

KONINKRIJK BELGIË
-----ADVIES 46.562/1
VAN 4 JUNI 2009VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling Wetgeving, eerste kamer, op 30 april 2009 door de Vlaamse minister van Werk, Onderwijs en Vorming verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, verlengd tot 12 juni 2009, van advies te dienen over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering "betreffende het omstandigheidsverlof, het verlof wegens overmacht, het onbezoldigd ouderschapsverlof en het vaderschapsverlof voor bepaalde personeelsleden van het onderwijs en de centra voor leerlingenbegeleiding en tot wijziging van het besluit van de Vlaamse Regering van 26 april 1990 betreffende het verlof voor verminderde prestaties, gewettigd door sociale of familiale redenen en de afwezigheid voor verminderde prestaties wegens persoonlijke aangelegenheid ten gunste van de personeelsleden van het onderwijs en de centra voor leerlingenbegeleiding", heeft het volgende advies gegeven:

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 voorgeschreven vormvereisten is voldaan.

*
* *

STREKKING EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

1. Het om advies voorgelegde ontwerp strekt er blijkbaar toe uitvoering te geven aan een aantal punten uit het protocol van 1 april 1999 betreffende een akkoord van sectorale sociale programmatie voor de jaren 1997 en 1998 voor de sector "Onderwijs" van de Vlaamse Gemeenschap tussen de Vlaamse Regering en de representatieve vakorganisaties, de zogenaamde CAO IV.

Het gaat meer bepaald om de invoering en de regeling van omstandigheidsverlof en verlof wegens overmacht (hoofdstuk II), onbezoldigd ouderschapsverlof (hoofdstuk III) en vaderschapsverlof (hoofdstuk IV). Daarnaast bevat het ontwerp nog een aantal wijzigings-, opheffings-, overgangs- en slotbepalingen (hoofdstukken V tot VIII).

Het is de bedoeling aan alle hoofdstukken met uitzondering van hoofdstuk II terugwerkende kracht tot 1 april 2009 te geven. De bepalingen van het tweede hoofdstuk - behalve artikel 2, § 1, 2/ - krijgen uitwerking met ingang van 1 september 1999; artikel 2, § 1, 2/ (omstandigheidsverlof wegens bevalling echtgenote of samenwonende partner), werkt terug tot 1 september 2005.

2.1. In het eerste en tweede lid van de aanhef van het ontwerpbesluit wordt als rechtsgrond verwezen naar respectievelijk artikel 77, eerste lid, van het decreet van 27 maart 1991 betreffende de rechtspositie van bepaalde personeelsleden van het gemeenschapsonderwijs en artikel 51, eerste lid, van het decreet van 27 maart 1991

.../...

betreffende de rechtspositie van sommige personeelsleden van het gesubsidieerd onderwijs en de gesubsidieerde centra voor leerlingenbegeleiding. Bovendien wordt in het derde lid als rechtsgrond nog verwezen naar artikel 68, eerste lid, van het decreet van 17 juli 1991 betreffende inspectie, Dienst voor Onderwijsontwikkeling en pedagogische begeleidingsdiensten.

Uit al deze bepalingen volgt dat de betrokken personeelsleden, onder de door de Vlaamse Regering te bepalen voorwaarden, verlof krijgen gelijkgesteld met dienstactiviteit.

2.2. In het vierde lid van de aanhef wordt als rechtsgrond verwezen naar het artikel 21 van het decreet van 1 december 1993 betreffende de inspectie en de begeleiding van de levensbeschouwelijke vakken.

Krachtens dat artikel zijn, met uitzondering van de bepalingen inzake wedertewerkstelling en het uitoefenen van gelijkwaardige taken, de bepalingen vermeld in titel II, hoofdstuk II, afdeling 9, van het decreet van 17 juli 1991 - dus onder meer het reeds vermelde artikel 68, eerste lid - van toepassing op de leden van de inspectie en begeleiding van de levensbeschouwelijke vakken.

2.3. De in de aanhef van het ontwerp vermelde decretale bepalingen kunnen als rechtsgrond voor de ontworpen regelingen worden aanvaard voor zover die regelingen geen fundamentele hervorming van de betrokken stelsels betreffen. Gelet op het legaliteitsbeginsel in onderwijszaken dat volgt uit artikel 24, § 5, van de Grondwet ¹, dienen de essentiële regels inzake het statuut immers door het decreet te worden vastgesteld zodat algemene machtigingen aan de regering niet volstaan ².

⁽¹⁾ Volgens de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof (zie bijvoorbeeld, arrest nr. 130/98 van 9 december 1998, B.1.3) drukt die bepaling de wil uit van de Grondwetgever om aan de bevoegde wetgever de zorg voor te behouden een regeling te treffen voor de essentiële aspecten van het onderwijs, wat de inrichting, de erkenning of subsidiëring betreft, doch verbiedt zij niet dat onder bepaalde voorwaarden opdrachten aan andere overheden worden gegeven. Artikel 24, § 5, vereist volgens het Grondwettelijk Hof dat de door de decreetgever verleende opdrachten slechts op de tenuitvoerlegging van de door de decreetgever zelf vastgestelde beginselen betrekking hebben. Via die opdrachten kan een gemeenschapsregering of een andere overheid de onnauwkeurigheid van die beginselen niet opvangen of onvoldoende omstandige beleidskeuzes niet verfijnen.

⁽²⁾ Zie ook RvS nrs. 63.463 en 63.464, 9 december 1996, vzw Gerfa.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 2

Artikel 2, § 1, 1/, van het ontwerp verleent aan de personeelsleden een recht op één werkdag omstandigheidsverlof bij huwelijk en bij het afleggen van een verklaring van wettelijke samenwoning. Uit artikel 2, § 2, van het ontwerp volgt dat in afwijking van het voorgaande, de leden van het administratief personeel, de administratief medewerker van het beleids- en ondersteunend personeel, de administratief medewerker van het ondersteunend personeel en de vastbenoemde leden van het meesters-, vak- en dienstpersoneel recht hebben op vier werkdagen verlof.

Om uitleg verzocht over dat verschil, heeft de gemachtigde volgende toelichting gegeven:

"Het verleden"

Het onderscheid waar u terecht naar verwijst, moet worden gezocht in de voorgeschiedenis van een artikel dat in artikel 11, § 1, 1/, van het ontwerp wordt opgeheven nl. artikel 4 van het koninklijk besluit van 8 december 1967.

Voor de personeelsleden van het meesters-, vak en dienstpersoneel is hoofdstuk I en artikel 4bis van dit koninklijk besluit opgeheven door de bepalingen van het besluit van de Vlaamse Regering van 12 september 2003.

In de periode waarin het voormelde koninklijk besluit van 8 december 1967 werd getroffen, heeft men geoordeeld dat de personeelsleden die tot de categorie van het AMVD - personeel (= toenmalig Rijkspersoneel) behoorden, recht hadden op de verlofregeling die toentertijd ook gold voor de ambtenaren en dit volgens de toen bestaande statutaire bepalingen. Het AMVD - personeel had m.a.w. eerder een vorm van ambtenaren-regeling die toentertijd reeds afweek van de andere personeelscategorieën in het onderwijs. Dit blijkt niet enkel uit de regeling inzake het jaarlijks vakantieverlof in het eerste lid van artikel 1 van het voormelde KB van 8 december 1967 maar zelfs uitdrukkelijk uit de tekst van het derde lid waarin naar het personeel van de Rijksbesturen werd/wordt verwezen. Deze zienswijze komt trouwens in het voormelde besluit van de Vlaamse Regering van 12.9.2003 opnieuw tot uiting.

Het AMVD-personeel had dus op grond van artikel 4 van het voormelde KB 8.12.1967 sinds 1967 al recht op 4 dagen verlof voor het huwelijk.

Bedoeling van het ontwerp

Het ontwerp van besluit dat voorligt heeft o.a. ook tot doel een aantal bestaande regelingen die in diverse Koninklijke besluiten of besluiten van de Vlaamse Regering zijn opgenomen, in één nieuw besluit over te nemen. Hierbij worden de bestaande rechten op verlof hernomen en nog niet bestaande nieuwe rechten ingeschreven.

Om die reden is het recht op de vier werkdagen opnieuw ingeschreven. Het sluit aan bij de bestaande (ambtenaren)regeling en bij de toen gevolgde werkwijze.

.../...

Besluit

Een bestaand en aanvaard onderscheid blijft behouden en dit om dezelfde reden als vroeger".

Artikel 24, § 4, van de Grondwet, dat voor onderwijszaken de beginselen inzake gelijkheid en niet-discriminatie bevestigt, bepaalt onder meer dat alle personeelsleden gelijk zijn voor de wet of het decreet en dat de wet en het decreet rekening dienen te houden met objectieve verschillen, waaronder de eigen karakteristieken van iedere inrichtende macht, die een aangepaste behandeling verantwoorden. Dit houdt volgens het Grondwettelijk Hof in dat de gelijke behandeling van personeelsleden het uitgangspunt is³. Een verschillende behandeling tussen bepaalde categorieën van personeelsleden is evenwel mogelijk, voor zover dat verschil op een objectief criterium berust en het redelijk verantwoord is.

Voor het verschil in behandeling dat uit artikel 2 van het ontwerp blijkt, zal bijgevolg een verantwoording geboden moeten kunnen worden. Een loutere verwijzing naar een historisch gegroeide situatie volstaat daartoe echter niet.

Artikel 12

Duidelijkheidshalve kan in artikel 12 van het ontwerp beter worden geschreven:

"Het borstvoedingsverlof dat aanvangt vóór 1 april 2009 wordt behandeld overeenkomstig de bepalingen die golden vóór die datum".

Artikel 14

Artikel 14 van het ontwerp luidt:

"Het vaderschapsverlof genoten door tijdelijke personeelsleden in de periode van 1 september 1999 tot en met 31 maart 2009 wordt geacht in overeenstemming te zijn met de bepalingen van dit besluit".

⁽³⁾ Zie o.m. Grondwettelijk Hof, nr. 87/2002, 8 mei 2002, B.3.3.

De gemachtigde heeft verklaard dat er geen directe en concrete aanleiding is voor het opnemen van deze bepaling in het ontwerp. De bedoeling ervan zou zijn te vermijden dat alsnog problemen over de vroegere regeling opduiken. Hij lichtte dit als volgt toe:

"Het artikel heeft zeker niet de bedoeling om de beslissingen in verband met het vaderschapsverlof genoten door tijdelijke personeelsleden te onttrekken aan de rechterlijke controle. Op grond van de informatie waarover ik beschik, ken ik geen gerechtelijke dossiers noch juridische betwistingen in dit verband.

Het vaderschapsverlof bestaat al voor tijdelijke personeelsleden omdat zij voor deze vorm van verlof een recht putten uit het koninklijk besluit van 17 oktober 1994 betreffende de omzetting van het moederschapsverlof in vaderschapsverlof bij overlijden of hospitalisatie van de moeder. Het werd in de praktijk dan ook al aan de tijdelijke personeelsleden toegestaan maar - bij ontstentenis van regelgeving - niet aan vastbenoemde personeelsleden. Het voorliggende ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering regelt deze kwestie voor de vastbenoemde en voor de tijdelijke personeelsleden op een eenvormige wijze. Het ontwerp wil - voor de tijdelijken - niet ingrijpen op toegestane dienstonderbrekingen maar het wil hierover ook geen twijfel doen rijzen. Indien de regeling voor de tijdelijke ook zou terugwerken tot 1 september 1999 willen wij vermijden dat er met terugwerkende kracht onduidelijkheid zou bestaan over de wijze waarop deze vorm van verlof in het verleden zou zijn toegekend. De bedoeling van het artikel is juist om dit te vermijden. Het heeft dus eerder een bewarend karakter waarbij aan de betrokkenen een vorm van rechtszekerheid wordt gegeven voor een dienstonderbreking die hen in het verleden is toegekend".

De draagwijdte en de precieze bedoeling van die bepaling is desondanks niet duidelijk. De regeling voor het vaderschapsverlof in de artikelen 7 tot 9 van het ontwerp is grotendeels overgenomen van het koninklijk besluit van 17 oktober 1994 betreffende de omzetting van moederschapsverlof in vaderschapsverlof bij overlijden of bij hospitalisatie van de moeder. De gemachtigde heeft bevestigd dat dit koninklijk besluit - een algemene regeling in het kader van het arbeidsrecht genomen ter uitvoering van artikel 39 van de federale arbeidswet van 16 maart 1971 - in het onderwijs wordt toegepast voor zover er niet door specifieke onderwijsregelgeving van wordt afgeweken. In dit opzicht is niet duidelijk waarom het noodzakelijk wordt geacht om voor de tijdelijken inzonderheid het vaderschapsverlof genoten "in de periode van 1 september 1999 tot en met 31 maart 2009" in overeenstemming te verklaren "met de bepalingen van dit besluit", dat wil zeggen met een regeling die in die periode niet van toepassing was. De bepalingen van dit besluit treden immers in werking nà 31 maart 2009, met name op 1 april 2009, zodat aan de tijdelijke personeelsleden bedoeld in artikel 14 van het ontwerp vaderschapsverlof is verleend, niet op grond van de bepalingen van dit besluit doch wel, luidens de verklaring van de gemachtigde, op grond van het koninklijk besluit van

.../...

17 oktober 1994. Dat koninklijk besluit van 17 oktober 1994 is in werking getreden op 9 november 1994 zodat evenmin duidelijk is waarom slechts de vaderschapsverloven verleend sedert 1 september 1999 in overeenstemming worden verklaard.

Artikel 15

Alle bepalingen van de ontworpen regeling hebben terugwerkende kracht. In dat verband moet worden opgemerkt dat het verlenen van terugwerkende kracht aan besluiten slechts onder bepaalde voorwaarden toelaatbaar kan worden geacht.

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 zoverre de retroactiviteit noodzakelijk is voor de goede werking van de diensten 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 kamer was samengesteld uit

de Heren	M. VAN DAMME,	kamervoorzitter,
	J. BAERT, W. VAN VAERENBERGH,	staatsraden,
	M. RIGAUX, M. TISON,	assessoren van de afdeling Wetgeving,
Mevrouw	G. VERBERCKMOES,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de H. R. AERTGEERTS, eerste auditeur-afdelingshoofd.

DE GRIFFIER,

DE VOORZITTER,

G. VERBERCKMOES

M. VAN DAMME