RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 71.291/1
van 2 mei 2022

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot wijziging 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 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, wat betreft een toeslag voor het verzorgend personeel in de publieke gezinszorg’

‡LW-ACFWNBHBF-HBCJBUQ‡

Op 31 maart 2022 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 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 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, wat betreft een toeslag voor het verzorgend personeel in de publieke gezinszorg’.

Het ontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 19 april 2022. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Wouter PAS en Inge VOS, staatsraden, Johan PUT, assessor, en Greet VERBERCKMOES, griffier.

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

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 2 mei 2022.

*

‡LW-ACFWNBHBF-HBCJBUQ‡

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. Het om advies voorgelegde ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering strekt ertoe om voor het verzorgend personeel van de erkende diensten voor gezinszorg die worden georganiseerd door de gemeenten, de openbare centra voor maatschappelijk welzijn en de welzijnsverenigingen, per uur geleverde prestatie op weekdagen tussen achttien en twintig uur, een recht op een toeslag van vijftien procent van het uursalaris of negen minuten extra inhaalrust toe te kennen, met ingang van 1 september 2021. Daartoe worden de artikelen 142*bis* en 103*bis* ingevoegd in respectievelijk de besluiten van de Vlaamse Regering van 7 december 2007[1] en 12 november 2010[2]. Met de ontworpen regeling wordt beoogd uitvoering te geven aan het zesde Vlaams Intersectoraal Akkoord van 30 maart 2021 ‘voor de social/non profitsectoren voor de periode 2021-2025’.

3. Het ontworpen besluit vindt rechtsgrond in artikel 195, eerste lid, 2°, van het decreet van 22 december 2017 ‘over het lokaal bestuur’ dat de Vlaamse Regering opdraagt om, wat de rechtspositie van het personeel betreft, minimale voorwaarden vast te stellen voor minstens “de toekenning van toelagen en vergoedingen”.

ALGEMENE OPMERKING

4. Het ontwerp beoogt de toeslag en het recht op inhaalrust enkel toe te kennen aan het verzorgend personeel van de diensten voor gezondheidszorg, zoals bedoeld in artikel 1, 10° en 25°, van bijlage 2, “Diensten voor gezinszorg”, van het besluit van de Vlaamse Regering van 28 juni 2019.[3] Op die wijze wordt op het vlak van de betrokken toeslagen en inhaalrust een verschil in behandeling tot stand gebracht met diverse andere personeelscategorieën die in artikel 1 van de voornoemde bijlage bij het besluit van de Vlaamse Regering van 28 juni 2019 worden opgesomd en die evenzeer prestaties kunnen leveren tussen achttien en twintig uur. Te denken valt daarbij

[1] 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’.

[2] 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’.

[3] Besluit van de Vlaamse Regering van 28 juni 2019 ‘betreffende de programmatie, de erkenningsvoorwaarden en de subsidieregeling voor woonzorgvoorzieningen en verenigingen voor mantelzorgers en gebruikers’.

‡LW-ACFWNBHBF-HBCJBUQ‡

inzonderheid aan de in artikel 1, 14°, van de betrokken bijlage omschreven “personen, al dan niet tewerkgesteld in een dienst, die schoonmaakhulp, karweihulp of oppashulp aanbieden”. In de nota aan de Vlaamse Regering wordt in dat verband enkel het volgende vermeld:

> “Voor de afbakening van het personeel dat recht heeft op de toeslag wordt verwezen naar het besluit van de Vlaamse Regering van 28 juni 2019 betreffende de programmatie, de erkenningsvoorwaarden en de subsidieregeling voor woonzorgvoorzieningen en verenigingen voor mantelzorgers en gebruikers[.] Op deze manier maken we eenzelfde afbakening tussen de publieke en private sector om vast te stellen welke personeelsleden, overeenkomstig het VIA6-akkoord van 30 maart 2021, recht hebben op deze toeslag[.] Aangezien het VIA6-akkoord tot doel heeft een harmonisatie van het speelveld tussen private en publieke sector te bewerkstelligen, opteren we er dan ook voor om deze definities eveneens hier te gebruiken.”

De gemachtigde verstrekte nog de volgende bijkomende toelichting:

> “De voorliggende regeling geeft uitvoering aan het akkoord dat de Vlaamse Regering en sociale partners hebben bereikt in het VIA6-akkoord. Dit akkoord werd gesloten in het licht van de coronacrisis en had als opzet de continuïteit van de zorg te kunnen garanderen en zorg te kunnen bieden op tijdstippen die verantwoord zijn binnen het zorg- en ondersteuningsplan. De Vlaamse Regering en sociale partners meenden dat dit evidente uitgangspunten zijn van kwalitatieve zorg. Om dit te kunnen realiseren binnen de diensten gezinszorg werden dan ook bijkomende middelen voor tewerkstelling buiten de kantooruren voorzien. Het VIA6-akkoord en de bijhorende uitvoering hiervan in regelgeving vormen de eerste stap naar het verhogen van de koopkracht van het zorgpersoneel en het verlagen van de werkdruk omwille van de prioriteit en dringende noden die door de coronacrisis zijn ontstaan. In de toekomst zullen echter nog verdere stappen worden gezet waarbij ook naar een flexibilisering voor het overige personeel van de lokale besturen gekeken kan worden.”

Naar aanleiding van de voorgaande toelichting werd de gemachtigde erop gewezen dat uit de tekst van punt B van punt 3.2.2 van deel I van Luik III van het VIA6-akkoord niet uitdrukkelijk blijkt dat de maatregelen enkel bedoeld zijn voor het verzorgend personeel. De gemachtigde deelde wat dat betreft het volgende mee:

> “De voorliggende regeling geeft uitvoering aan het akkoord dat de Vlaamse Regering en sociale partners hebben bereikt in het VIA6-akkoord. Dit akkoord werd gesloten in het licht van de coronacrisis en had als opzet de continuïteit van de zorg te kunnen garanderen en zorg te kunnen bieden op tijdstippen die verantwoord zijn binnen het zorg- en ondersteuningsplan. De Vlaamse Regering en sociale partners meenden dat dit evidente uitgangspunten zijn van kwalitatieve zorg. Om dit te kunnen realiseren binnen de diensten gezinszorg werden dan ook bijkomende middelen voor tewerkstelling buiten de kantooruren voorzien. Het VIA6-akkoord en de bijhorende uitvoering hiervan in regelgeving vormen de eerste stap naar het verhogen van de koopkracht van het zorgpersoneel en het verlagen van de werkdruk omwille van de prioriteit en dringende noden die door de coronacrisis zijn ontstaan. In de toekomst zullen echter nog verdere stappen worden gezet waarbij ook naar een flexibilisering voor het overige personeel van de lokale besturen gekeken kan worden. Dit werd ook afgestemd met het Agentschap Zorg en Gezondheid, die instaat voor de financiering van deze maatregel. In het betreffende (zie ook verder) financieringsbesluit werd de maatregel enkel voorzien voor het verzorgend personeel. Ten aanzien van de private sector wordt zo aldus een equal level playing field gecreëerd, wat ook het opzet is van het VIA6-akkoord.”

‡LW-ACFWNBHBF-HBCJBUQ‡

Er kan worden vastgesteld dat het onderscheid dat inzake de regeling van de toeslagen en de inhaalrust wordt gemaakt tussen diverse categorieën personeelsleden berust op een objectief criterium, zijnde de inhoud van de uitgevoerde taken door het personeelslid.

Om een verschil in behandeling tussen verschillende categorieën van personen ten aanzien van het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie te verantwoorden, volstaat het evenwel niet het bestaan van objectieve verschillen tussen deze categorieën aan te wijzen. Er moet immers ook aangetoond kunnen worden dat, in de geregelde aangelegenheid, de aangevoerde verschillen relevant zijn om een verschillende behandeling in redelijkheid te verantwoorden of dat het onderscheid relevant is in het licht van het door de ontworpen bepalingen nagestreefde doel en dat ermee niet op onevenredige wijze afbreuk wordt gedaan aan de rechten van de betrokkene.[4]

Het gehanteerde onderscheidingscriterium lijkt alvast niet rechtstreeks te kunnen worden afgeleid uit afspraken in het VIA6-akkoord aangezien dit sectoraal akkoord van toepassing is op “de diensten voor gezinshulp” en er in het specifieke onderdeel dat betrekking heeft op de kwaliteitsevolutie in de sector op het eerste gezicht geen onderscheid wordt gemaakt tussen de verschillende personeelscategorieën. Ermee rekening houdend dat in het VIA6-akkoord bovendien doelstellingen worden vermeld zoals het continueren van de zorg, het bieden van zorg op tijdstippen die verantwoord zijn binnen het zorg- en ondersteuningsplan en het daartoe voorzien van bijkomende middelen voor tewerkstelling buiten de kantooruren, rijst de vraag of het gekozen onderscheidingscriterium wel relevant is, nu andere personeelsleden dan het verzorgend personeel van de diensten voor gezinszorg even goed buiten de kantooruren prestaties kunnen leveren.[5]

De gemachtigde vermeldt dat de ontworpen regeling een eerste stap uitmaakt. Niettemin dienen de stellers van het ontwerp erop toe te zien dat voor het aldus gemaakte onderscheid tussen het verzorgend personeel en andere personeelsleden van de diensten voor gezondheidszorg die evenzeer prestaties kunnen leveren tussen achttien en twintig uur, een meer deugdelijke verantwoording kan worden gegeven en dat het verschil in behandeling geen onevenredige gevolgen teweegbrengt voor de overige personeelsleden.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Opschrift

5. Volgens de gebruikelijke legistieke richtlijnen dient het opschrift van een normatieve tekst nauwkeurig, volledig en beknopt te zijn.[6] In het voorliggende geval hebben de stellers van het ontwerp ervoor geopteerd om in het opschrift de besluiten van de Vlaamse Regering te vermelden die met het ontwerp worden gewijzigd. Dergelijke werkwijze is correct vanuit

[4] Zie o.m. GwH 18 januari 2012, nr. 7/2012, B.14.1; GwH 16 februari 2017, nr. 19/2017, B.9.1.

[5] Zie met name het in artikel 1, 14°, van bijlage 2 bij het besluit van de Vlaamse Regering van 28 juni 2019 bedoelde logistiek personeel.

[6] In de Omzendbrief VR 2019/4 ‘betreffende de Wetgevingstechniek’ wordt onder aanwijzing 50, 3°, in verband met het vereiste van beknoptheid het volgende vermeld: “Geeft het onderwerp in zo weinig mogelijk woorden weer. Op die manier voorkomt u dat de lezer in de war raakt door een lang opschrift waaruit hij het juiste onderwerp van de tekst niet kan afleiden”.

‡LW-ACFWNBHBF-HBCJBUQ‡

legistiek oogpunt maar geldt niet als absoluut. Indien het opschrift daardoor immers te omvangrijk en praktisch moeilijk te hanteren wordt en het voorwerp van de norm erdoor onvoldoende duidelijk tot uitdrukking wordt gebracht, dient te worden geopteerd voor een opschrift met een autonome omschrijving van het onderwerp in de plaats van een opsomming van de te wijzigen besluiten. *In casu* is het, gelet op de strekking van de ontworpen regeling, mogelijk om een afgebakende en tegelijk volledige omschrijving ervan te geven in het aldus aan te passen opschrift.[7]

Artikel 1

6. In het ontworpen artikel 142*bis*, eerste lid, van het besluit van de Vlaamse Regering van 7 december 2007 wordt het verzorgend personeelslid in een erkende dienst voor gezinszorg omschreven met verwijzing naar "artikel 1, 10° en 25°, van bijlage 2" bij het reeds genoemde besluit van de Vlaamse Regering van 28 juni 2019. Voor dergelijke omschrijving kan evenwel worden volstaan met een verwijzing naar artikel 1, 25°, van de betrokken bijlage. Deze laatste bepaling doet er immers van blijken dat het om het verzorgend personeel bij de diensten voor gezinszorg gaat,[8] terwijl in artikel 1, 10°, van de betrokken bijlage, niet zozeer personeelsleden of diensten worden omschreven, doch wel een bepaalde functie, terwijl de ontworpen regeling enkel betrekking heeft op personeelsleden van bepaalde diensten.

Zoals in het ontworpen artikel 142*bis*, eerste lid, van het besluit van de Vlaamse Regering van 7 december 2007, wordt ook in het ontworpen artikel 103*bis*, eerste lid, van het besluit van de Vlaamse Regering van 12 november 2010 (artikel 3 van het ontwerp), de verwijzing naar artikel 1, 10°, van bijlage 2 bij het besluit van de Vlaamse Regering van 28 juni 2019, het best weggelaten.

7. De nota aan de Vlaamse Regering doet ervan blijken dat de raad van het betrokken lokaal bestuur de regeling van het ontworpen artikel 142*bis* van het besluit van de Vlaamse Regering van 7 december 2007, nader zal uitwerken. Dit blijkt niet met zoveel woorden uit de tekst van de ontworpen bepaling. De gemachtigde verstrekte wat dat betreft de volgende toelichting:

> "Op grond van artikel 186 DLB is de raad inderdaad bevoegd om de rechtspositieregeling vast te stellen. In het voorliggende ontwerp van besluit wordt de regeling doorgetrokken die momenteel in het BVR RPR van 7 december 2007 en 12 november 2010 geldt voor onregelmatige prestaties, met name dat de raad de regels vaststelt over de mogelijkheid tot het al dan niet omzetten van de toelage in extra inhaalrust en de bijhorende modaliteiten."

Voor zover met de opdracht van de raden inderdaad gedoeld wordt op de bevoegdheid die in artikel 186 van het decreet van 22 december 2017 aan de raden wordt toegekend, rijst geen probleem. Indien evenwel gedoeld zou worden op een meer specifieke

[7] Daartoe zou er bijvoorbeeld mee kunnen worden volstaan om de vermelding van de te wijzigen besluiten van de Vlaamse Regering weg te laten uit het opschrift en erin enkel aan te geven dat het ontworpen besluit betrekking heeft op een toeslag en extra inhaalrust voor het verzorgend personeel in de publieke gezinszorg.

[8] In artikel 1, 4°, van bijlage 2 bij het besluit van de Vlaamse Regering van 28 juni 2019 wordt het begrip "dienst" omschreven als "een dienst voor gezinszorg".

‡LW-ACFWNBHBF-HBCJBUQ‡

verplichting voor de raden om de nadere regels uit te werken, wat voor de overige onregelmatige prestaties niet meteen uit de relevante bepalingen van de besluiten van 7 december 2007 en 12 november 2010 volgt, dient deze opdracht in de ontworpen bepalingen zelf te worden geregeld.

Eenzelfde opmerking kan worden gemaakt bij het ontworpen artikel 103*bis* van het besluit van de Vlaamse Regering van 12 november 2010 (artikel 3 van het ontwerp).

Artikel 4

8. Aan het ontworpen besluit wordt terugwerkende kracht verleend tot 1 september 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 een van de opgesomde gevallen valt in te passen, kan deze worden gebillijkt.

De ontworpen regeling heeft tot gevolg dat retroactief bijkomende verplichtingen worden opgelegd aan de betrokken lokale besturen. Hierover om nadere toelichting verzocht, deelde de gemachtigde het volgende mee:

> “Er zal een rechtzetting moeten gebeuren want zolang de voorliggende regeling niet definitief werd goedgekeurd, kan de toelage niet uitbetaald worden wegens geen rechtmatige basis om dit toe te kennen of kan er ook geen extra inhaalrust toegekend worden. Het uitbetalen van de toelage werd afgestemd met het Agentschap Zorg en Gezondheid, dat instaat voor de financiering van deze VIA6-maatregel in de publieke en private sector. Dit financieringsbesluit (BVR 11 februari 2022: artikel 8) treedt zowel voor de private als publieke sector retroactief in werking op 1 september 2021 en zorgt ervoor dat alle geleverde prestaties op weekdagen tussen 18u en 20u gefinancierd worden. De diensten gezinszorg zullen jaarlijks via een formuleer aan het Agentschap Zorg en Gezondheid het aantal gepresteerde uren moeten bezorgen in het daaropvolgende jaar. Naar onze informatie zou er aldus in juni 2022 een betaling volgen van al deze onregelmatige prestaties die sinds 1 september 2021 hebben plaatsgevonden. De retroactieve datum van 1 september 2021 is er aldus om te zorgen voor een gelijk speelveld met de private sector waar de maatregel op eenzelfde ogenblik (retroactief) ingang zal vinden en gefinancierd zal worden.
>
> Het gaat tot slot om een recht op toelage of extra inhaalrust (naargelang de keuze van de raad ter zake) dat het bestuur, vanaf de inwerkingtreding van dit besluit, niet kan weigeren. De retroactiviteit wordt ons inziens aldus verantwoord door het feit dat de ontworpen regeling als een voordeel beschouwd kan worden voor de betrokken personeelsleden. Daarnaast heeft de regeling geen nadelige financiële gevolgen voor lokale besturen aangezien zij op basis van het financieringsbesluit van 11 februari 2022 deze maatregel volledig gefinancierd zullen zien.”

‡LW-ACFWNBHBF-HBCJBUQ‡

Rekening houdend met deze toelichting, en met het feit dat de lokale besturen een toelage zullen ontvangen voor het uitbetalen van de toeslag, lijkt de terugwerkende kracht aanvaardbaar. De stellers van het ontwerp zullen er evenwel moeten over waken dat de in het vooruitzicht gestelde toelage voor elk lokaal bestuur alle onregelmatige prestaties dekt die sinds 1 september 2021 zijn gepresteerd.

DE GRIFFIER DE VOORZITTER

Greet VERBERCKMOES Marnix VAN DAMME

‡LW-ACFWNBHBF-HBCJBUQ‡