

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 51.286/1
VAN 15 MEI 2012

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

DE RAAD VAN STATE, afdeling Wetgeving, eerste kamer, op 24 april 2012 door de Vlaamse minister van Onderwijs, Jeugd, Gelijke Kansen en Brussel verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘betreffende het bevallingsverlof voor bepaalde personeelsleden van het onderwijs’, heeft het volgende advies gegeven:

STREKKING EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

1. Het om advies voorgelegde ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering bevat een nieuwe regeling betreffende het bevallingsverlof voor bepaalde personeelsleden van het onderwijs. Op die wijze wordt voor die personeelsleden een correcte toepassing van de artikelen 39 en 39bis van de arbeidswet van 16 maart 1971 (hierna: arbeidswet) beoogd, inzonderheid met betrekking tot de verlofweken van postnatale rust. De ontworpen regeling is van toepassing op de personeelsleden die onder de rechtspositiedecreten vallen, de leden van de inspectie en de personeelsleden van de Centra voor Basiseducatie. De twee bestaande besluiten met betrekking tot het bevallingsverlof voor het niet-hoger onderwijs worden opgeheven.¹ Het ontworpen besluit heeft uitwerking met ingang van 1 januari 2012, met uitzondering van artikel 2, § 2, eerste en tweede lid, dat van toepassing is op alle zwangerschappen met een bevallingsdatum vanaf 1 januari 2010.

2.1. Rechtsgrond voor het ontwerp wordt op algemene wijze geboden door de decretale bepalingen waaraan wordt gerefereerd in het tweede tot het zesde lid van de aanhef van het ontwerp.

2.2. Artikel 4, § 2, van het ontwerp, dat betrekking heeft op de bezoldiging van het personeel tijdens het bevallingsverlof, vindt specifiek rechtsgrond in artikel IX.3 van het decreet van 13 juli 2001 ‘betreffende het onderwijs-XIII-Mozaïek’, dat luidt:

“De Vlaamse regering bepaalt de wijze waarop het salaris van de personeelsleden wordt vastgesteld.

Bij het vaststellen van het salaris van een personeelslid kan, naast de salarisschaal, rekening worden gehouden met de andere activiteiten die het personeelslid uitoefent of heeft uitgeoefend, zowel in als buiten het onderwijs. De Vlaamse regering bepaalt de wijze waarop met deze elementen rekening wordt gehouden voor het vaststellen van het salaris van een personeelslid. Zij bepaalt eveneens de wijze waarop met het volume van de geleverde prestaties rekening wordt gehouden.”

2.3. In het eerste lid van de aanhef van het ontwerp wordt verwezen naar de artikelen 39 en 39bis van de arbeidswet. Die artikelen bieden als zodanig geen rechtsgrond voor de ontworpen regeling. Aangezien aan die artikelen reeds wordt gerefereerd in artikel 2 van het

¹ Meer bepaald het besluit van de Vlaamse Regering van 22 juli 1993 ‘betreffende het bevallings- en borstvoedingsverlof voor de personeelsleden van het onderwijs en de centra voor leerlingenbegeleiding’ en het besluit van de Vlaamse Regering van 22 juli 1993 ‘betreffende het ziekte-, bevallings- en borstvoedingsverlof toegekend aan tijdelijk aangestelde personeelsleden van de onderwijsinstellingen, georganiseerd of gesubsidieerd door de Vlaamse Gemeenschap’.

ontwerp is, ter verduidelijking van de ontworpen regeling, een verwijzing ernaar in de aanhef van het ontwerp bovendien overbodig.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Aanhef

3. Rekening houdend met wat hiervoor is opgemerkt betreffende de rechtsgrond van het ontwerp, dient het eerste lid uit de aanhef te worden weggelaten en dient na het vierde lid (dat het derde lid wordt) een nieuw lid te worden toegevoegd waarin wordt verwezen naar artikel IX.3 van het decreet van 13 juli 2001.

Artikel 2

4. In artikel 2, § 1, eerste lid, schrijve men het woord “Arbeidswet” zonder hoofdletter en in artikel 2, § 1, tweede lid, vervange men “KB” door “koninklijk besluit”.

5.1. Artikel 2, § 2, eerste lid, bepaalt dat de omzetting van de laatste twee weken van de postnatale rustperiode in verlofdagen van postnatale rust, zoals vermeld in artikel 39, derde lid, van de arbeidswet, moet gebeuren in twee periodes van zeven aaneensluitende kalenderdagen, en dat die twee verlofweken van postnatale rust al dan niet kunnen aaneensluiten.

Artikel 7 van het ontwerp bepaalt dat die regeling van toepassing is op alle zwangerschappen met een bevallingsdatum vanaf 1 januari 2010.

5.2. Daargelaten de vraag of de terugwerkende kracht van de regeling opgenomen in artikel 2, § 1, eerste lid, van het ontwerp, toelaatbaar kan worden geacht, rijst de vraag of de Vlaamse Gemeenschap, op grond van haar bevoegdheid inzake onderwijs, een van artikel 39, derde lid, van de arbeidswet afwijkende regeling kan aannemen. Laatstgenoemde bepaling voorziet immers geenszins in de verplichting om de laatste twee weken van de postnatale rust om te zetten in twee periodes van zeven aaneensluitende kalenderdagen maar biedt de werkneemster integendeel de mogelijkheid om die weken om te zetten in verlofdagen van postnatale rust, waarbij deze verlofdagen moeten worden opgenomen “volgens een planning die door haar wordt vastgesteld”.

5.3. In dat verband dient eraan te worden herinnerd dat volgens een vaste adviespraktijk van de Raad van State, afdeling Wetgeving, de moederschapsbescherming tot de arbeidsrechtelijke aangelegenheden behoort waarvoor alleen de federale overheid bevoegd is, op grond van artikel 6, § 1, VI, vijfde lid, 12°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’. Zo stelde de afdeling Wetgeving in advies 48.114-48.115/AV van 6 juli 2010,² onder verwijzing naar de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof en vroegere in algemene vergadering gewezen adviezen, het volgende:

“Uit vroegere en latere rechtspraak van het Grondwettelijk Hof, waarin de bevoegdheid van de federale overheid wordt erkend om, althans op het vlak van het arbeidsrecht, algemene - transversale - regelingen vast te stellen die, precies wegens hun algemeen karakter, ook van toepassing zijn op het onderwijspersoneel ⁽⁵⁾, blijkt dat met betrekking tot sommige arbeidsrechtelijke aangelegenheden door de gemeenschappen in beginsel geen specifieke regeling tot stand kan worden gebracht op grond van hun onderwijsbevoegdheid ⁽⁶⁾. Ook de algemene vergadering van de Raad van State, afdeling Wetgeving, heeft geoordeeld, uitgaande van voormelde rechtspraak van het Grondwettelijk Hof, dat "er regelingen bestaan die ook op de [personeelsleden van de gewesten en gemeenschappen en van het onderwijs] van toepassing zijn, en die deel uitmaken van het arbeidsrecht, zoals onder meer de regelingen inzake de loonbescherming, het welzijn op het werk of de moederschapsbescherming.”⁽⁷⁾”

5.4. Uit hetgeen voorafgaat volgt dat de Vlaamse Regering onbevoegd is om de bepaling opgenomen in artikel 2, § 2, eerste lid, van het ontwerp aan te nemen. Die bepaling dient

² Advies 48.114-48.115/AV van 6 juli 2010 over een ontwerp van koninklijk besluit ‘tot wijziging van het koninklijk besluit van 21 april 1975 tot oprichting en tot vaststelling van de benaming en van de bevoegdheid van het Paritair Comité voor de gesubsidieerde inrichtingen van het vrij onderwijs’ (48.114/AV) en een ontwerp van koninklijk besluit ‘tot wijziging van het koninklijk besluit van 20 december 1989 tot oprichting en tot vaststelling van de benaming en de bevoegdheid van het Paritair Comité voor de bedienden van de inrichtingen van het gesubsidieerd vrij onderwijs en tot vaststelling van het aantal leden ervan’ (48.115/AV).

⁽⁵⁾ (Voetnoot 5 van het advies). Zo was het Grondwettelijk Hof van oordeel dat de onderwijsbevoegdheid van de gemeenschappen niet de bevoegdheid omvat om af te wijken van strafrechtelijke bepalingen van het arbeidsrecht die zonder onderscheid voor alle werknemers gelden, zoals die van artikel 3 van de wet van 12 april 1965 betreffende de bescherming van het loon van werknemers (GwH, nr. 6/93, 27 januari 1993, 2.B.3-2.B.4) en dat ook aan de wet van 4 augustus 1996 betreffende het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk een algemeen beschermende draagwijdte moet worden toegekend (GwH, nr. 65/2005, 23 maart 2005, B.11-B.14, en GwH, nr. 147/2006, 28 september 2006, B.9.1).

⁽⁶⁾ (Voetnoot 6 van het advies). Behoudens indien toepassing wordt gemaakt van artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980.

⁽⁷⁾ (Voetnoot 7 van het advies). Advies 40.689/AV-40.690/AV-40.691/AV van 11 juli 2006 over een voorontwerp van wet “tot wijziging van de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme en xenofobie ingegeven daden” (40.689/AV), een voorontwerp van wet “ter bestrijding tegen discriminatie tussen vrouwen en mannen” (40.690/AV) en een voorontwerp van wet “ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie” (40.691/AV), *Parl. St.*, Kamer, 2006-2007, nr. 51-2720/1, 91.

bijgevolg uit het ontwerp te worden weggelaten. In voorkomend geval kan die bepaling wel worden aangenomen door de decreetgever, met toepassing van de in artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 bedoelde impliciete bevoegdheden. Op grond van die impliciete bevoegdheden kan de bevoegdheid van een andere overheid worden betreden voor zover zulk noodzakelijk kan worden geacht voor de uitoefening van de eigen bevoegdheid, de aangelegenheid zich tot een gedifferentieerde regeling leent en de weerslag van de betrokken bepalingen op die aangelegenheid slechts marginaal is.³

Artikel 5

6.1. Artikel 5 van het ontwerp bepaalt dat de bevallingsverloven die toegekend zijn vóór de datum van inwerkingtreding van dit besluit, geacht worden in overeenstemming te zijn met de bepalingen van dit besluit. Het is niet duidelijk wat de precieze bedoeling en draagwijdte is van die bepaling.

6.2. Hierover ondervraagd door de auditeur-verslaggever, heeft de gemachtigde het volgende verklaard:

“Artikel 5 is ingevoegd om een bepaalde situaties die niet expliciet in de regelgeving werden opgenomen, een juridische draagkracht te geven. De bepaling vermeld in artikel 2, § 1, tot gelijkstelling van sommige verlofperiodes, was tot 31/12/2011 niet expliciet vastgelegd in de wetgeving. De Vlaamse overheid heeft daarover altijd een duidelijk standpunt ingenomen en een duidelijke communicatie gevoerd. In dit ontwerp van besluit wordt deze situatie, op vraag van de onderhandelingspartners, duidelijk vastgelegd met ingang van 1 januari 2012 maar de situatie voor 1 januari 2012 was strenger en bijgevolg minder voordelig voor de personeelsleden dan de regeling die in bijgaand ontwerp is opgenomen. In alle gevallen is in de praktijk echter in alle dossiers een eenvormige werkwijze toegepast. Sinds 1 januari 2012 wordt in alle gevallen de soepelere regeling toegepast op basis van de bepaling in artikel 2, § 1.

Het artikel heeft zeker niet de bedoeling om de beslissingen in verband met de bevallingsverloven te onttrekken aan de rechterlijke controle. Op grond van de informatie waarover ik beschik, is geen enkel gerechtelijk dossier noch juridische betwisting in dit verband, gekend.

Aan het ontwerp terugwerkende kracht geven tot een datum vóór 1 januari 2012 zou betwistingen uitlokken over de bevallingsverloven die op grond van de vroegere interpretatie anders zijn toegepast. Het ontwerp wil niet ingrijpen op vroegere toegestane bevallingsverloven maar het wil hierover ook geen twijfel doen rijzen. De bedoeling van

³ Vaste rechtspraak van het Grondwettelijk Hof, zie onder meer GwH, nr. 91/2010, 29 juli 2010, B.3.3.

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 over een dienstonderbreking die hen in het verleden werd toegekend.”

Uit de nota aan de Vlaamse Regering van 20 april 2012 kan nog worden afgeleid dat artikel 5 verband houdt met het feit “dat er onduidelijkheid was in onze regelgeving, omdat we soms wel en soms niet de bepalingen van de arbeidswet en de uitvoeringsbesluiten van de wet in het besluit van de Vlaamse Regering overnamen. Alleszins is het zo dat de betrokken bepalingen moeten toegepast worden, wat in het verleden niet altijd correct gebeurd is”.

6.3. Vastgesteld moet worden dat genoemde toelichting geen volledige duidelijkheid schept betreffende de precieze rechtsgevolgen van artikel 5 van het ontwerp. Zo is het bijvoorbeeld niet duidelijk waarom het noodzakelijk wordt geacht om de bevallingsverloven toegekend vóór de inwerkingtreding van dit besluit in overeenstemming te verklaren met dit besluit, dat wil zeggen met een regeling die op het ogenblik van de toekenning van die verloven niet van toepassing was. Dit besluit treedt immers in werking op 1 januari 2012, zodat de verloven die vóór die datum zijn toegekend, zijn verleend op grond van de regeling die op dat ogenblik van toepassing was. Evenmin is het duidelijk tot welke datum in het verleden artikel 5 van het ontwerp reikt.

6.4. Indien het nodig wordt geacht rechtszekerheid te creëren met betrekking tot bepaalde in het verleden genomen beslissingen omtrent de toekenning van bevallingsverlof, lijkt de bepaling opgenomen in artikel 5 van het ontwerp daartoe in elk geval niet dienstig te zijn. Het verdient dan ook aanbeveling om, wat die bevallingsverloven betreft, een bepaling in het ontwerp op te nemen die nauwer aansluit bij de werkelijke bedoeling ervan, bijvoorbeeld in de vorm van een overgangsregeling of een specifieke regeling van inwerkingtreding van het gehele ontwerp of van bepaalde onderdelen ervan. Voor zover op die wijze terugwerkende kracht zou worden verleend aan alle of sommige bepalingen van het ontwerp tot een datum gelegen vóór 1 januari 2012, geldt *mutatis mutandis* dezelfde opmerking als die welke hierna bij artikel 7 van het ontwerp wordt gemaakt.

Artikel 7

7.1. Artikel 7 van het ontwerp bepaalt dat het besluit in werking treedt op 1 januari 2012, met uitzondering van artikel 2, § 2, eerste en tweede lid, dat van toepassing is op alle zwangerschappen met een bevallingsdatum vanaf 1 januari 2010.

Het is bekend dat het verlenen van terugwerkende kracht aan besluiten slechts onder bepaalde voorwaarden toelaatbaar is, namelijk ingeval voor de retroactiviteit een wettelijke machtiging 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 erdoor, 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.

7.2. Zoals opgemerkt onder 5.2 dient artikel 2, § 2, eerste lid, uit het ontwerp te worden weggelaten, zodat thans niet meer wordt ingegaan op de vraag of de terugwerkende kracht van die bepaling toelaatbaar is. In artikel 7 van het ontwerp dient de verwijzing naar artikel 2, § 2, eerste lid, dan ook te worden geschrapt.

Artikel 2, § 2, tweede lid, van het ontwerp herneemt de regeling opgenomen in artikel 1 van het koninklijk besluit van 14 april 2009 ‘tot uitvoering van artikel 39, derde lid, laatste zin, van de arbeidswet van 16 maart 1971’, dat in werking is getreden op 1 april 2009. Aangezien die regeling in elk geval op de betrokken personeelsleden van toepassing was vanaf genoemde datum, dient voor artikel 2, § 2, tweede lid, van het ontwerp in dezelfde datum van inwerkingtreding te worden voorzien, teneinde geen twijfel te doen rijzen nopens de precieze ingangsdatum van die regeling. In artikel 7 dient dan ook melding te worden gemaakt van de datum van 1 april 2009, wat de inwerkingtreding van artikel 2, § 2, tweede lid betreft, en niet van “de zwangerschappen met een bevallingsdatum vanaf 1 januari 2010”.

Voor zover is voldaan aan één van de hiervoor vermelde voorwaarden waaronder terugwerkende kracht kan worden aanvaard, kan de terugwerkende kracht tot 1 januari 2012 voor de overige bepalingen van het ontwerp worden gebillijkt.

De kamer was samengesteld uit

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

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

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

M. VERSCHRAEGHEN

M. VAN DAMME