



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 74.018/1/V

van 28 juli 2023

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot wijziging van de regelgeving over het politiek verlof, over de afwezigheid voor verminderde prestaties, over het opvangverlof en over de herindiensttreding voor de personeelsleden van het onderwijs’

Op 5 juli 2023 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Onderwijs, Sport, Dierenwelzijn en Vlaamse Rand verzocht binnen een termijn van dertig dagen, van rechtswege verlengd tot 21 augustus 2023,* een advies te verstrekken over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot wijziging van de regelgeving over het politiek verlof, over de afwezigheid voor verminderde prestaties, over het opvangverlof en over de herindiensttreding voor de personeelsleden van het onderwijs’.

Het ontwerp is door de eerste vakantiekamer onderzocht op 18 juli 2023. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Chantal BAMPS en Toon MOONEN, staatsraden, Johan PUT, assessor, en Wim GEURTS, griffier.

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

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 28 juli 2023.

*

* Deze verlenging vloeit voort uit artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, *in fine*, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, waarin wordt bepaald dat deze termijn van rechtswege verlengd wordt met vijftien dagen wanneer hij begint te lopen tussen 15 juli en 31 juli of wanneer hij verstrijkt tussen 15 juli en 15 augustus.

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 beoogt verschillende aanpassingen door te voeren in de verlofregelingen voor de personeelsleden van het onderwijs en wijzigt daartoe diverse besluiten van de Vlaamse Regering.

In de eerste plaats wordt beoogd om voor zowel de personeelsleden van het hoger onderwijs als het niet-hoger onderwijs het recht op afwezigheid voor verminderde prestaties voor zorgdoeleinden in te voeren, met als doel de omzetting te realiseren van artikel 6 van richtlijn (EU) 2019/1158 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 ‘betreffende het evenwicht tussen werk en privéleven voor ouders en mantelzorgers en tot intrekking van Richtlijn 2010/18/EU van de Raad’.

Daarnaast wordt bepaald dat het politiek verlof op verzoek kan worden opgeschort teneinde het mogelijk te maken om, onder bepaalde voorwaarden, tijdelijk opnieuw een opdracht in het onderwijs op te nemen in het kader van het lerarentekort. Voorts wordt de definitie van “mindervalide kind” die gebruikt wordt bij het berekenen van de duur van het opvangverlof, zowel in het hoger als het niet-hoger onderwijs, aangepast en wordt verduidelijkt dat opschorting van een verlof voor verminderde prestaties om een andere betrekking op te nemen is beperkt tot maximaal drie opeenvolgende schooljaren. Tot slot wordt de tijdelijke uitbreiding van het verlof wegens overmacht voor de personeelsleden van het onderwijs opgeheven.

Het is de bedoeling om het tot stand te brengen besluit in werking te laten treden op 1 september 2023, met uitzondering van een aantal bepalingen die betrekking hebben op het opvangverlof en die uitwerking hebben met ingang van 1 maart 2019, rekening houdend met de uitbreiding van het begrip “mindervalide kind” in het kader van bepaalde verloven bij de wet van 14 december 2018 ‘houdende diverse arbeidsbepalingen’ (artikel 13 van het ontwerp).

3.1. Voor de bepalingen van het ontwerp die geen betrekking hebben op het hoger onderwijs kan in beginsel rechtsgrond worden gevonden in de bepalingen die worden vermeld in de rubriek “Rechtsgronden” van de aanhef van het ontwerp. Aangezien de artikelen 1 tot 4 en 11 en 12 ook van toepassing zijn op de personeelsleden van de inspectie en de begeleiding van de levensbeschouwelijke vakken moet voor die bepalingen als rechtsgrond tevens beroep worden gedaan op artikel 21, § 1, van het decreet van 1 december 1993 ‘betreffende de inspectie en de begeleiding van de levensbeschouwelijke vakken’.¹

¹ In artikel 21, § 1, van het decreet van 1 december 1993 wordt bepaald dat de artikelen 139 tot en met 148 van het decreet van 8 mei 2009 ‘betreffende de kwaliteit van onderwijs’ van toepassing zijn op de leden van de inspectie en

3.2. Voor de bepalingen die betrekking hebben op het hoger onderwijs kan, zoals door de gemachtigde werd bevestigd, als rechtsgrond een beroep worden gedaan op diverse bepalingen van de Codex Hoger Onderwijs van 11 oktober 2013 (hierna: de Codex). Zo vindt artikel 5 van het ontwerp rechtsgrond in artikel V.2. van de Codex. Voor artikel 6 van het ontwerp, dat betrekking heeft op de maximumduur van het opvangverlof, dient als rechtsgrond een beroep te worden gedaan op artikel V.84 van de Codex.² Voor de artikelen 7, 8 en 9, die betrekking hebben op de afwezigheid voor verminderde prestaties voor zorgdoeleinden, welke afwezigheid wordt beschouwd als afwezigheid voor verminderde prestaties en dus als een non-activiteit, kan artikel V.88 van de Codex als rechtsgrond worden ingeroepen.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

ALGEMENE OPMERKINGEN

4. In het ontworpen artikel 10, derde lid, van het besluit van de Vlaamse Regering van 26 april 1990³ (artikel 1 van het ontwerp) wordt melding gemaakt van de “afwezigheid voor verminderde prestaties om persoonlijke zorg of steun te verlenen aan een gezinslid of een familielid dat om een ernstige medische reden behoefte heeft aan aanzienlijke zorg of steun”. In het ontworpen artikel 12, derde lid (artikel 2 van het ontwerp), en het ontworpen artikel 13, § 2, 5°, van hetzelfde besluit (artikel 3 van het ontwerp), wordt gerefereerd aan de “afwezigheid voor verminderde prestaties voor zorgdoeleinden, vermeld in artikel 10, derde lid,” van het besluit.

Alhoewel hierbij telkens eenzelfde afwezigheid lijkt te worden bedoeld, zou het duidelijkheidshalve niettemin aanbeveling verdienen de desbetreffende omschrijvingen van de beoogde afwezigheid in de laatstgenoemde bepalingen beter te laten aansluiten bij de omschrijving van dat begrip in het ontworpen artikel 10, derde lid, van het besluit van de Vlaamse Regering van 26 april 1990 of, indien de verwijzingen naar de “afwezigheid voor verminderde prestaties voor zorgdoeleinden, vermeld in artikel 10, derde lid,” van het besluit, zouden worden behouden in de ontworpen bepalingen onder de artikelen 2 en 3 van het ontwerp, artikel 10 van het besluit van de Vlaamse Regering van 26 april 1990 aan te vullen met een definitie van het begrip “afwezigheid voor verminderde prestaties voor zorgdoeleinden” als zijnde de “afwezigheid voor verminderde prestaties om persoonlijke zorg of steun te verlenen aan een gezinslid of een familielid dat om een ernstige medische reden behoefte heeft aan aanzienlijke zorg of steun”.

de begeleiding van de levensbeschouwelijke vakken, met dien verstande dat de vast benoemde leden van de inspectie en de begeleiding van de levensbeschouwelijke vakken wel ter beschikking kunnen worden gesteld wegens ontstentenis van betrekking.

² Niet in artikel V.88 van de Codex, zoals de gemachtigde aannam, aangezien het opvangverlof, krachtens artikel 8/6 van het besluit van de Vlaamse Regering van 31 maart 2006 ‘tot regeling van sommige verloven voor de personeelsleden van de hogescholen in de Vlaamse Gemeenschap en van de Hogere Zeevaartschool’ wordt gelijkgesteld met een periode van dienstactiviteit.

³ Besluit van de Vlaamse Regering van 26 april 1990 ‘betreffende het verlof en de afwezigheid voor verminderde prestaties’.

Eenzelfde opmerking kan worden gemaakt bij het ontworpen artikel 19, § 1, tweede lid, van het besluit van de Vlaamse Regering van 31 maart 2006, en de ontworpen wijzigingen onder de artikelen 8 en 9 van het ontwerp, waarin wordt gerefereerd aan de “afwezigheid voor verminderde prestaties voor zorgdoeleinden als vermeld in artikel 19, § 1, tweede lid,” van het betrokken besluit.

5. In de artikelen 4 en 6 van het ontwerp wordt melding gemaakt van de term “kinderbijslag”. Aangezien de beoogde medisch-sociale schaal ondertussen wordt geregeld in het besluit van de Vlaamse Regering van 7 december 2018 ‘betreffende de nadere regels voor het verkrijgen van een zorgtoeslag’, en in die regeling alsook in het zogenaamde Groeipakketdecreet de notie “kinderbijslag” niet meer wordt gebruikt, verdient het aanbeveling om aansluiting te zoeken bij de terminologie in het Groeipakketdecreet die tegelijk ook de actuele grondwettelijke terminologie uitmaakt.⁴ Men schrijve dus telkens “gezinsbijslag” in plaats van “kinderbijslag”.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

Aanhef

6. Rekening houdend met hetgeen is opgemerkt omtrent de rechtsgrond voor het ontworpen besluit dient de rubriek “Rechtsgronden” te worden vervolledigd met een verwijzing naar artikel 21, § 1, van het decreet van 1 december 1993 ‘betreffende de inspectie en de begeleiding van de levensbeschouwelijke vakken’ en naar de artikelen V.2, V.84 en V.88 van de Codex Hoger Onderwijs van 11 oktober 2013.

Artikel 5

7. Met de wijzigingen die artikel 5 van het ontwerp beoogt aan te brengen in artikel 2, § 2, vierde lid, van het besluit van de Vlaamse Regering van 1 december 1998⁵ wordt de omzetting beoogd van het bepaalde in artikel 6 van de reeds genoemde richtlijn (EU) 2019/1158 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019.

Er moet evenwel worden vastgesteld dat de ontworpen wijzigingen niet het recht op zorgverlof waarborgen in hoofde van een personeelslid van een universiteit, laat staan het “recht op vijf werkdagen zorgverlof per jaar”, zoals artikel 6, lid 1, van de voornoemde richtlijn het voorschrijft. Er wordt aan de universiteitsbesturen zelfs geen verplichting opgelegd om het zorgverlof nader te regelen. Weliswaar laat artikel 6, lid 1, van de richtlijn, het aan de lidstaten over om nadere regels vast te stellen betreffende het toepassingsgebied en de voorwaarden van het zorgverlof, maar het doel om de universiteit de nodige autonomie te verlenen, zoals dat in de nota aan de Vlaamse Regering wordt verwoord, staat een lidstaat niet toe om de keuze van de

⁴ Zie artikel 23, derde lid, 6°, van de Grondwet.

⁵ Besluit van de Vlaamse Regering van 1 december 1998 ‘tot vaststelling van de regeling omtrent de afwezigheden, de tucht, de administratieve standen, het verlof, de mandaatsbeëindiging, het onderzoek van de lichamelijke geschiktheid en het geneeskundig toezicht voor het academisch personeel bij de universiteiten in de Vlaamse Gemeenschap’.

waarborgen en de omvang van het recht op zorgverlof geheel over te laten aan de universiteit. Dat in de nota aan de Vlaamse Regering wordt vermeld dat “[d]e universiteiten (...) zelf [bepalen] hoe zij het zorgverlof organiseren op voorwaarde dat de regeling voldoet aan de voorwaarde uit artikel 6 van de Richtlijn (EU) 2019/1158” volstaat daartoe niet.⁶ Minstens zou de Vlaamse Regering in het ontwerp het minimaal aantal dagen zorgverlof moeten vastleggen.⁷

8. Als gevolg van de wijziging die wordt beoogd in artikel 5, 1^o, van het ontwerp, zal artikel 2, § 2, vierde lid, van het besluit van de Vlaamse Regering van 1 december 1998 luiden als volgt: “Het universiteitsbestuur stelt regels vast omtrent de duur van de vakantie, het zorgverlof en het omstandigheidsverlof en hetgeen daarop betrekking heeft”. Hieruit lijkt te moeten worden afgeleid dat het zorgverlof moet worden geacht met een toestand van dienstactiviteit te zijn gelijkgesteld. De gemachtigde bevestigde dat dit inderdaad de bedoeling is. In dat geval zou, ter wille van de rechtszekerheid, het zorgverlof ook het best worden vermeld in artikel 2, § 2, tweede lid, van het besluit van de Vlaamse Regering van 1 december 1998.⁸ De gemachtigde deelde mee dat “het zorgverlof [voor de duidelijkheid kan] toegevoegd worden bij de opsomming in artikel 2, § 2, tweede lid”.

9. Aangezien het zorgverlof voor personeelsleden van de universiteiten als een vorm van dienstactiviteit wordt beschouwd, wordt er een verschil in behandeling ingevoerd ten aanzien van het personeel van de hogescholen en het niet-hoger onderwijs, waarvoor immers de afwezigheid wegens verminderde prestaties omwille van zorgdoeleinden als non-activiteit wordt beschouwd. Aldus worden aan een gelijkaardige vorm van afwezigheid waarop het personeel recht heeft verschillende rechtsgevolgen gehecht. Voor het personeel van de universiteiten zou de afwezigheid bijvoorbeeld bezoldigd kunnen zijn, wat niet het geval is voor het personeel van de hogescholen en het niet-hoger onderwijs. Aan de gemachtigde werd gevraagd op grond van welke verantwoording dergelijk verschil in behandeling toelaatbaar kan worden geacht in het licht van het grondwettelijk gewaarborgde gelijkheidsbeginsel. De gemachtigde beantwoordde deze vraag als volgt:

“Het verschil in behandeling met de andere onderwijsniveaus is gerechtvaardigd omdat de universiteiten, de hogescholen en het niet-hoger onderwijs elk een eigen rechtspositieregeling hebben met aparte kenmerken. Omwille van de eigenheid van elk statuut is het niet altijd mogelijk of noodzakelijk om een zelfde regeling op te leggen voor alle onderwijsniveaus. De universiteiten kennen de administratieve stand non-activiteit niet. De verschillende manier van behandeling is gerechtvaardigd omwille van de verschillende rechtspositieregelingen, de verschillende financiering, de verschillende

⁶ Evenmin volstaat de door de gemachtigde gedane vaststelling dat de universiteiten, de hogescholen en het niet-hoger onderwijs elk een eigen rechtspositieregeling hebben met aparte kenmerken waarbij “[d]e rechtspositieregeling van de universiteiten (...) veel meer ruimte [laat] voor een gedecentraliseerd beleid”.

⁷ Vgl. wat dat betreft met artikel 2, § 3, van het besluit van de Vlaamse Regering van 1 december 1998 waarin, weliswaar door middel van een verwijzing naar de relevante federale regelgeving, het recht op loopbaanonderbreking voor palliatieve zorgen, voor de bijstand aan of verzorging van een zwaar ziek gezins- of familielid en voor ouderschapsverlof, wel degelijk in de tekst van het besluit worden geregeld en het universiteitsbestuur wordt verplicht om hiertoe de nodige uitvoeringsmaatregelen te nemen.

⁸ Artikel 2, § 2, tweede lid, van het besluit van de Vlaamse Regering van 1 december 1998 luidt: “Gelijkgestelde toestanden met dienstactiviteit zijn de periodes van gewettigde afwezigheid onverminderd het bepaalde in § 1, jaarlijkse vakantie en omstandigheidsverlof”.

autonomie voor de instellingen om een eigen personeelsbeleid uit te werken en de verschillende onderhandelingscomités op het niveau van de Vlaamse Gemeenschap.”

De verschillende aard van het universitair onderwijs en de overige onderwijsniveaus kan een objectief criterium uitmaken waarop een verschil in behandeling van de personeelsleden van die beide niveaus kan berusten.⁹ Om ten aanzien van het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie een verschil in behandeling onder de personeelsleden of de onderwijsinstellingen te verantwoorden, is het evenwel niet voldoende te wijzen op het bestaan van objectieve verschillen onder die personeelsleden. Daarnaast moet immers nog kunnen worden aangetoond dat, ten aanzien van de geregelde aangelegenheid, het onderscheid relevant is om een verschillende behandeling in redelijkheid te verantwoorden.¹⁰ Hiermee rekening houdend zal de door de gemachtigde gegeven verantwoording nog moeten kunnen worden vervolledigd.

Artikel 10

10. De maatregel van opschorting van het politiek verlof die wordt bedoeld in het ontworpen artikel 7, § 2, tweede lid, van het besluit van de Vlaamse Regering van 27 april 2007¹¹ kan enkel worden toegepast als het personeelslid tijdelijk een opdracht in het onderwijs wil opnemen “in het kader van het lerarentekort”. Aan de gemachtigde werd gevraagd op welke wijze het “lerarentekort” zal worden vastgesteld. De gemachtigde antwoordde:

“Er is geen manier opgenomen voor de vaststelling van het lerarentekort. Niet voor alle maatregelen in het kader van het lerarentekort is vastgelegd op welke wijze dat tekort moet worden vastgesteld. Eventueel zou toegevoegd kunnen worden dat de criteria om het lerarentekort te bepalen (...) vastgelegd worden na onderhandeling in het bevoegde lokale comité. Dat is eveneens zo opgenomen voor andere maatregelen in het decreet lerarenambt”.

De afdeling Wetgeving neemt akte van de door de gemachtigde gesuggereerde aanvulling van de tekst van het ontworpen artikel 7, § 2, tweede lid, van het besluit van de Vlaamse Regering van 27 april 2007.

Artikel 11

11. De inleidende zin van artikel 11 van het ontwerp moet aanvangen als volgt: “Aan artikel 11, § 3, tweede lid, van ...” in plaats van “Aan artikel 11, § 3, tweede van ...”.

⁹ Zie bijvoorbeeld GwH 3 april 2014, nr. 60/2014, B.5.

¹⁰ Zie o.m. GwH 21 maart 1995, nr. 27/95, B.5; GwH 26 juli 2007, nr. 110/2007, B.13; GwH 11 juni 2008, nr. 90/2008, B.4 en B.5; GwH 10 november 2011, nr. 174/2011, B.7.

¹¹ Besluit van de Vlaamse Regering van 27 april 2007 ‘betreffende de toekenning van een politiek verlof op verzoek van het personeelslid’.

Artikel 13

12. Zoals door de gemachtigde werd bevestigd, moet de redactie van artikel 13, tweede lid, van het ontwerp, worden aangepast als volgt: “De artikelen 4 en 6 hebben uitwerking met ingang van 1 maart 2019”.¹²

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Wim GEURTS

Marnix VAN DAMME

¹² De verwijzing naar “artikel 5” in artikel 13, tweede lid, van het ontwerp, is niet correct.