



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 69.597/3

van 14 juli 2021

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot wijziging van artikel 136 en 209 van het besluit van de Vlaamse Regering van 7 december 2007 houdende de minimale voorwaarden voor de personeelsformatie, de rechtspositieregeling en het mandaatstelsel van het gemeentepersoneel en het provinciepersoneel en houdende enkele bepalingen betreffende de rechtspositie van de secretaris en de ontvanger van de openbare centra voor maatschappelijk welzijn en artikel 99 van het besluit van de Vlaamse Regering van 12 november 2010 houdende de minimale voorwaarden voor de personeelsformatie en het mandaatstelsel van het personeel van de openbare centra voor maatschappelijk welzijn en houdende de minimale voorwaarden voor sommige aspecten van de rechtspositieregeling van bepaalde personeelsgroepen van de openbare centra voor maatschappelijk welzijn’

Op 14 juni 2021 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse Minister van Binnenlands Bestuur, Bestuurszaken, Inburgering en Gelijke Kansen verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot wijziging van artikel 136 en 209 van het besluit van de Vlaamse Regering van 7 december 2007 houdende de minimale voorwaarden voor de personeelsformatie, de rechtspositieregeling en het mandaatstelsel van het gemeentepersoneel en het provinciepersoneel en houdende enkele bepalingen betreffende de rechtspositie van de secretaris en de ontvanger van de openbare centra voor maatschappelijk welzijn en artikel 99 van het besluit van de Vlaamse Regering van 12 november 2010 houdende de minimale voorwaarden voor de personeelsformatie en het mandaatstelsel van het personeel van de openbare centra voor maatschappelijk welzijn en houdende de minimale voorwaarden voor sommige aspecten van de rechtspositieregeling van bepaalde personeelsgroepen van de openbare centra voor maatschappelijk welzijn’.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 6 juli 2021. De kamer was samengesteld uit Wilfried VAN VAERENBERGH, kamervoorzitter, Jeroen VAN NIEUWENHOVE en Koen MUYLLE, staatsraden, Jan VELAERS en Bruno PEETERS, assessoren, en Annemie GOOSSENS, griffier.

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

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 14 juli 2021.

*

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 EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

2.1. Het voor advies voorgelegde ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering strekt ertoe voor de statutaire personeelsleden van de gemeenten en de openbare centra voor maatschappelijk welzijn het omstandigheidsverlof “naar aanleiding van de bevalling van de echtgenote of samenwonende partner, of ter gelegenheid van de geboorte van een kind dat wettelijk afstamt van het personeelslid” (hierna ook: het geboorteverlof), dat in de huidige regelgeving tien werkdagen bedraagt, uit te breiden tot vijftien werkdagen vanaf 1 januari 2021 en tot twintig werkdagen vanaf 1 januari 2023, in navolging van de uitbreiding van dat verlof in het federale arbeidsrecht.¹ Voor de periode waarmee dat verlof wordt uitgebreid, heeft het personeelslid recht op een brutosalaris van 82%. Daartoe worden een aantal wijzigingen aangebracht in artikel 209 van het besluit van de Vlaamse Regering van 7 december 2007 ‘houdende de minimale voorwaarden voor de personeelsformatie, de rechtspositieregeling en het mandaatstelsel van het gemeentepersoneel en het provinciepersoneel en houdende enkele bepalingen betreffende de rechtspositie van de secretaris en de ontvanger van de openbare centra voor maatschappelijk welzijn’ (artikel 2 van het ontwerp).

2.2. Voor de berekening van het bedrag van de eindejaarstoelage wordt de periode van het omstandigheidsverlof gelijkgesteld met dienstactiviteit. Daartoe worden de artikelen 136, derde lid, van het besluit van de Vlaamse Regering van 7 december 2007 (artikel 1) en 99, derde lid, van het besluit van de Vlaamse Regering van 12 november 2010 ‘houdende de minimale voorwaarden voor de personeelsformatie en het mandaatstelsel van het personeel van de openbare centra voor maatschappelijk welzijn en houdende de minimale voorwaarden voor sommige aspecten van de rechtspositieregeling van bepaalde personeelsgroepen van de openbare centra voor maatschappelijk welzijn’ (artikel 3) gewijzigd.

3. Rechtsgrond voor het ontwerp wordt geboden door artikel 195, eerste lid, 1° en 4°, van het decreet van 22 december 2017 ‘over het lokaal bestuur’, waaraan wordt gerefereerd in de rubriek “Rechtsgrond” van de aanhef.

¹ Zie artikel 30, § 2, van de wet van 3 juli 1978 ‘betreffende de arbeidsovereenkomsten’, zoals gewijzigd bij artikel 63 van de programmawet van 20 december 2020.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

ALGEMENE OPMERKINGEN

A. Overeenstemming met richtlijn (EU) 2019/1158

4.1. Uit het ontworpen artikel 209, vierde lid, van het besluit van de Vlaamse Regering van 7 december 2007 vloeit voort dat het statutair personeelslid vanaf de elfde dag van het geboorteverlof recht heeft op 82% van het brutosalaris, dat wordt begrensd op 26.230 euro bruto per jaar.

4.2. De vraag rijst of de ontworpen regeling, die niet voorziet in een volledige vergoeding van de periode van het geboorteverlof, bestaanbaar is met artikel 8 van richtlijn (EU) 2019/1158 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 ‘betreffende het evenwicht tussen werk en privéleven voor ouders en mantelzorgers en tot intrekking van Richtlijn 2010/18/EU van de Raad’, dat luidt:

“1. Overeenkomstig de nationale omstandigheden, zoals het nationale recht, collectieve overeenkomsten of gebruiken, en rekening houdend met de aan de sociale partners gedelegeerde bevoegdheden, waarborgen de lidstaten dat werknemers die gebruik maken van hun in artikel 4, lid 1, of artikel 5, lid 2, bedoelde verlofrecht, een betaling of uitkering ontvangen overeenkomstig de leden 2 en 3 van dit artikel.

2. Met betrekking tot vaderschapsverlof als bedoeld in artikel 4, lid 1, garandeert een dergelijke betaling of uitkering een inkomen dat minstens gelijkwaardig is aan het inkomen dat de betrokken werknemers zouden ontvangen in geval van een onderbreking van de werkzaamheden van de werknemer om redenen die verband houden met de gezondheidstoestand van de werknemer, binnen de grenzen van een eventueel in nationaal recht bepaald maximum. De lidstaten kunnen het recht op een betaling of uitkering afhankelijk stellen van perioden van eerder werk van ten hoogste zes maanden, onmiddellijk vóór de verwachte geboortedatum van het kind.

3. Wat het in artikel 5, lid 2, bedoelde ouderschapsverlof betreft, wordt een dergelijke betaling of uitkering door de lidstaat of de sociale partners gedefinieerd en zodanig vastgesteld dat de opname van ouderschapsverlof door beide ouders wordt vergemakkelijkt.”

Artikel 4, lid 1, van dezelfde richtlijn, waarnaar het aangehaalde artikel 8 verwijst, bepaalt:

“De lidstaten nemen de nodige maatregelen om te waarborgen dat vaders of, mits en zover erkend in het nationale recht, gelijkwaardige tweede ouders, recht hebben op vaderschapsverlof van tien werkdagen dat ter gelegenheid van de geboorte van het kind van de werknemer wordt opgenomen. De lidstaten kunnen bepalen of vaderschapsverlof gedeeltelijk vóór of volledig na de geboorte van het kind kan worden opgenomen, en of dergelijk verlof op flexibele manieren kan worden opgenomen.”

Enkel indien artikel 8, lid 2, van richtlijn (EU) 2019/1158 overeenkomstig overweging 30 van de aanhef ervan wordt gelezen, namelijk dat het vast te stellen betalings- of uitkeringsniveau “voor de minimumperiode van vaderschapsverlof” minstens even hoog is als de nationale uitkering bij ziekte, zijnde overeenkomstig artikel 4, lid 1, van de richtlijn voor tien dagen, kan worden aangenomen dat de beperking van de bezoldiging vanaf de elfde werkdag van het geboorteverlof door het ontworpen artikel 209, vierde lid, van het besluit van de Vlaamse Regering van 7 december 2007 in overeenstemming is met de voormelde bepaling van de richtlijn.²

B. Gelijkheidsbeginsel

5. De ontworpen regeling beoogt statutaire en contractuele personeelsleden op het vlak van de uitkering voor het geboorteverlof op gelijke wijze te behandelen. In dat verband werd in het in voetnoot 2 aangehaalde advies 68.811/3, met betrekking tot de gelijke behandeling van ambtenaren en contractuele personeelsleden van de Vlaamse overheid, het volgende opgemerkt:

“De vermindering van de wedde tot 82% van het brutosalaris waarin de ontworpen regeling vanaf de elfde dag van het geboorteverlof voorziet voor ambtenaren stemt ogenschijnlijk overeen met de regeling voor contractuele personeelsleden, die een uitkering ontvangen die wordt vastgesteld op 82% van het gederfde loon.

Er moet evenwel rekening worden gehouden met het gegeven dat die uitkering voor contractuele personeelsleden vanuit een fiscaalrechtelijk en sociaalrechtelijk standpunt verschillend wordt behandeld. Zo worden, bijvoorbeeld, overeenkomstig artikel 147 van het Wetboek van inkomstenbelastingen 1992 op vervangingsinkomsten belastingverminderingen verleend die niet gelden voor de (verminderde) wedde van ambtenaren.

Gelet op de doelstelling van de stellers van het ontwerp om ambtenaren en contractuele personeelsleden op voet van gelijkheid te behandelen, zal moeten worden nagegaan of, gelet op het voorgaande, het percentage van 82% van het brutosalaris van de ambtenaren in kwestie niet zal moeten worden bijgesteld om ervoor te zorgen dat ambtenaren daadwerkelijk dezelfde weddevermindering ondergaan als contractuele personeelsleden.”

Die opmerking dient ook te worden betrokken op de thans voorliggende regeling.

² Zie reeds in dezelfde zin, adv.RvS 68.830/1 van 15 februari 2021 over een ontwerp dat heeft geleid tot het besluit van de Vlaamse Regering van 26 februari 2021 ‘tot wijziging van het besluit van de Vlaamse Regering van 31 maart 2006 tot regeling van sommige verloven voor de personeelsleden van de hogescholen in de Vlaamse Gemeenschap en van de Hogere Zeevaartschool en het besluit van de Vlaamse Regering van 3 juli 2009 betreffende het omstandigheidsverlof, het verlof wegens overmacht, het onbezoldigd ouderschapsverlof en het geboorteverlof in geval van overlijden of hospitalisatie van de moeder 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, wat betreft de uitbreiding van het geboorteverlof voor de personeelsleden van het onderwijs’, opmerkingen 6.1. tot 6.3, en adv.RvS 68.811/3 van 8 maart 2021 over een ontwerp dat heeft geleid tot het besluit van de Vlaamse Regering van 19 maart 2021 ‘tot wijziging van het Vlaams personeelsstatuut van 13 januari 2006 wat betreft de uitbreiding van het geboorteverlof’, opmerkingen 6.1 tot 6.2.3.

C. Terugwerkende kracht

6. Overeenkomstig artikel 4 van het ontwerp heeft het te nemen besluit uitwerking met ingang van 1 januari 2021.

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.

In de nota aan de Vlaamse Regering wordt de terugwerkende kracht verantwoord als volgt:

“Dit artikel bepaalt dat het voorontwerp van besluit van de Vlaamse Regering in werking treedt op 1 januari 2021. Dat is een retroactieve werking, om zo de statutaire personeelsleden gelijke rechten te geven als hun contractuele collega’s. De contractanten hebben namelijk al recht op een verhoging naar vijftien werkdagen vanaf 1 januari 2021 op basis van de artikelen 63 en 64 van de Programmawet van 20 december 2020. De terugwerkende kracht heeft daarom betrekking op een regeling die, met inachtneming van het gelijkheidsbeginsel, voordelen toekent. De terugwerkende kracht is ook noodzakelijk voor de goede werking van de diensten en tast in beginsel geen verkregen rechten aan, omdat wordt bepaald dat statutaire personeelsleden de eventuele gekregen dienstvrijstelling behouden.”

Op grond van de gegeven verantwoording kan de terugwerkende kracht worden aanvaard.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Annemie GOOSSENS

Wilfried VAN VAERENBERGH