RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

Xe KAMER

A R R E S T

nr. 247.809 van 17 juni 2020
in de zaak A. 222.547/X-16.945

In zake : de STAD GENT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Patrick Devers
kantoor houdend te 9000 Gent
Kouter 71-72
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Tom De Sutter
kantoor houdend te 9000 Gent
Koning Albertlaan 128
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 3 juli 2017, strekt tot de nietigverklaring van "het Ministerieel besluit van 2 mei 2017 houdende de vernietiging van het besluit […] van de gemeenteraad van Gent van 24 oktober 2016 inzake wijziging van de rechtspositieregeling personeel Stad Gent, waarbij artikel 180 van deze rechtspositieregeling aangevuld wordt met een paragraaf 3, en houdende de vernietiging van het besluit […] van de gemeenteraad van Gent van 20 maart 2017 inzake rechtvaardiging mits aanpassing van dit besluit van 24 oktober 2006, vanwege de Vlaamse minister van Binnenlands Bestuur, Inburgering, Wonen, Gelijke kansen en Armoedebestrijding".

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en verzoekster heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Marijke Sterck heeft een verslag opgesteld.

Verzoekster heeft een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 14 februari 2020.

Kamervoorzitter Johan Lust heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Patrick Devers, die verschijnt voor verzoekster en advocaat Thomas Eyskens, die *loco* advocaat Tom De Sutter verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Marijke Sterck heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. Met ingang van 1 januari 2017 neemt de vzw Kompas de exploitatie over van de Gentse stedelijke instelling De Wal, een dagcentrum en bezigheidshome voor volwassenen met een mentale handicap. Het personeel wordt, naargelang het statutair of contractueel is, door de stad ter beschikking gesteld, respectievelijk uitgeleend aan de vzw Kompas.

"Om de betaalbaarheid van de zorg te kunnen blijven garanderen", wenst verzoekster een "slapende wachtdienst" in te voeren volgens de bepalingen die gelden in het paritair comité 319 (cao van 22 januari 2007 'betreffende de loon- en arbeidsvoorwaarden in geval van slapende nachtdienst'). Voor deze slapende wachtdienst, waarbij de medewerkers tijdens de nacht aanwezig zijn in de voorziening maar mogen slapen, wordt een even hoog salaris betaald als bij daadwerkelijke arbeid, maar in een periode van acht uur slapende wacht wordt slechts drie uur aanzien als arbeidstijd. Daarom besluit de gemeenteraad van de stad Gent op 24 oktober 2016 om een derde paragraaf aan artikel 180 van de rechtspositieregeling personeel stad Gent toe te voegen.

Luidens artikel 180, § 1, eerste lid, 1°, van de rechtspositieregeling krijgt de medewerker, naast de wettelijk voorgeschreven inhaalrust, "per uur nachtprestaties tussen 22 uur en 6 uur een toeslag op het uursalaris die gelijk is aan 25% van het uursalaris". Het toegevoegde artikel 180, § 3, bepaalt:

> "Als nachtdienst wordt voor de medewerkers (m/v/x) van De Wal beschouwd de periode tussen 22.00 uur en 6.00 uur. Deze periode mag verschoven worden tot een periode tussen 24.00 en 8.00 uur op voorwaarde evenwel 8 uur te blijven tellen (22/6 uur - 23/7 – 24/8 uur). De slapende nachtdienst telt voor drie uren en wordt vergoed volgens § 1, [eerste lid,] 1°."

3.2. Tegen het besluit van de gemeenteraad van 24 oktober 2016 wordt op 23 december 2016 het beroep bij de Raad van State, gekend onder nr. A. 221.072/X-16.821, ingesteld.

4. Het gemeenteraadsbesluit van 24 oktober 2016 wordt op 30 januari 2017 door de gouverneur van de provincie Oost-Vlaanderen in zijn tenuitvoerlegging geschorst.

De gemeenteraad beslist op 20 maart 2017 het geschorste besluit "te rechtvaardigen mits volgende aanpassing":

> “Als nachtdienst wordt voor de medewerkers (m/v/x) van De Wal beschouwd de periode tussen 22.00 uur en 6.00 uur. Deze periode mag verschoven worden tot een periode tussen 24.00 en 8.00 uur op voorwaarde evenwel 8 uur te blijven tellen (22/6 uur - 23/7 – 24/8 uur). De slapende nachtdienst telt voor drie uren en wordt vergoed volgens § 1, [eerste lid,] 1°.
> In geval van dienstverlening gedurende de slapende nachtdienst, zal deze gepresteerde werktijd, bijkomend aan vorige alinea, dubbel geteld worden als arbeidstijd en betaald worden volgens § 1, [eerste lid,] 1°, zonder dat de totale telling en betaling van uren voor deze slapende nachtdienst het aantal van 8 uren kan overschrijden.”

Geargumenteerd wordt onder meer dat de gemeenteraad naar analogie met de cao van 22 januari 2007 ‘betreffende loon- en arbeidsvoorwaarden in geval van slapende nachtdienst’, “een gelijkluidende en gelijklopende regeling [heeft] willen invoeren”. Er wordt “dus niet ontkend dat de ‘slapende waak’ volledig moet beschouwd worden als arbeidstijd. Alleen is het opportuun om de ‘slapende waak’ op een andere manier te vergoeden dan wanneer men effectieve nachtprestaties levert.”

5. Finaal beslist de Vlaamse minister van Binnenlands Bestuur, Inburgering, Wonen, Gelijke Kansen en Armoedebestrijding op 2 mei 2017 om de gemeenteraadsbesluiten van 24 oktober 2016 en 20 maart 2017 te vernietigen. Dit is het voorwerp van het voorliggende beroep.

Gemotiveerd wordt onder meer dat blijkt dat het duidelijk de bedoeling is dat de arbeidstijd beperkt wordt, dat ook de tekst van de in het gemeenteraadsbesluit van 20 maart 2017 aangepaste regeling nog steeds wijst op een beperking van de arbeidstijd, dat de beperking van de arbeidstijd niet in overeenstemming is met de definitie van arbeidstijd zoals bepaald in artikel 2.1 van zowel de richtlijn 93/104/EG van de Raad van 23 november 1993 ‘betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd’ als van de coördinerende richtlijn 2003/88/EG van het Europees Parlement en de Raad van 4 november 2003 ‘betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd’, en dat de volledige periode van slapende waak als arbeidstijd beschouwd dient te worden, wat niet het geval is in de door de stad Gent ontworpen regeling.

Overwogen wordt ook:

> "Gelet op artikel 139 van het [besluit van 7 december 2007 van de Vlaamse regering 'houdende de minimale voorwaarden voor de personeelsformatie, de rechtspositieregeling en het mandaatstel van het gemeentepersoneel en het personeel […]' [hierna: het Vlaams rechtspositiebesluit]] is het niet mogelijk om aan de personeelsleden van Stad Gent die inslapende wachten doen slechts een beperkt aantal uren per nacht uit te betalen. Elk uur waarop een personeelslid van Stad Gent ter beschikking en onder het gezag staat van de werkgever moet op eenzelfde manier behandeld worden. Dus ook diegene waarvoor het personeelslid toestemming zou hebben om te rusten."

IV. Onderzoek van het enige middel

Standpunt van verzoekster

6. Verzoekster leidt een enig middel af "uit de schending van de artikelen 249 en 256 van het gemeentedecreet van 15 juli 2005 en van de artikelen 2, 18° en 139 van het [Vlaams rechtspositiebesluit], *juncto* het gelijkheidsbeginsel (de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en artikel 159 van de Grondwet, en de materiële motiveringsplicht".

Verzoekster licht in het verzoekschrift toe dat het stelsel "slapende wacht", wat de toeslag op het uursalaris betreft die hier aan de orde is, erin bestaat dat die toeslag gedeeltelijk/forfaitair vergoed wordt "*a rato* van 3/8sten voor een volledige nacht van acht (8) uren zonder effectieve prestaties". Dit strijdt volgens verzoekster niet met de internationale of federale regelgeving. Anders dan de Vlaamse minister in haar vernietigingsbesluit beweert, is er in de uitgewerkte regeling geen sprake van een beperking van de arbeidstijd. Bijgevolg schendt de bestreden beslissing de materiëlemotiveringsplicht.

Voorts wordt betoogd dat het vernietigde specifieke vergoedingsstelsel niet strijdig is met artikel 139, § 1, (eerste lid,) 1°, b), van het Vlaams rechtspositiebesluit. Ten eerste kan niet in redelijkheid worden beweerd dat tijdens een ononderbroken "slapende wacht" prestaties, laat staan nog

“welbepaalde” prestaties, worden geleverd. Ten tweede gaat het tegen het gelijkheidsbeginsel in om slapende uren gelijk te stellen, *qua* toeslag, met effectief gepresteerde uren tijdens dezelfde periode van de “wacht” en om aldus twee categorieën van personeelsleden die zich in een verschillende situatie bevinden gelijk te behandelen: “zij die hun ‘slapende wacht’ onderbroken zien ten einde effectieve en welbepaalde nachtprestaties te leveren versus zij die hun ‘slapende wacht’ ononderbroken als slapende kunnen doorbrengen”. Wegens strijdigheid met het gelijkheidsbeginsel dient artikel 139, § 1, (eerste lid,) 1°, b) van het Vlaams rechtspositiebesluit buiten toepassing te worden gelaten.

7. In de memorie van wederantwoord benadrukt verzoekster het onderscheid tussen de “wakende wachtdienst” en de “slapende wachtdienst”: waar in het eerste geval het personeelslid dient wakker te blijven en dient te ‘waken’ (wat een welbepaalde prestatie oplevert), is dat in het tweede geval niet zo: wie ‘slaapt’ is, in de gezegde omstandigheden, wel ter beschikking van de werkgever, maar levert geen prestatie, minstens geen welbepaalde prestatie.”

Beoordeling

8.1. In haar vernietigingsbesluit hanteert de Vlaamse minister de definitie van arbeidstijd zoals bepaald in artikel 2.1 van richtlijn 2003/88/EG van het Europees Parlement en de Raad van 4 november 2003 ‘betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd’. “Op basis hiervan”, zo stelt de bestreden beslissing, “is [het] standpunt van het Hof van Justitie, wat de slapende wachtdienst betreft, dat de uren waarin een werknemer een slapende wachtdienst waarneemt op zijn werkplaats volledig als arbeidstijd moeten worden beschouwd.”

8.2. Volgens het arrest Matzak van het Hof van Justitie (HvJ 21 februari 2018, C-518/15) is voor de kwalificatie van arbeidstijd in de zin van de richtlijn 2003/88 beslissend dat de werknemer fysiek aanwezig moet zijn op de door de werkgever aangewezen plek en zich daar ter beschikking van hem moet houden om indien nodig onmiddellijk de nodige prestaties te kunnen leveren. Die verplichtingen maken deel uit van de uitoefening van zijn functies. De fysieke

aanwezigheid en de beschikbaarheid van de werknemer op de werkplek tijdens de wachtdienst met het oog op het verrichten van zijn beroepswerkzaamheden, moeten geacht worden onder de uitoefening van zijn functies te vallen “al varieert de daadwerkelijk ontplooide activiteit naargelang de omstandigheden”.

9. Hoewel de volledige periode van slapende waak moet worden beschouwd als arbeidstijd, is dat, aldus de Vlaamse minister in het bestreden besluit, niet het geval in de door stad Gent ontworpen regeling.

Zij concludeert daartoe op grond van een aantal zeer concrete vaststellingen, niet het minst de tekst zelf van het aangepaste artikel 180, § 3, van de rechtspositieregeling personeel stad Gent. Blijkens die tekst krijgt de medewerker voor de slapende nachtdienst een toeslag op het uursalaris per uur nachtprestaties, maar telt de slapende nachtdienst slechts “voor drie uren”.

Verzoekster besteedt aan die vaststellingen geen aandacht, laat staan dat zij ze betwist.

De vaststellingen verantwoorden, zoals door de Vlaamse minister aangenomen, dat het “duidelijk de bedoeling is dat de arbeidstijd beperkt wordt” en dat niet de volledige periode van slapende waak wordt beschouwd als arbeidstijd.

De grief van schending van het materiëlemotiveringsbeginsel is ongegrond.

10. Artikel 139, § 1, eerste lid, 1°, van het Vlaams rechtspositiebesluit bepaalt dat het personeelslid naast de wettelijk voorgeschreven inhaalrust per uur nachtprestaties tussen 22 u en 6 u, ofwel a) één kwartier extra inhaalrust krijgt, ofwel b) een toeslag op het uursalaris die gelijk is aan 25 % van het uursalaris.

Krachtens artikel 2, 18°, van het Vlaams rechtspositiebesluit wordt in het besluit onder “toelage” verstaan: “een geldelijk voordeel dat het personeelslid ontvangt dat welbepaalde prestaties levert”.

11. Tijdens de periode van slapende wacht moet het personeelslid fysiek aanwezig zijn op de plek die de werkgever aanwees en dient hij daar *stand-by* te zijn om indien nodig direct te kunnen worden ingezet. Die verplichtingen maken deel uit van de uitoefening van zijn functie. Aan de verplichtingen tegemoet komen, door op de aangewezen plek aanwezig en direct beschikbaar te zijn, houdt wel degelijk het leveren van een (welbepaalde) prestatie in. De omstandigheid dat het personeelslid niet daadwerkelijk in actie is moeten komen en de toestemming om te rusten had, doet daar niet van af.

12. Zowel het personeelslid dat zijn slapende wacht niet onderbroken ziet als het personeelslid dat tijdens zijn slapende wacht wel in actie dient te komen, presteert arbeidstijd. Decisief wat dat betreft, is dat ze beiden gelijk fysiek aanwezig op de werkplek moeten zijn en beschikbaar zijn voor het uitvoeren van beroepswerkzaamheden. De toevalligheid dat de activiteiten die zij effectief moeten verrichten – afhankelijk van de omstandigheden en meer bepaald van wat zich tijdens de arbeidstijd aandient – niet dezelfde zijn, verantwoordt niet dat zij verschillend worden behandeld wat de tijd betreft die zij aan de uitoefening van hun functie hebben besteed. Artikel 139, § 1, van het Vlaams rechtspositiebesluit schendt niet de gelijkheidsregel door tussen hen geen onderscheid te maken *qua* “nachtprestaties”.

De verwerende partij was op goede grond van oordeel dat het specifieke vergoedingsstelsel dat verzoekster instelde, strijdig is met artikel 139 van het Vlaams rechtspositiebesluit.

13. Het enige middel wordt in zijn geheel verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. Verzoekster wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op het rolrecht van 200 euro en een aan de verwerende partij verschuldigde rechtsplegingsvergoeding van 700 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van zeventien juni tweeduizend twintig, door de Raad van State, Xe kamer, samengesteld uit:

Johan Lust,	kamervoorzitter,
Jan Clement,	staatsraad,
Stephan De Taeye,	staatsraad,

bijgestaan door

Frank Bontinck,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Frank Bontinck	**Johan Lust**