



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 60.148/1
van 24 oktober 2016

over

een voorontwerp van decreet van de Vlaamse Gemeenschap en
het Vlaamse Gewest 'houdende de implementatie van de zesde
staatshervorming en houdende diverse bepalingen met
betrekking tot het beleidsdomein Werk en Sociale Economie'

Op 21 september 2016 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Werk, Economie, Innovatie en Sport verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een voorontwerp van decreet van de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest 'houdende de implementatie van de zesde staatshervorming en houdende diverse bepalingen met betrekking tot het beleidsdomein Werk en Sociale Economie'.

Het voorontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 13 oktober 2016. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Wilfried VAN VAERENBERGH en Patricia DE SOMERE, staatsraden, Marc RIGAUX en Michel TISON, assessoren, en Greet VERBERCKMOES, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Jonas RIEMSLAGH, auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 24 oktober 2016.

*

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 rechtsgrond¹, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING VAN HET ONTWERP

2. Het om advies voorgelegde voorontwerp van decreet strekt ertoe diverse wijzigingen aan te brengen in bestaande wetten en decreten met het oog op de implementatie van de Zesde Staatshervorming wat betreft het beleidsdomein Werk en Sociale Economie.

Het ontwerp bevat wijzigingen aan of de opheffing van bepalingen van de besluitwet van 28 december 1944 ‘betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders’ (hoofdstuk 2), de wet van 19 februari 1965 ‘betreffende de uitoefening van zelfstandige beroepsactiviteiten der vreemdelingen’ (hoofdstuk 3), de organieke wet van 8 juli 1976 ‘betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn’ (hoofdstuk 4), de herstellwet van 22 januari 1985 ‘houdende sociale bepalingen’ (hoofdstuk 5), de wet van 30 april 1999 ‘betreffende de tewerkstelling van buitenlandse werknemers’ (hoofdstuk 6), de wet van 20 juli 2001 ‘tot bevordering van buurtdiensten en -banen’ (hoofdstuk 7), het decreet van 30 april 2004 ‘houdende sociaalrechtelijk toezicht’ (hoofdstuk 8), het decreet van 7 mei 2004 ‘tot oprichting van het publiekrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigd agentschap ‘Vlaamse Dienst voor Arbeidsbemiddeling en Beroepsopleiding’ (hoofdstuk 9), het decreet van 7 mei 2004 ‘betreffende het statuut, de werking, de taken en de bevoegdheden van de erkende regionale samenwerkingsverbanden, de sociaal-economische raden van de regio en de regionale sociaal-economische overlegcomités’ (hoofdstuk 10) en het Sociaal Strafwetboek (hoofdstuk 11). Het aan te nemen decreet treedt in werking op 1 januari 2017, met uitzondering van hoofdstuk 10 dat in werking treedt op 1 september 2016 (hoofdstuk 12).

BEVOEGDHEID

3.1. Artikel 1 van het ontwerp bepaalt dat het ontworpen decreet een gemeenschaps- en gewestaangelegenheid regelt. Naar het oordeel van de Raad van State, afdeling Wetgeving, kan de bevoegdheidsrechtelijke grondslag van het ontwerp worden gesitueerd in de hierna volgende bepalingen van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’ (hierna: BWHI):

- hoofdstuk 2 van het ontwerp kadert binnen de gewestbevoegdheid inzake de plaatselijke werkgelegenheidsagentschappen, zoals bedoeld in artikel 6, § 1, IX, 11°, BWHI;

¹ Aangezien het om een voorontwerp van decreet gaat, wordt onder “rechtsgrond” de overeenstemming met hogere rechtsnormen verstaan.

- hoofdstukken 3, 6 en 11 betreffen de gewestbevoegdheid inzake de tewerkstelling van buitenlandse arbeidskrachten zoals vervat in artikel 6, § 1, IX, 3°, BWHI;

- hoofdstuk 4 heeft betrekking op de gewestbevoegdheid inzake de tewerkstelling van personen die het recht op maatschappelijke integratie of het recht op financiële maatschappelijke hulp genieten, bedoeld in artikel 6, § 1, IX, 2°/1, BWHI;

- hoofdstuk 5 bevat bepalingen inzake loopbaanonderbreking en het stelsel van het betaald educatief verlof. De bepalingen inzake loopbaanonderbreking (artikelen 21 en 22 van het ontwerp) betreffen het overheidspersoneel van de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest en behoren op grond van artikel 87, §§ 1 en 3, BWHI tot de bevoegdheid van deze overheden. De bepalingen inzake het betaald educatief verlof (artikelen 23 tot 25) hebben betrekking op de gewestbevoegdheid bedoeld in artikel 6, § 1, IX, 10°, BWHI;

- hoofdstuk 7 betreft de gewestbevoegdheid inzake dienstencheques bedoeld in artikel 6, § 1, IX, 8°, BWHI;

- hoofdstuk 9 bevat bepalingen die betrekking hebben op de gewestbevoegdheid inzake arbeidsbemiddeling (artikel 6, § 1, IX, 1°, BWHI) en de gemeenschapsbevoegdheid inzake beroepsopleiding (artikel 4, 16°, BWHI);

- de bepalingen van de hoofdstukken 8 en 10 kunnen worden betrokken op een of meer van de hiervoor reeds aangehaalde bevoegdheden.

3.2. Artikel 26 van het ontwerp voegt aan artikel 3 van de wet van 30 april 1999 ‘betreffende de tewerkstelling van buitenlandse werknemers’ een lid toe dat luidt:

“Deze wet is niet van toepassing op de buitenlandse werknemers die toegelaten zijn tot de arbeidsmarkt op grond van hun specifieke verblijfssituatie.”

In de memorie van toelichting wordt verduidelijkt dat deze bepaling is ingegeven door de bevoegdheidsverdeling zoals vervat in artikel 6, § 1, IX, 3°, BWHI, op grond waarvan de gewesten bevoegd zijn voor “de tewerkstelling van buitenlandse arbeidskrachten, met uitzondering van de normen betreffende de arbeidskaart afgeleverd in het kader van de specifieke verblijfssituatie van de betrokken personen en de vrijstellingen van beroepskaarten verbonden aan de specifieke verblijfssituatie van de betrokken personen”. Voor deze uitzonderingscategorie is de federale overheid bevoegd gebleven.

Spijts deze verduidelijking, dient te worden opgemerkt dat het enkel aan de bevoegde federale overheid toekomt om te bepalen welke regeling al dan niet van toepassing is op de buitenlandse werknemers die zich in een specifieke verblijfssituatie bevinden. Artikel 26 dient dan ook uit het ontwerp te worden weggelaten.

VORMVEREISTEN

4. Artikel 11, tweede lid, BWHI bepaalt dat het eensluidend advies van de Ministerraad is vereist voor iedere beraadslaging in de Gemeenschaps- of Gewestregering over

een voorontwerp van decreet waarin een straf of een strafbaarstelling is opgenomen waarin Boek I van het Strafwetboek niet voorziet.

De straffen bepaald in het ontworpen artikel 13/3 van de wet van 19 februari 1965 ‘betreffende de uitoefening van zelfstandige beroepsactiviteiten der vreemdelingen’ (artikel 15 van het ontwerp) en in de ontworpen artikelen 12, § 2, 12/1, § 2, 12/2, § 2, 12/3, § 2, 12/5 en 12/6 van de wet van 30 april 1999 ‘betreffende de tewerkstelling van buitenlandse werknemers’ (artikelen 28, 29, 30, 31, 33 en 34 van het ontwerp), zouden als straffen in de zin van die bijzondere wetsbepaling kunnen worden beschouwd.

In zoverre de ontworpen bepalingen er evenwel enkel toe strekken om, in het kader van een aan de gewesten overgedragen materie, de straffen waarin binnen die materie voorheen ook op het federale niveau werd voorzien (zie de artikelen 106, 107 en 175 van het Sociaal Strafwetboek) over te nemen, kan worden aangenomen dat er geen sprake is van een nieuwe straf en dat bijgevolg het eensluidend advies van de Ministerraad niet vereist is.

5. Luidens artikel 4, eerste lid, van het decreet van 20 januari 2012 ‘houdende een vernieuwd jeugd- en kinderrechtenbeleid’ wordt bij elk ontwerp van decreet dat wordt ingediend bij het Vlaams Parlement, een kind- en jongereneffectrapport, afgekort JoKER, gevoegd, als de voorgenomen beslissing het belang van personen jonger dan vijftientig jaar rechtstreeks raakt.

Luidens artikel 1 van het besluit van de Vlaamse Regering van 12 december 2008 ‘tot instelling van een kind- en jongere-effectrapport’ kan een voorontwerp van decreet waarvoor de verplichting geldt, bedoeld in artikel 4 van het decreet van 20 januari 2012, door de Vlaamse Regering enkel worden goedgekeurd als het vergezeld is van een kind- en jongereneffectrapport dat is opgesteld overeenkomstig de bepalingen van het decreet. De minister, bevoegd voor de coördinatie van de rechten van het kind, verstrekt daartoe een methodiek en ziet toe op de naleving van de kind- en jongereneffectrapportageverplichting. Wanneer een reguleringssimpactanalyse wordt gemaakt, wordt het kind- en jongereneffectrapport geïntegreerd in deze reguleringssimpactanalyse.

Uit de aan de Raad van State, afdeling Wetgeving, bezorgde stukken, blijkt niet dat een kind- en jongereneffectenrapport werd opgemaakt, wat wordt bevestigd door de gemachtigde.

De gemachtigde verantwoordde het gegeven dat geen kind- en jongereneffectenrapport werd opgemaakt als volgt:

“Sinds 2013 is de opmaak van het JoKER binnen de Vlaamse overheid volledig geïntegreerd in de reguleringssimpactanalyse (RIA), hetgeen als gevolg heeft dat de JoKER-verplichting zich maar stelt als een RIA moet worden opgemaakt.”

Allicht verwijst de gemachtigde hiermee naar omzendbrief VR 2014/13 van 14 maart 2014 betreffende ‘Regelgevingsagenda, reguleringssimpactanalyse en compensatieregulering administratieve lasten’ waarin wordt gesteld:

“Voor de beoordeling van de toepassing van deze verplichting gelden ook de RIA-uitzonderingsgronden. Er kan dus geen JoKER worden opgemaakt wanneer niet tegelijkertijd een RIA wordt opgemaakt.”

Het ontwerp bevat bepalingen die rechtstreeks het belang van personen jonger dan vijftientig jaar kunnen raken (zie bijvoorbeeld artikel 53 van het ontwerp). Over dergelijke bepalingen dient een kind- en jongereneffectenrapport te worden opgemaakt, en dit op grond van artikel 4, eerste lid, van het decreet van 20 januari 2012 en artikel 1 van het besluit van de Vlaamse Regering van 12 december 2008. Hiervan kan niet worden afgeweken middels een omzendbrief. Uit artikel 1 van het besluit van de Vlaamse Regering van 12 december 2008 blijkt bovendien *a contrario* dat ook in het geval geen RIA-analyse voorhanden is, een kind- en jongereneffectrapport moet worden opgesteld.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

ALGEMENE OPMERKINGEN

6. Het ontwerp bevat diverse bepalingen inzake het toezicht, de controle en de sanctionering in de betrokken aangelegenheden. Daarbij wordt ook het decreet van 30 april 2004 ‘houdende sociaalrechtelijk toezicht’ gewijzigd (hoofdstuk 8 van het ontwerp). De artikelen 6, § 1, 6°, 6/1, 6/2 en 7, 2°, van dat decreet betreffen het verhoor door de sociaalrechtelijke inspecteur.

De vraag rijst of deze bepalingen van het decreet van 30 april 2004 volledig in overeenstemming zijn met richtlijn 2013/48/EU van het Europees Parlement en de Raad van 22 oktober 2013 ‘betreffende het recht op toegang tot een advocaat in strafprocedures en in procedures ter uitvoering van een Europees aanhoudingsbevel en het recht om een derde op de hoogte te laten brengen vanaf de vrijheidsbeneming en om met derden en consulaire autoriteiten te communiceren tijdens de vrijheidsbeneming’, waarvan de omzettingstermijn op 27 november 2016 verstrijkt.

De Raad van State, afdeling Wetgeving, heeft in advies 59.547/3 over een voorontwerp van wet ‘betreffende bepaalde rechten van personen die worden verhoord’, dat er (onder meer) toe strekt richtlijn 2013/48/EU om te zetten in het interne recht, het volgende gesteld:²

“6. In het ontworpen artikel 47*bis*, § 2, 1)^[...], van het Wetboek van Strafvordering wordt de verplichte bijstand door een advocaat beperkt tot de verhoren betreffende misdrijven waarvoor een vrijheidsstraf kan worden opgelegd. Voor die beperking wordt weliswaar ruimte gelaten in artikel 2, lid 4, van richtlijn 2013/48/EU, maar de wetgever zal toch dienen na te gaan of ze in elk geval waarin geen vrijheidsstraf kan worden opgelegd, dient te worden gehandhaafd, mede gelet op de soms hoge geldboeten die in dit geval kunnen worden opgelegd,³ dan wel of ze dient te worden beperkt tot bepaalde categorieën van misdrijven.⁴”

² Adv.RvS 59.547/3 van 11 juli 2016, *Parl.St.* Kamer 2015-16, nr. 2030/1, p. 134-135.

³ Voetnoot 16 uit het geciteerde advies: Zie bijvoorbeeld een aantal strafbepalingen uit financieel-economische wetgeving, zoals artikel 41 van de wet van 11 januari 1993 “tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld en de financiering van terrorisme”.

⁴ Voetnoot 17 uit het geciteerde advies: Vgl. in dit verband met considerans 17 bij die richtlijn, naar luid waarvan voor lichte strafbare feiten waarvoor geen vrijheidsstraf kan worden opgelegd, zoals lichte verkeersovertredingen,

In de memorie van toelichting bij dat voorontwerp wordt gesteld:⁵

“Aldus hebben personen die worden ondervraagd over feiten die ten laste kunnen worden gelegd en die een misdrijf betreffen waarvan de straf minder dan 1 jaar gevangenisstraf betreft, dit recht niet. Dit onderscheid kan echter niet meer worden weerhouden. De door de Belgische wetgever gehanteerde drempel van 1 jaar gevangenisstraf is strijdig met de bepalingen van de richtlijn 2013/48/EU. Weliswaar stelt artikel 2, § 4, b) dat de richtlijn niet van toepassing is met betrekking tot lichte feiten, maar de richtlijn vult deze in als zijnde feiten:

a) waarvoor krachtens de wet van een lidstaat een sanctie door een andere autoriteit dan een in strafzaken bevoegde rechtbank wordt opgelegd, en tegen het opleggen van deze sanctie beroep bij een dergelijke rechtbank, kan worden ingesteld, of kan worden verwezen naar een dergelijke rechtbank, of

b) waarvoor geen vrijheidsstraf kan worden opgelegd.

De bepalingen van de richtlijn worden wel van toepassing voor deze “lichte feiten” ingeval ze voor een in strafzaken bevoegde rechtbank zouden worden gebracht.

Maar de richtlijn is aldus van toepassing op feiten die strafbaar zijn met een vrijheidsbenemende straf, hoe gering deze ook mag zijn.

Dit betekent op Belgische niveau een enorme uitbreiding van de personen die onder het toepassingsgebied zullen vallen gelet op de bepalingen van ons Strafwetboek die stelselmatig verwijzen naar vrijheidsstraffen, ook al voorziet artikel 7 van ons Strafwetboek in de mogelijkheid tot het opleggen van verschillende alternatieve straffen: (...). Echter, de strafbaarstellingen zelf grijpen nog steeds terug naar de vrijheidsbenemende straf.”

Het is raadzaam dat de decreetgever de gelegenheid van het ontwerp te baat neemt om het decreet van 30 april 2004, voor zover als nodig, in overeenstemming te brengen met richtlijn 2013/48/EU.

7. Het ontwerp bevat diverse bepalingen die het verbod op discriminatie van werknemers en klanten bij het gebruik van zogenaamde ‘dienstencheques’ betreffen (zie de artikelen 41, 2°, 44 en 49, 2°, van het ontwerp).

In dat verband werd reeds door de SERV in zijn advies van 29 augustus 2016 het volgende opgemerkt:

“Er wordt een getrapte sanctie voor discriminatie door dienstenchequebedrijven voorzien. Het is vereist dat dienstencheque-ondernemingen zich ertoe verbinden om: (1) geen werknemers en klanten direct of indirect te discrimineren als vermeld in artikel 2 van het decreet van 8 mei 2002 houdende evenredige participatie op de arbeidsmarkt; (2) geen prestaties te laten verrichten in een omgeving met onaanvaardbare risico's of gevaren voor de werknemers of in een omgeving waar de werknemers het slachtoffer zouden kunnen zijn van misbruiken of discriminatoire praktijken. De sociale partners gaan akkoord met (1), maar hebben vragen bij (2). De sociale partners vragen om een paragraaf toe te

lichte overtredingen van algemene gemeentelijke verordeningen en lichte overtredingen tegen de openbare orde, de richtlijn enkel van toepassing dient te zijn op procedures voor een in strafzaken bevoegde rechtbank wanneer voor die feiten geen vrijheidsstraf kan worden opgelegd.

⁵Parl.St. Kamer 2015-16, nr. 2030/1, p. 40-41.

voegen waarin wordt geëxpliciteerd onder welke voorwaarden een werkgever op de hoogte hoort te zijn van het feit dat een omgeving gevaar inhoudt dat werknemers het slachtoffer zouden kunnen zijn van misbruiken of discriminatoire praktijken. Is het voldoende dat de dienstencheque-onderneming, zoals vandaag reeds gebeurt, de klant in het contract laat ondertekenen dat hij/zij de werknemer niet zal misbruiken of discrimineren?”

Mede in het licht van het strafrechtelijke legaliteitsbeginsel is het aangewezen om ten aanzien van de ondernemingen de concrete verplichtingen te bepalen met betrekking tot het voorkomen van onaanvaardbare risico's of gevaren voor de werknemers of het risico van misbruiken of discriminatoire praktijken.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

Artikel 4

8. Het is niet duidelijk wat in het ontworpen artikel 2 van de wet van 19 februari 1965 wordt verstaan onder de “andere redenen” op grond waarvan de Vlaamse Regering aan bepaalde categorieën van vreemdelingen vrijstelling kan verlenen van de verplichting om in het bezit te zijn van een beroepskaart. Aangezien thans, in de huidige bepaling van voornoemd artikel 2, de gevallen waarin vrijstelling kan worden verleend limitatief worden opgesomd, verdient het aanbeveling om in de memorie van toelichting te verduidelijken waaruit de beoogde uitbreiding van de mogelijkheid tot het verlenen van een vrijstelling precies bestaat. Nu bevat de memorie geen enkele toelichting op dit punt.

Artikel 9

9. De steller van het ontwerp dient na te gaan of in het licht van de Zesde Staatshervorming, benevens paragraaf 3, niet eveneens paragraaf 2 van artikel 9 van de wet van 19 februari 1965 aanpassing behoeft. In die bepaling wordt nu immers nog verwezen, wat de aanwijzing van de leden van de Raad voor Economisch Onderzoek inzake Vreemdelingen betreft, naar “de rijksambtenaren van het eerste niveau” en naar het koninklijk besluit van 20 juli 1964 ‘betreffende de hiërarchische indeling van de graden waarvan de ambtenaren in de rijksbesturen kunnen titularis zijn’.

Artikel 19

10. Zowel in het ontworpen artikel 15/2, tweede en derde lid, van de wet van 19 februari 1965 ‘betreffende de uitoefening van zelfstandige beroepsactiviteiten der vreemdelingen’ (artikel 19 van het ontwerp) als in het ontworpen artikel 19, tweede en derde lid, van de wet van 30 april 1999 ‘betreffende de tewerkstelling van buitenlandse werknemers’ (artikel 40 van het ontwerp) wordt voorzien in de oprichting van een Adviescommissie voor Economische Migratie binnen de SERV, waarbij de opdracht van deze commissie wordt bepaald en de Vlaamse Regering wordt gemachtigd om de samenstelling en de werkingsregels te bepalen en de opdrachten ervan nader te bepalen.

Hierover om toelichting gevraagd, heeft de gemachtigde verklaard dat in het ontworpen artikel 15/2 van de wet van 19 februari 1965 het tweede en het derde lid het best worden geschrapt.

Met dit voorstel kan worden ingestemd. In de overblijvende bepaling van dat artikel 15/2 dient dan wel te worden verwezen naar “de Adviescommissie voor Economische Migratie bedoeld in artikel 19 van de wet van 30 april 1999 betreffende de tewerkstelling van buitenlandse werknemers”.

Artikel 22

11. Aangezien de regeling opgenomen in het ontworpen artikel 107, § 2, van de herstellwet van 22 januari 1985 ‘houdende sociale bepalingen’, wat de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest betreft, in de plaats komt van de regeling die thans is opgenomen in hetzelfde artikel 107, dient artikel 22 van het ontwerp te worden omgewerkt tot een bepaling waarbij dat artikel in zijn geheel wordt vervangen.⁶

Artikel 46

12. In het ontworpen artikel 2/1 van het decreet van 30 april 2004 ‘houdende sociaalrechtelijk toezicht’ wordt onder meer verwezen naar “artikel 175/1 van het Sociaal Strafwetboek”. De Raad van State, afdeling Wetgeving, heeft op 22 september 2016 advies 59.973/1 verleend over een voorontwerp van wet ‘tot invoeging van een artikel 175/1 in het Sociaal Strafwetboek’. Die wet is op heden nog niet tot stand gebracht. De verwijzing naar dat artikel kan dan ook slechts doorgang vinden voor zover die wet ook effectief tot stand komt.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Greet VERBERCKMOES

Marnix VAN DAMME

⁶ Vgl. met artikel 27 van het ontwerp.