dient te worden, nu zulk een regeling niet strookt met de vereisten inzake rechtszekerheid en transparantie: zolang het besluit niet is bekendgemaakt, weten de burgers immers niet dat het besluit is aangenomen en wanneer het door de Vlaamse Regering werd goedgekeurd. Indien het bij de bekendmaking reeds in werking is getreden,⁴ konden zij dat niet eerder weten, terwijl dergelijke retroactieve werking in beginsel is verboden. Overigens doet zo een wijze van inwerkingtreding ook problemen rijzen ten aanzien van artikel 190 van de Grondwet naar luid waarvan “[g]een wet, geen besluit of verordening van algemeen, provinciaal of gemeentelijk bestuur (...) verbindend [is] dan na te zijn bekendgemaakt in de vorm bij de wet bepaald”.

Opdat het te nemen besluit zou voldoen aan de eisen inzake rechtszekerheid, is het nodig om de gebruikelijke termijn van inwerkingtreding van besluiten te hanteren (dit is op de tiende dag na de bekendmaking ervan in het Belgisch Staatsblad) of, zo daarvoor een verantwoording bestaat, te bepalen dat het besluit in werking treedt op de dag van de bekendmaking ervan in het Belgisch Staatsblad.

9.2. De artikelen 3, 5, 9, 10, 11, 2°, 18 en 19 van het ontwerp treden retroactief in werking op een verschillende datum.

Het verlenen van terugwerkende kracht aan besluiten kan slechts onder bepaalde voorwaarden toelaatbaar worden geacht. Dit is 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.

De gemachtigde heeft voor elke retroactieve inwerkingtreding waarin artikel 21 voorziet een verantwoording gegeven in het licht van de voornoemde beginselen die door de Raad van State, afdeling Wetgeving, kan worden bijgetreden.

³ Zie recent nog adv. RvS 69.066/3 van 20 april 2021 over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot wijziging van het Vlaams personeelsstatuut van 13 januari 2006, wat betreft het agentschap Opgroeien en andere bepalingen’, opmerking 4.1.

⁴ Het gegeven dat het te nemen besluit in werking treedt op de eerste dag van de maand volgend op de definitieve goedkeuring ervan, sluit dit niet uit: wanneer de Vlaamse Regering het besluit zou goedkeuren op het einde van een gegeven maand, en het slechts de maand erna zou worden bekendgemaakt, zou het reeds in werking treden voor de bekendmaking ervan.

9.3. In alle ontworpen specifieke inwerkingtredingsbepalingen dient wel te worden geschreven “(met uitzondering van:) artikel(en) ... dat (die) uitwerking heeft (hebben) met ingang van ...”.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Astrid TRUYENS

Wilfried VAN VAERENBERGH