RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 69.606/3
van 14 juli 2021

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot wijziging van artikel 135 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 98 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’

‡ LW-BEHVPCFBJ-GJGAGMU‡

Op 15 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, van rechtswege verlengd tot 30 juli 2021(*), een advies te verstrekken over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering 'tot wijziging van artikel 135 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 98 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.

*

(*) Deze verlenging vloeit voort uit artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, *in fine*, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, waarin wordt bepaald dat deze termijn van rechtswege verlengd wordt met vijftien dagen wanneer hij begint te lopen tussen 15 juli en 31 juli of wanneer hij verstrijkt tussen 15 juli en 15 augustus.

‡ LW-BEHVPCFBJ-GJGAGMU‡

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 besluit van de Vlaamse Regering strekt ertoe voor sommige personeelsleden van de gemeenten en de openbare centra voor maatschappelijk welzijn het (variabele) bedrag van de eindejaarstoelage te verhogen, meer bepaald voor de personeelsleden die zijn vermeld in punt 1 onder de rubriek "Dringende maatregelen koopkracht" van het deelakkoord VIA6 – koopkracht publieke sector van 22 december 2020.[1]

Daartoe worden twee nieuwe leden toegevoegd aan artikel 135 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 1 van het ontwerp) en aan artikel 98 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 van het ontwerp). Aan beide besluiten wordt ook een bijlage toegevoegd met betrekking tot het toepassingsgebied van de voormelde maatregel (artikelen 2 en 4 van het ontwerp).

Voor sommige personeelsleden, meer bepaald de personeelsleden, vermeld in punt 2 onder de rubriek "Dringende maatregelen koopkracht" van het deelakkoord VIA6 – koopkracht publieke sector van 22 december 2020,[2] krijgt de verhoging van de eindejaarspremie reeds uitwerking met ingang van 1 november 2020 (artikel 5 van het ontwerp).

---

[1] Dit zijn, zoals blijkt uit de nota aan de Vlaamse Regering, de personeelsleden tewerkgesteld in de erkende diensten in de ouderenzorg, woonzorgcentra, serviceflats voor ouderen, dagverzorgingscentra, thuiszorg (zoals gezinszorg en aanvullende thuiszorg), kinderopvang, lokale dienstencentra, groepen van assistentiewoningen, diensten logistieke hulp, diensten of instellingen bijzondere jeugdzorg, diensten of instellingen voor personen met een handicap, centra voor kinderzorg en gezinsondersteuning, opvoedingswinkels, gezins- en groepsopvang baby en peuter of kinderdagverblijven, peutertuinen en diensten voor onthaalouders, groepsopvang schoolgaande kinderen of initiatieven voor buitenschoolse opvang en lokale diensten voor buurtgerichte kinderopvang, gemandateerde voorzieningen kinderopvang, consultatiebureaus of in de sociale verhuurkantoren, integratiediensten, culturele erfgoedcellen en musea, vrijetijds-of cultuurdiensten (zoals bibliotheken, cultuur- en gemeenschapscentra), jeugddiensten of in de sportdiensten.

[2] Namelijk de personeelsleden van de woonzorgcentra en van de andere bij de zesde staatshervorming geregionaliseerde voorzieningen in de ouderenzorg en de personeelsleden van voorzieningen die behoren tot de

RECHTSGROND

3. Het ontwerp vindt rechtsgrond in artikel 195, eerste lid, van het decreet van 22 december 2017 ‘over het lokaal bestuur’.

ALGEMENE OPMERKINGEN

4.1. Voor de personeelsleden vermeld in punt 2 onder de rubriek “Dringende maatregelen koopkracht” van het deelakkoord VIA6 – koopkracht publieke sector van 22 december 2020 wordt de verhoging van de eindejaarstoelage toegekend met terugwerkende kracht tot 1 november 2020, terwijl die terugwerkende kracht niet geldt voor de overige personeelsleden die onder het toepassingsgebied van dat deelakkoord VIA6 vallen.

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.

4.2. In de nota aan de Vlaamse Regering wordt deze terugwerkende kracht nader toegelicht als volgt:

> “Artikel 5 bepaalt dat voor het personeel in de woonzorgcentra en de andere bij de zesde staatshervorming geregionaliseerde voorzieningen in de ouderenzorg, en de personeelsleden van erkende voorzieningen die behoren tot de klassieke zorg- en welzijnssectoren, artikel 1 en 2 en de hieruit volgende verhoging van de eindejaarstoelage retroactief in werking zullen treden en uitwerking zullen genieten vanaf 1 november 2020. Hierdoor zullen de VIA-personeelsleden in hogergenoemde sectoren een retroactieve verhoging van de eindejaarstoelage van het jaar 2020 genieten. Met deze retroactieve inwerkingtreding wordt uitvoering gegeven aan punt 2 onder de rubriek ‘dringende maatregelen koopkracht’ van het deelakkoord VIA6 – koopkracht publieke sector dat op 22 december 2020 werd gesloten tussen de sociale partners en de Vlaamse Regering. De uitbetaling van deze verhogingen voor de eindejaarstoelage van 2020 hebben reeds plaatsgevonden in januari en februari 2021 na instructies hiertoe aan de lokale besturen in een brief van minister Somers op 23 december 2020.
>
> Concreet geldt de verhoging van de eindejaarstoelage 2020 voor al het personeel dat in de DMFA-aangifte de volgende VIA-deelcodes heeft toegewezen gekregen:
>
> - VIA-deelcodes 100-105, met uitzondering van deelcode 102
> - VIA-deelcodes 200-209
> - VIA-deelcodes 600-602

klassieke zorg- en welzijnssectoren, beheerd door een lokaal bestuur, een welzijnsvereniging of een intergemeentelijk samenwerkingsverband.

- VIA-deelcodes 604-606

- VIA-deelcodes 608-613

- VIA-deelcodes 700-712

- VIA-deelcodes 714-721

Als het personeel van de lokale diensteneconomie (DMFA-deelcode 509) tewerkgesteld is in een erkende dienst in een woonzorgcentrum of een andere bij de zesde staatshervorming geregionaliseerde voorziening in de ouderenzorg, of een erkende voorziening die behoort tot de klassieke zorg- en welzijnssectoren, heeft het personeel ook recht op een verhoogde eindejaarstoelage vanaf 1 november 2020.

Soms is de toekenning van een VIA-deelcode niet of onterecht gebeurd. Het al dan niet toekennen van een VIA-deelcode is op zich geen element om te besluiten dat iemand wel of geen recht heeft op de verhoging van de eindejaarstoelage. Het is uiteraard wel belangrijk dat er een coherentie is tussen de mensen die de verhoging van de eindejaarstoelage verkrijgen en degene die een VIA-deelcode hebben in de DMFA-aangifte doordat het toekennen van de subsidies voor de verhoging van de eindejaarstoelage zal gebeuren op basis van de ingevulde VIA-deelcodes in de DMFA-aangifte. In voorkomend geval kent het bestuur nog de juiste VIA-deelcode toe via een rechtzetting van de DMFA-aangifte.

Voor het personeel in de socio-culturele sector en sociale economie, waarvoor de VIA-deelcodes 500-512 en VIA-deelcode 402 worden gebruikt in de DMFA-aangifte, zal de recurrente verhoging van de eindejaarstoelage gelden vanaf 2021.”

4.3. De gemachtigde verstrekte desgevraagd de volgende verantwoording voor de zo-even geschetste verschillende behandeling:

“De sociale partners en de Vlaamse Regering zijn in het deelakkoord VIA6-koopkracht publieke sector van 22 december 2020 tot het akkoord gekomen om voor het personeel van de geregionaliseerde sectoren en de klassieke zorg- en welzijnssectoren reeds vanaf 2020 te voorzien in een verhoogde eindejaarstoelage. Dit volgt uit het oorspronkelijke doel van het VIA6-akkoord, met name het belonen van het personeel uit de zorg- en welzijnssectoren voor hun inspanningen gedurende de coronacrisis.

Het VIA6-akkoord van 30 maart 2021 geeft als inleiding voor de drijfveren achter het afsluiten van dit akkoord dan ook het volgende mee:

> ‘Het personeel uit de zorg- en welzijnssector heeft tijdens de coronacrisis gigantische inspanningen geleverd. Het zorgend, begeleidend, logistiek en ondersteunend personeel zijn de drijvende kracht tijdens coronacrisis gebleken. De garantie op goede zorg was de afgelopen maanden de hoeksteen in de samenleving. Maar de coronacrisis heeft ook de uitdagingen van de zorg- en welzijnssector duidelijk in beeld gebracht. De aantrekkelijkheid van de loons- en arbeidsvoorwaarden in de zorg- en welzijnssectoren, het verminderen van de werkdruk door het voorzien van extra personeel en het zorgen voor (zij-)instroom behoren tot de prioritaire uitdagingen. De Vlaamse Regering erkent deze uitdagingen en wil met dit akkoord voorzien in structurele maatregelen om de koopkracht van het personeel te verhogen en werkdruk bij het personeel te verlagen.’

Het lijkt ons dat het gelijkheidsbeginsel niet miskend wordt doordat het toekennen van de verhoogde eindejaarstoelage aan bepaalde categorieën berust op een objectief criterium (personeel van geregionaliseerde of klassieke zorg- en welzijnssectoren) en het

opzet van het VIA6-akkoord erin bestond om het zorgpersoneel te belonen, wat de terugwerkende kracht van de maatregel tot verhoging van eindejaarstoelage verantwoordt.

Het enige VIA-personeel binnen de publieke sector dat pas vanaf 2021 recht heeft op een verhoogde eindejaarstoelage betreft het personeel uit de publieke socio-culturele sector. Dit kan verklaard worden doordat zij geen zorg- of welzijnspersoneel uitmaken."

4.4. Ook al kan een verschillende behandeling van de betrokken categorieën van personeelsleden niet louter verantwoord worden door een verwijzing naar een met de sociale partners gesloten akkoord, toch kan de Raad van State aannemen dat het niet onredelijk is om de door de gemachtigde geschetste impact van de COVID-19-pandemie op de zorg- en welzijnssector in rekening te brengen bij de uitwerking in de tijd van de maatregelen in dat akkoord.

5. In de nota aan de Vlaamse Regering worden de categorieën van personeelsleden opgesomd waarop de ontworpen regeling van toepassing is (zie voetnoot 1), maar die opsomming komt niet voor in de ontworpen wijzigingen. In de plaats daarvan wordt in het ontworpen artikel 135, derde lid, van het besluit van de Vlaamse Regering van 7 december 2007 (artikel 1 van het ontwerp), alsook in het ontworpen artikel 98, vierde lid, van het besluit van de Vlaamse Regering van 12 november 2010 (artikel 3 van het ontwerp) verwezen naar "de personeelsleden, vermeld in punt 1 onder de rubriek 'dringende maatregelen koopkracht' van het deelakkoord VIA6 – koopkracht publieke sector van 22 december 2020". Daartoe wordt in het ontworpen vierde lid, respectievelijk vijfde lid, verwezen naar een door de artikelen 2 en 4 van het ontwerp toe te voegen bijlage bij de voormelde besluiten, waarin de tekst van dat deelakkoord VIA6 is opgenomen.

Ook de categorieën van personeelsleden waarvoor de ontworpen regeling met terugwerkende kracht wordt ingevoerd (zie daarover de opmerkingen 4.1 tot 4.4), worden bepaald middels een verwijzing naar punt 2 van hetzelfde deelakkoord VIA6, zoals blijkt uit artikel 5 van het ontwerp.

Een dergelijke werkwijze stuit op fundamentele bezwaren, en wel om de volgende redenen.

5.1. Zoals de Raad van State reeds eerder heeft uiteengezet,[3] heeft een dergelijk akkoord met de sociale partners geen directe werking in de rechtsorde en maakt het geen wetskrachtige akte uit. Door naar de betrokken punten te verwijzen in het ontwerp maakt de Vlaamse Regering zich weliswaar de inhoud van die punten eigen, maar dit kan niet de vaststelling ongedaan maken dat die punten niet geheel als normatieve bepalingen zijn geredigeerd en daarenboven niet zijn omgeven met de waarborgen die wel gelden voor klassieke regelgeving op het vlak van bijvoorbeeld de bekendmaking overeenkomstig artikel 190 van de Grondwet.

[3] Zie adv.RvS 66.796/1 van 3 januari 2020 over een ontwerp dat heeft geleid tot het besluit van de Vlaamse Regering van 7 februari 2020 'houdende toevoeging van de lokale dienstencentra die onder het paritair comité 330 vallen in het besluit van de Vlaamse Regering van 7 december 2018 tot financiering van sommige sociale akkoorden in bepaalde gezondheidsinrichtingen en -diensten' (opmerking 6).

5.2. Daar komt nog bij dat de punten waarnaar wordt verwezen op een erg onduidelijke en dus rechtsonzekere wijze zijn geformuleerd.

In het voormelde punt 1 wordt in een eerste onderverdeling verwezen naar “het personeel van de woonzorgcentra en van de andere bij de zesde staatshervorming geregionaliseerde voorzieningen in de ouderenzorg, beheerd door een lokaal bestuur, een welzijnsvereniging of een intergemeentelijk samenwerkingsverband” en in een tweede onderverdeling naar “het overige personeel van de lokale besturen dat onder het toepassingsgebied van het onderhavig akkoord valt”. Het toepassingsgebied van het deelakkoord VIA6 wordt echter nergens omschreven en blijkt eigenlijk enkel uit het gegeven dat het gesloten is in het Comité C1 voor de ambtenaren van de provinciale en plaatselijke overheidsdiensten. Bovendien wordt het aan de lezer van het besluit overgelaten om uit te maken wat de “bij de zesde staatshervorming geregionaliseerde voorzieningen in de ouderenzorg” zijn, veeleer dan door die op limitatieve wijze op te sommen.

In het voormelde punt 2 wordt dan weer verwezen naar “de personeelsleden van de woonzorgcentra en van de andere bij de zesde staatshervorming geregionaliseerde voorzieningen in de ouderenzorg en (…) de personeelsleden van voorzieningen die behoren tot de klassieke zorg- en welzijnssectoren, beheerd door een lokaal bestuur, een welzijnsvereniging of een intergemeentelijk samenwerkingsverband”, waardoor het opnieuw aan de lezer van het besluit wordt overgelaten om uit te maken wat de “bij de zesde staatshervorming geregionaliseerde voorzieningen in de ouderenzorg” zijn, alsook de “klassieke zorg- en welzijnssectoren”.

In de nota aan de Vlaamse Regering wordt in dat verband uiteengezet dat er naar aanleiding van de besprekingen in het voormelde Comité C1 “in consensus voor [werd] geopteerd om geen limitatieve lijst van VIA-entiteiten vast te stellen. Het volstaat immers te verwijzen naar het deelakkoord zelf, dat werd toegevoegd in bijlage, om het toepassingsgebied van het deelakkoord te bepalen”. Dat betekent evenwel dat wordt afgestapt van een rechtszekere limitatieve opsomming naar een rechtsonzekere opsomming in een onduidelijk geformuleerd akkoord met de sociale partners.

5.3. Het spreekt vanzelf dat een dergelijke verwijzing in rechtsregels naar de tekst van een met de sociale partners gesloten akkoord als een statische en niet als een dynamische verwijzing moet worden begrepen, met andere woorden als een verwijzing naar de tekst van dat akkoord bij het sluiten ervan en niet zoals het eventueel later kan worden bijgesteld ingevolge nieuwe onderhandelingen met de sociale partners. In het andere geval zou dat immers neerkomen op een ongeoorloofde delegatie van regelgevende bevoegdheid aan het voormelde Comité C1. De rechtszekerheid kan evenwel ook in het gedrang komen doordat de lezer van het (ontworpen) besluit van het tegendeel zou uitgaan, nu daarover niets wordt bepaald.

5.4. Nog los van de zo-even geschetste bezwaren getuigt het van slordigheid en nonchalance om het volledige deelakkoord VIA6 als bijlage bij de voormelde besluiten op te nemen, veeleer dan enkel de relevante onderdelen ervan. Dat deelakkoord behelst immers ook andere maatregelen dan diegene die bij het ontworpen besluit worden geïmplementeerd, waardoor opnieuw onduidelijkheid ontstaat over de werkelijke draagwijdte van dat ontworpen besluit.

‡ LW-BEHVPCFBJ-GJGAGMU‡

5.5. De Raad van State adviseert dan ook met klem om af te zien van de zo-even geschetste werkwijze en om het toepassingsgebied van de ontworpen bepalingen op een voldoende precieze en rechtszekere wijze te omschrijven, zoals het betaamt voor behoorlijke rechtsregels.

DE GRIFFIER DE VOORZITTER

Annemie GOOSSENS Wilfried VAN VAERENBERGH

‡ LW-BEHVPCFBJ-GJGAGMU‡