RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 66.023/3
van 16 mei 2019

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot wijziging van het besluit van de Vlaamse Regering van 5 maart 2004 tot vaststelling van het statuut van de arrondissementscommissarissen en de adjunct-arrondissementscommissaris en het besluit van de Vlaamse Regering van 5 maart 2004 tot vaststelling van het statuut van de provinciegouverneurs en de adjunct van de gouverneur van de provincie Vlaams-Brabant, wat betreft de verlofregeling en andere bepalingen’

‡LW-BGFTODEEE-GGACDVT‡

Op 16 april 2019 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Binnenlands Bestuur, Inburgering, Wonen, Gelijke Kansen en Armoedebestrijding verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot wijziging van het besluit van de Vlaamse Regering van 5 maart 2004 tot vaststelling van het statuut van de arrondissementscommissarissen en de adjunct-arrondissementscommissaris en het besluit van de Vlaamse Regering van 5 maart 2004 tot vaststelling van het statuut van de provinciegouverneurs en de adjunct van de gouverneur van de provincie Vlaams-Brabant, wat betreft de verlofregeling en andere bepalingen’.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 14 mei 2019. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Jeroen VAN NIEUWENHOVE en Koen MUYLLE, staatsraden, en Astrid TRUYENS, griffier.

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

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 16 mei 2019.

*

‡LW-BGFTODEEE-GGACDVT‡

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 VAN HET ONTWERP

2. Het voor advies voorgelegde ontwerp van de Vlaamse Regering strekt ertoe het besluit van de Vlaamse Regering van 5 maart 2004 ‘tot vaststelling van het statuut van de arrondissementscommissarissen en de adjunct-arrondissementscommissaris’ (hierna: het besluit van de Vlaamse Regering van 5 maart 2004 (I)) en het besluit van de Vlaamse Regering van 5 maart 2004 ‘tot vaststelling van het statuut van de provinciegouverneurs en de adjunct van de gouverneur van de provincie Vlaams Brabant’ (hierna: het besluit van de Vlaamse Regering van 5 maart 2004 (II)) te wijzigen teneinde de rechtspositieregeling van de arrondissementscommissarissen, de adjunct-arrondissementscommissaris van het arrondissement Tongeren, de provinciegouverneurs en de adjunct van de gouverneur van de provincie Vlaams-Brabant in overeenstemming te brengen met gelijkaardige bepalingen in het besluit van de Vlaamse Regering van 13 januari 2006 ‘houdende vaststelling van de rechtspositie van het personeel van de diensten van de Vlaamse overheid’ (hierna: het Vlaams Personeelsstatuut),[1] hoofdzakelijk wat betreft de verlofregeling.

Zo wordt voor die personen het begrip “aangetekende brief” vervangen door het begrip “beveiligde zending” (artikelen 1, 4 tot 7, 30, 32 en 48 van het ontwerp), is voor de toegang tot de ambten van arrondissementscommissaris en provinciegouverneur niet langer vereist dat een kandidaat voldoet aan de dienstplichtwetten (artikelen 2 en 34), en is niet langer vereist dat elke selectieprocedure ten minste in het Belgisch Staatsblad wordt aangekondigd (artikelen 3 en 33). Voorts wordt bepaald dat de arrondissementscommissaris en de gouverneur geen recht hebben op de toelagen of inhaalrust voor prestaties buiten de normale arbeidstijdregeling (artikelen 8 en 35), wordt de duur van het vakantieverlof geregeld (artikelen 9 en 36), wordt de regeling van het opvangverlof bij adoptie of pleegvoogdij gewijzigd (artikelen 13 en 38) en wordt er voorzien in een pleegzorgverlof en een pleegouderverlof (artikelen 14 en 39). Ook de regeling van het verlof voor loopbaanonderbreking wordt gewijzigd om ze af te stemmen op de loopbaanonderbreking in het kader van een federaal zorgverlof (artikelen 15, 16, 40 en 41), er wordt in de mogelijkheid voorzien van een 1/5-loopbaanonderbreking voor palliatief en medisch bijstandsverlof en van een bijkomende verlenging van het palliatief verlof (artikelen 17, 18, 42 en 43), evenals van omstandigheidsverlof bij wettelijke samenwoning (artikelen 20 en 45). Ten slotte wordt een geboorteverlof ingevoerd (in plaats van het vaderschapsverlof), ongeacht de samenlevingsvorm waarin de afstamming tot stand is gekomen (artikelen 27 en 44) en wordt de regeling van de vervanging bij langdurige afwezigheid uitgebreid naar de waarneming van het vacante ambt (artikelen 28, 29, 46 en 47),

[1] In sommige gevallen wordt vooruit gelopen op nog door te voeren wijzigingen aan het Vlaams Personeelsstatuut, waarvoor volgens de gemachtigde een ontwerp in voorbereiding is.

‡LW-BGFTODEEE-GGACDVT‡

althans voor nieuwe aanstellingen vanaf de datum van inwerkingtreding van de ontworpen regeling (artikel 49, vierde lid).

Wat de arrondissementscommissarissen en de adjunct-arrondissementscommissaris van het arrondissement Tongeren betreft, wordt daarnaast in de mogelijkheid voorzien om moederschapsrust om te zetten in een meemoederschapsverlof, dat kan worden opgenomen naar aanleiding van het overlijden of de hospitalisatie van de biologische moeder van het kind (artikelen 10 tot 12), en wordt ambtshalve verlof voor opdracht toegekend in geval van de uitoefening van een opdracht binnen of buiten de diensten van de Vlaamse overheid op grond van een beslissing van de Vlaamse Regering (artikel 19). Tevens wordt de regeling inzake de dienstvrijstelling en het politiek verlof voor de arrondissementscommissarissen, met ingang van 1 januari 2019 (artikel 49, derde lid), aangepast aan de bepalingen van het decreet van 22 december 2017 ‘over het lokaal bestuur’, meer bepaald aan de integratie van het OCMW in de gemeente en aan de oprichting van het bijzonder comité voor de sociale dienst (artikelen 21 tot 26). Ten slotte wordt de regeling van de rechtsbijstand voor arrondissementscommissarissen die door derden gerechtelijk worden vervolgd, afgestemd op die voor de personeelsleden van de diensten van de Vlaamse overheid (artikel 31).

RECHTSGROND

3. Zoals vermeld in het eerste en het tweede lid van de aanhef, vindt het ontworpen besluit rechtsgrond in artikel 64, derde lid, van de wetten op het gebruik van de talen in bestuurszaken, gecoördineerd op 18 juli 1966, dat bepaalt dat de Koning (thans de Vlaamse Regering) de persoonlijke rechtstoestand van de commissaris-adjunct van de arrondissementscommissaris van Tongeren regelt, en in de artikelen 59, tweede lid, en 66, § 1, tweede lid, van het Provinciedecreet van 9 december 2005, luidens welke bepalingen de Vlaamse Regering het statuut van de provinciegouverneur vaststelt en de rechtspositie van de arrondissementscommissarissen regelt.

VORMVEREISTEN

4. De artikelen 15 tot 18 en 40 tot 43 van het ontwerp strekken ertoe wijzigingen aan te brengen in verschillende bepalingen van de rechtspositieregeling van de arrondissementscommissarissen, de adjunct-arrondissementscommissaris van het arrondissement Tongeren, de provinciegouverneurs en de adjunct van de gouverneur van de provincie Vlaams-Brabant die betrekking hebben op de specifieke stelsels van loopbaanonderbreking voorzien in de artikelen 9 tot 13 van het koninklijk besluit van 7 mei 1999 ‘betreffende de onderbreking van de beroepsloopbaan van het personeel van de besturen’.

Krachtens artikel 3 van het voormelde koninklijk besluit kan iedere rechtshandeling uitgaande van een niet-federale overheid die tot doel heeft bepalingen ervan van toepassing te maken op haar personeel, slechts uitwerking hebben wanneer daartoe het voorafgaandelijke akkoord van de federale Ministerraad is verkregen.

‡LW-BGFTODEEE-GGACDVT‡

Uit de verklaringen van de gemachtigde blijkt dat dit akkoord wel werd gevraagd, maar nog niet werd verleend.

De stellers van het ontwerp moeten erop toezien dat het voormelde akkoord, zonder hetwelk de artikelen 15 tot 18 en 40 tot 43 van het ontwerp geen uitwerking kunnen hebben, wordt verkregen en dat in de aanhef van het te nemen besluit wordt verwezen naar de datum ervan.

Indien de aan de afdeling Wetgeving voorgelegde tekst ten gevolge van het nog te verkrijgen akkoord wijzigingen zou ondergaan, moeten de gewijzigde bepalingen, ter inachtneming van het voorschrift van artikel 3, § 1, eerste lid, van de wetten op de Raad van State voor een nieuw onderzoek aan de afdeling Wetgeving worden voorgelegd.

ALGEMENE OPMERKINGEN

5.1. Het te nemen besluit treedt in beginsel in werking "op de eerste dag van de maand die volgt op de datum van goedkeuring ervan", met dien verstande dat de artikelen 28, 29, 46 en 47 enkel voor nieuwe aanstellingen vanaf deze datum in werking treden (artikel 49, eerste en vierde lid, van het ontwerp).

Zoals die bepaling is geformuleerd, is het dus mogelijk dat de regeling in werking treedt vóór zij in het Belgisch Staatsblad is bekendgemaakt. Een dergelijke werkwijze dient te worden vermeden nu zulk een regeling niet strookt met de vereisten inzake rechtszekerheid en transparantie van de regelgeving: zolang het betrokken besluit niet in het Belgisch Staatsblad is bekendgemaakt, weten de bestemmelingen ervan niet dat of wanneer het besluit werd goedgekeurd, en kunnen ze niet weten dat het in werking is getreden, zodat het feitelijk retroactieve werking krijgt. Bovendien doet zulk een wijze van inwerkingtreding problemen rijzen ten aanzien van artikel 190 van de Grondwet, naar luid waarvan "geen wet, geen besluit of verordening van algemeen, provinciaal of gemeentelijk bestuur (...) verbindend [is] dan na te zijn bekendgemaakt in de vorm bij de wet bepaald". Bijgevolg dient men de gebruikelijke termijn van inwerkingtreding van besluiten te laten gelden (in welk geval in het ontwerp niets dient te worden bepaald) of, zo daarvoor een verantwoording bestaat, te bepalen dat het besluit op een bepaalde datum in werking treedt, ten vroegste op de dag van de bekendmaking ervan in het Belgisch Staatsblad.

5.2.1. Sommige bepalingen van het ontwerp hebben evenwel uitwerking met terugwerkende kracht. Het gaat om de bepalingen inzake het politiek verlof (artikelen 21 tot 26), die uitwerking hebben op 1 januari 2019, en de bepalingen met betrekking tot het opvangverlof en het pleegzorg- en pleegouderverlof (artikelen 9, 10, 13, 14, en 36 tot 39), die uitwerking hebben "met ingang van de eerste dag van de maand volgend op de principiële goedkeuring", zijnde 1 mei 2019.[2]

[2] De gemachtigde verklaarde dat met "de principiële goedkeuring" de goedkeuring door de Vlaamse Regering wordt bedoeld die op 5 april 2019 plaatsvond.

‡LW-BGFTODEEE-GGACDVT‡

5.2.2. 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 waarbij, met inachtneming van het gelijkheidsbeginsel, voordelen worden toegekend of in zoverre de retroactiviteit noodzakelijk is voor de continuïteit of de goede werking van het bestuur 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.

5.2.3. Volgens de gemachtigde kennen de voormelde bepalingen een voordeel toe. Bovendien blijkt uit de notificatie van de Vlaamse Regering dat de gouverneurs op 5 april 2019 werden gemachtigd om die bepalingen met ingang van de uitwerkingsdatum toe te passen. Door terugwerkende kracht te geven aan die bepalingen wordt dan ook een bestaande toestand geregulariseerd.

Gelet hierop kan de terugwerkende kracht op zich genomen worden aanvaard. Evenwel schrijve men in artikel 49, tweede lid, van het ontwerp beter “1 mei 2019”, in plaats van te verwijzen naar “de eerste dag van de maand die volgt op de datum van goedkeuring ervan”, wat tot rechtsonzekerheid aanleiding zou kunnen geven.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikelen 10 en 11

6. De artikelen 10 en 11 van het ontwerp strekken ertoe de verwijzing naar het vaderschapsverlof in het opschrift van (hoofdstuk 1 van) titel 3 van deel 5 van het besluit van de Vlaamse Regering van 5 maart 2004 (I) te schrappen.

Het ontworpen artikel 56 van dat besluit (artikel 12 van het ontwerp), dat deel uitmaakt van het voormelde hoofdstuk 1 van titel 3 van deel 5, betreft evenwel niet de moederschaprust, het opvangverlof, het pleegzorgverlof of het pleegouderverlof, maar het vaderschaps- en meemoederverlof.

Het strekt dan ook tot aanbeveling om de voormelde opschriften daaraan aan te passen of toch minstens vóór het ontworpen artikel 56 een bijkomend opschrift in te voegen, zoals het geval is vóór artikel X.15 van het Vlaams Personeelsstatuut.

Hetzelfde geldt voor het opschrift van (hoofdstuk II van) titel III van deel IV van het besluit van 5 maart 2004 (II) (artikel 37 van het ontwerp).

Artikel 13

7. Artikel 13, 3°, van het ontwerp strekt ertoe om in artikel 57 van het besluit van de Vlaamse Regering van 25 maart 2004 (I) de verwijzing naar artikel 47 van de gecoördineerde wetten betreffende de kinderbijslag van de loonarbeiders, aan de hand waarvan wordt bepaald of

‡LW-BGFTODEEE-GGACDVT‡

een kind als mindervalide kan worden beschouwd, te vervangen door een verwijzing naar artikel 47 “van de Algemene Kinderbijslagwet (AKBW) van 19 december 1939”.

Er moet evenwel worden opgemerkt dat die wet wat de Vlaamse Gemeenschap, het Waalse Gewest en de Duitstalige Gemeenschap betreft, niet langer van toepassing is op kinderen die zijn geboren vanaf 1 januari 2019. Voor die kinderen kan dus niet langer worden vastgesteld dat ze voldoen aan de voorwaarden om kinderbijslag genieten “overeenkomstig de Algemene Kinderbijslagwet (AKBW) van 19 december 1939”.

Die verwijzing moet derhalve worden aangepast, eventueel door op een meer algemene wijze te verwijzen naar de regelingen inzake gezinsbijslagen, al rijst de vraag of nog moet worden verwezen naar een dergelijke regeling om te bepalen of het opgenomen kind mindervalide is. Artikel X.16, derde lid, van het Vlaams Personeelsstatuut, dat eveneens bepaalt dat de maximumduur van het opvangverlof wordt verdubbeld wanneer het opgenomen kind een handicap heeft, bevat alvast geen dergelijke verwijzing, net zomin trouwens als het ontworpen artikel 58/1, derde lid, van het besluit van de Vlaamse Regering van 25 maart 2004 (I) (artikel 14 van het ontwerp) en het ontworpen artikel 24/1, derde lid, van het besluit van de Vlaamse Regering van 25 maart 2004 (II) (artikel 39 van het ontwerp).

Het voorgaande geldt ook voor artikel 38, 3°, van het ontwerp.

DE GRIFFIER DE VOORZITTER

Astrid TRUYENS Jo BAERT

‡LW-BGFTODEEE-GGACDVT‡