



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 71.477/3
van 8 juni 2022

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘over een nieuwe functieclassificatie bij lokale besturen en over aangepaste salarisschalen ter uitvoering van het Zesde Vlaams Intersectoraal akkoord van 30 maart 2021 voor de social/non-profitsectoren’

Op 9 mei 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 ‘over een nieuwe functieclassificatie bij lokale besturen en over aangepaste salarisschalen ter uitvoering van het Zesde Vlaams Intersectoraal akkoord van 30 maart 2021 voor de social/non-profitsectoren’.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 24 mei 2022. 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 8 juni 2022.

*

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 uitvoering te geven aan het Zesde Vlaams Intersectoraal akkoord van 30 maart 2021 voor de social/non-profitsectoren voor de periode 2021-2025 (hierna: VIA6) en de protocollen die op 24 november 2021 ter verdere uitvoering van dat akkoord tussen de sociale partners van de publieke sector werden gesloten in de onderafdeling ‘Vlaams Gewest en Vlaamse Gemeenschap’ van de eerste afdeling van het comité voor de provinciale en plaatselijke overheidsdiensten.

Hiertoe wordt bepaald dat de personeelsleden van de lokale besturen die tewerkgesteld zijn in de publieke ouderenzorg (artikel 2 van het ontwerp) of in de publieke geregionaliseerde instellingen (artikel 4) en personeelsleden van de lokale besturen die ter beschikking gesteld worden van de private ouderenzorg (artikel 3), de private geregionaliseerde instellingen (artikel 5) en de federaal gefinancierde gezondheidssectoren (artikel 6), onder de nieuwe functieclassificatie vallen die is overeengekomen in uitvoering van het VIA6. De functieclassificatie is van toepassing op de betrokken personeelsleden die in dienst zijn getreden sinds 1 januari 2022; de personeelsleden die op 31 december 2021 in dienst waren, kunnen vrij instappen in de functiekwalificatie. De raad van het betrokken lokale bestuur stelt de functieclassificatie vast en kan hierbij afwijken van een aantal bepalingen van het besluit van de Vlaamse Regering van 7 december 2007¹ en het besluit van de Vlaamse Regering van 12 november 2010.²

Er wordt in een overgangsregeling voorzien voor bepaalde zorgkundigen tewerkgesteld in de publieke ouderenzorg die instappen in de functieclassificatie, wanneer de vroegere regeling gunstiger is dan de salarisschaal die zij met toepassing van de nieuwe functieclassificatie zouden krijgen (artikel 10).

¹ Besluit van de Vlaamse Regering van 7 december 2007 ‘houdende de minimale voorwaarden voor de personeelsformatie, de rechtspositieregeling en het mandaatsstelsel 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 mandaatsstelsel 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’.

Voorts worden nieuwe salarisschalen vastgesteld voor personeelsleden van de lokale besturen die als kinderbegeleider werken in de publieke kinderopvang of ter beschikking zijn gesteld van de private kinderopvang (artikel 7), en voor personeelsleden die als verzorgend of logistiek personeelslid werken in de publieke thuiszorg of ter beschikking zijn gesteld van de private thuiszorg (artikelen 8 en 9).

RECHTSGROND

3.1. Het ontwerp vindt in beginsel rechtsgrond in het in de rubriek ‘Rechtsgrond’ in de aanhef vermelde artikel 195, eerste lid, 1° en 2°, van het decreet van 22 december 2017 ‘over het lokaal bestuur’. Naar luid van die bepaling stelt de Vlaamse Regering minimale voorwaarden vast voor minstens de volgende aspecten van de rechtspositieregeling van het personeel: 1° de bezoldigingsregeling en de salarisschalen; 2° de toekenning van toelagen en vergoedingen.

3.2. Er moet evenwel een voorbehoud worden gemaakt bij het derde lid, 8°, van de artikelen 2 tot 5 van het ontwerp en het tweede lid, 8° en 9°, van artikel 6 van het ontwerp. In deze bepalingen wordt de raad van het bevoegde lokaal bestuur gemachtigd om af te wijken van de bepalingen inzake het salaris of inzake de toelagen, vergoedingen en sociale voordelen in het besluit van de Vlaamse Regering van 7 december 2007 en het besluit van de Vlaamse Regering van 12 november 2010.

Aldus wordt de raad van het lokaal bestuur gemachtigd om af te wijken van de door de Vlaamse Regering overeenkomstig artikel 195, eerste lid, 1° en 2°, van het decreet van 22 december 2017 vastgestelde minimale voorwaarden inzake bezoldigingsregeling en salarisschalen en inzake de toekenning van toelagen en vergoedingen. Vermits het om “minimale voorwaarden” gaat, moeten die echter in beginsel op uniforme wijze gelden.

Weliswaar vloeit uit de ontworpen regeling voort dat de raad van het lokaal bestuur in kwestie bij het bepalen van de functieclassificatie in die afwijkingen kan voorzien. In het eerste en tweede lid van de artikelen 2 tot 5 van het ontwerp wordt telkens bepaald dat het gaat om “de functieclassificatie ter uitvoering van het Zesde Vlaams Intersectoraal akkoord van 30 maart 2021 voor de social/non-profitsectoren” en stelt het vierde lid van deze artikelen dat “[d]e afwijkingen (...) worden vastgesteld in overeenstemming met de functieclassificatie, vermeld in het eerste en het tweede lid”. Het VIA6 stelt evenwel geen functieclassificaties vast, laat staan dat de impact van deze functieclassificatie voor de toe te kennen salarisschalen wordt bepaald. Zoals de gemachtigde bevestigde, worden de functieclassificatie en de bijhorende salarisschalen bepaald in de bijlagen bij de protocollen die op 24 november 2021 in de onderafdeling ‘Vlaams Gewest en Vlaamse Gemeenschap’ van de eerste afdeling van het comité voor de provinciale en plaatselijke overheidsdiensten werden gesloten tussen de sociale partners van de publieke sector.

Daarbij komt nog dat noch het VIA6, noch de voormelde protocollen van 24 november 2021 directe werking hebben in de rechtsorde en dat ze geen wetskrachtige akte uitmaken. Door in het ontwerp al dan niet impliciet naar deze teksten te verwijzen lijkt de Vlaamse Regering de bedoeling te hebben zich de inhoud ervan toe te eigenen, maar dit neemt niet weg dat het niet duidelijk is naar welke teksten precies wordt verwezen, dat deze teksten hoe dan ook niet

als normatieve bepalingen zijn geredigeerd en dat ze bovendien niet zijn omgeven met de waarborgen waarmee klassieke regelgeving wel is omgeven, bijvoorbeeld op het vlak van de bekendmaking ervan overeenkomstig artikel 190 van de Grondwet.³

Gelet op wat voorafgaat moeten de functieclassificaties en de bijhorende salarisschalen ter uitvoering van het VIA6 in het ontwerp zelf worden bepaald.

ALGEMENE OPMERKINGEN

4.1.1. Het ontwerp doet een verschil in behandeling ontstaan tussen, enerzijds, personeelsleden die op 31 december 2021 werkten in de publieke ouderenzorg en in een publieke geregionaliseerde instelling (artikelen 2, eerste lid, en 4, eerste lid, van het ontwerp) en personeelsleden die ter beschikking worden gesteld van een federaal gefinancierde gezondheidsinstelling of -entiteit⁴ (artikel 6, eerste lid, van het ontwerp) en, anderzijds, personeelsleden die op 31 december 2021 ter beschikking werden gesteld van een private Vlaamse dienst in de ouderenzorg (artikel 3, eerste lid, van het ontwerp) of van een private geregionaliseerde instelling (artikel 5, eerste lid, van het ontwerp). Wanneer die personeelsleden vrijwillig instappen in de nieuwe functieclassificatie, is enkel voor de eerste groep van personeelsleden de instap met terugwerkende kracht van toepassing vanaf 1 juli 2021.

Gevraagd naar een verantwoording voor dit verschil in behandeling in het licht van het grondwettelijke beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie, verklaarde de gemachtigde:

“Er is geen terugwerkende kracht van toepassing ten aanzien van de ter beschikking gestelde personeelsleden in private ouderenzorg of private geregionaliseerde instellingen wanneer zij ervoor kiezen om in te stappen in IFIC. Dit werd zo afgesproken tussen de sociale partners in de protocollen die op 24 november 2021 werden afgesloten in het comité C1 met betrekking tot de uitrol van IFIC in de publieke ouderenzorg en geregionaliseerde sectoren. Het opzet van het uitrollen van IFIC in de publieke sectoren is het creëren van een gelijk speelveld met de private sector. In de private sector is deze functieclassificatie reeds enkele jaren (gedeeltelijk) uitgerold. In het licht hiervan wordt nu ook de mogelijkheid gecreëerd voor personeelsleden van lokale besturen die ter beschikking zijn gesteld in private diensten in de ouderenzorg of private geregionaliseerde instellingen om eveneens in IFIC te stappen, net zoals de andere personeelsleden van die private diensten waarmee zij dagdagelijks op de werkvloer staan. Het feit dat er voor hen

³ Voor een gelijkaardige opmerking, adv.RvS 69.606/3 van 14 juli 2021 over een ontwerp dat heeft geleid tot het besluit van de Vlaamse Regering van 10 september 2021 ‘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’, opmerkingen 5.1 tot 5.5. Zie ook 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 gezondheidsinstellingen en -diensten’, opmerking 6.

⁴ Het betreft volgens de gemachtigde enkel instellingen van de publieke sector.

geen retroactieve werking is van deze uitrol tot 1 juli 2021 zoals voor de personeelsleden in de publieke ouderenzorg of geregionaliseerde sectoren, vormt geen ongelijke behandeling omdat de ter beschikking gestelde personeelsleden zich in een andere situatie bevinden ten aanzien van de uitrol van IFIC dan de lokale personeelsleden werkzaam in publieke diensten, waar VIA nu pas wordt uitgerold.”

4.1.2. De keuze van de sociale partners bij het sluiten van het VIA6 volstaat op zich niet om het hiervoor vermelde verschil in behandeling te verantwoorden.

Daarbij komt nog dat de betrokkenen allen personeelslid zijn van eenzelfde lokaal bestuur en eenzelfde soort functie uitoefenen. Het enige wat hen onderscheidt is dat de ene categorie van personeelsleden wordt tewerkgesteld in een instelling van het lokaal bestuur, terwijl de andere categorie van personeelsleden op grond van artikel 185 van het decreet van 22 december 2017 tijdelijk ter beschikking wordt gesteld van een gelijkaardige private instelling. Opdat het voormelde verschil in behandeling aanvaardbaar zou zijn, volstaat dit objectief verschil niet, maar moet het criterium van onderscheid pertinent zijn in het licht van de nagestreefde doelstelling en moeten de gevolgen van de ontworpen regeling evenredig zijn.

Bovendien moet worden vastgesteld dat de salarisschalen waarin de ontworpen regeling voorziet voor personeelsleden die op 31 december 2021 tewerkgesteld zijn als kinderbegeleider (artikel 7 van het ontwerp) of als verzorgend en logistiek personeelslid in de diensten in de thuiszorg (artikelen 8 en 9), worden toegekend vanaf 1 juli 2021, zonder dat daarbij een onderscheid wordt gemaakt tussen de publieke en de private sector. Bijgevolg kan de argumentatie van de gemachtigde dat de afspraken in het VIA6 dienaangaande enkel gelden voor de publieke sector, niet volstaan.

Gelet op wat voorafgaat ziet de Raad van State, afdeling Wetgeving, niet in hoe het gemaakte verschil in behandeling pertinent en relevant kan zijn in het licht van het nastreefde doel, zodat de bestaanbaarheid ervan met het grondwettelijke beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie hoogst twijfelachtig is.

4.2.1. De overgangsregeling waarin artikel 10 van het ontwerp voorziet voor bepaalde zorgkundigen tewerkgesteld in de publieke ouderenzorg die instappen in de functieclassificatie doet een dubbel verschil in behandeling ontstaan dat moet kunnen worden verantwoord in het licht van het grondwettelijke beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie.

Enerzijds zullen zorgkundigen in de publieke ouderenzorg die instappen in de functieclassificatie van deze overgangsregeling kunnen genieten, terwijl dat niet het geval is voor andere personeelsleden in de publieke ouderenzorg die overeenkomstig artikel 2 van het ontwerp instappen in de functieclassificatie.

Anderzijds geldt deze overgangsregeling enkel ten aanzien van zorgkundigen in de publieke ouderenzorg die instappen in de functieclassificatie en niet ten aanzien van zorgkundigen in de private ouderenzorg die overeenkomstig artikel 3 van het ontwerp instappen in de functieclassificatie.

4.2.2. Gevraagd naar een verantwoording voor deze verschillen in behandeling verklaarde de gemachtigde dat de zorgkundigen de enige personeelscategorie zijn die na 18 jaar anciënniteit in het nieuwe classificatiesysteem er niet financieel op vooruitgaan. Gelet op die verklaring kan het verschil in behandeling ten aanzien van de andere personeelsleden *in de publieke ouderenzorg* worden aanvaard.

Het gegeven dat de ontworpen regeling niet geldt ten aanzien van de personeelsleden die ter beschikking worden gesteld van de private ouderenzorg is, volgens de gemachtigde, het gevolg van de afspraken gemaakt in het VIA6, die enkel gelden voor de publieke sector. Zoals hiervoor reeds is opgemerkt kan de keuze van de sociale partners bij het sluiten van het VIA6 op zich niet volstaan om het verschil in behandeling tussen personeelsleden in de publieke en de private ouderenzorg te verantwoorden.

5.1. Luidens artikel 11 van het ontwerp heeft het te nemen besluit uitwerking met ingang van 1 januari 2022. Bovendien vloeit uit de artikelen 2, 4, 6, 7, 8 en 9 van het ontwerp voort dat de aldaar bepaalde ontworpen regeling voor sommige personeelsleden terugwerkt tot 1 juli 2021.

5.2. In dat verband moet worden opgemerkt dat het verlenen van terugwerkende kracht aan besluiten slechts toelaatbaar is 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.

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

“Door deze terugwerkende kracht worden bijkomende voordelen toegekend aan de personeelsleden die vallen onder de bovenstaande bepalingen vanaf 1 januari 2022 en desgevallend vanaf 1 juli 2021 voor de werknemers die reeds werkten in het bestuur op 1 juli 2021 en er nog steeds werkzaam waren op 31 december 2021. Met deze retroactieve inwerkingtreding wordt uitvoering gegeven aan het deelakkoord VIA6 – koopkracht publieke sector dat op 22 december 2020 werd gesloten tussen de sociale partners en de Vlaamse Regering, het VIA6-akkoord dat op 30 maart 2021 werd gesloten tussen de sociale partners en de Vlaamse Regering, en de protocollen die op 24 november 2021 werden afgesloten in het comité C1.

Door de retroactieve inwerkingtreding op 1 januari 2022 zullen nieuwe personeelsleden vanaf 1 januari 2022 binnen de publieke ouderenzorg en publieke geregionaliseerde instellingen, nieuwe terbeschikkinggestelde personeelsleden vanuit een lokaal bestuur in de private ouderenzorg of geregionaliseerde instellingen, nieuwe kinderbegeleiders in de publieke kinderopvang, nieuwe terbeschikkinggestelde kinderbegeleiders vanuit een lokaal bestuur in de private kinderopvang, nieuw verzorgend of logistiek personeel in de publieke thuiszorg en nieuwe terbeschikkinggestelde verzorgende of logistieke personeelsleden vanuit een lokaal bestuur in de private thuiszorg, indien zij aan de voorwaarden van dit besluit voldoen, automatisch in de nieuwe

functieclassificatie stappen of recht hebben op de aangepaste nieuwe barema's als vastgesteld in dit besluit. Door de retroactieve inwerkingtreding wordt beoogd, in de geest van het VIA6-akkoord, een zo gelijk mogelijk speelveld te creëren met de private sector, waar de nieuwe functieclassificatie en verhoogde barema's reeds eerder van toepassing werden."

5.4. In zoverre de ontworpen regeling een voordeel inhoudt, kan de terugwerkende kracht – onverminderd hetgeen hiervoor is opgemerkt over de bestaanbaarheid van de ontworpen regeling met het gelijkheidsbeginsel – worden aanvaard.

Weliswaar blijkt uit hetgeen de gemachtigde heeft verklaard over de overgangsregeling waarin artikel 10 van het ontwerp voorziet dat zorgkundigen die overeenkomstig artikel 2, eerste en tweede lid, instappen in de functieclassificatie geen financieel voordeel genieten (opmerking 4.2.2). De overgangsregeling beoogt dit juist te verhelpen, zodat ook ten aanzien van die categorie van personen – en eveneens onder voorbehoud van hetgeen hiervoor is opgemerkt over de bestaanbaarheid van die bepaling met het grondwettelijke beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie – de terugwerkende kracht kan worden aanvaard.

6. In zoverre het te nemen besluit terugwerkt tot 1 januari 2022, en in sommige gevallen tot 1 juli 2021, rijst de vraag naar de toepassing ervan op personeelsleden die tussen die data werkzaam waren in een van de geviseerde instellingen, maar die op het ogenblik van de inwerkingtreding van het te nemen besluit ontslag hebben genomen of zijn ontslagen.

De gemachtigde verklaarde dat de betrokken personeelsleden *de facto* op 7 april de keuze hebben gemaakt om al dan niet aan de functieclassificatie en de bijhorende salarisschaal te zijn onderworpen:

"Op grond van de protocollen die tussen de sociale partners werden afgesloten in het comité C1 op 24 november 2021 zouden alle personeelsleden, die op 31 december 2021 werkzaam waren in de publieke ouderenzorg of geregionaliseerde instellingen én dit nog steeds waren op moment van uitrol IFIC (datum E: ten laatste 7 april 2022), een voorstel van sectorale functietoewijzing in de nieuwe functieclassificatie, met salaris simulatie, ten laatste ontvangen op 7 april 2022."

Een en ander houdt in dat personeelsleden die op 31 december 2021 werkzaam waren in een van de geviseerde diensten, maar die tussen 1 januari 2022 en 7 april 2022 ontslag hebben genomen of ontslagen zijn in beginsel niet onder de toepassing van de ontworpen regeling zouden vallen. Dit zou moeten worden verduidelijkt.

Bovendien zal in het licht van het grondwettelijke beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie moeten kunnen worden verantwoord waarom (gewezen) personeelsleden voor de periode tussen, enerzijds, 1 april 2021 of 1 januari 2022 en, anderzijds, de datum van hun ontslag, niet van de ontworpen regeling kunnen genieten, terwijl personeelsleden die geen ontslag hebben genomen of niet werden ontslagen voor diezelfde periode wel van de ontworpen regeling kunnen genieten. De gemachtigde voerde dienaangaande aan dat "[h]et niet-toekennen van de retroactieve correctie (...) het vermijden van administratieve overlast en een herberekening van verloning bij uitdiensttreding [beoogt]". Deze verantwoording volstaat op zich niet, aangezien ook

voor de personeelsleden die nog in dienst zijn, de verloning zal moeten worden herberekend. Bijgevolg moet in een bijkomende verantwoording kunnen worden voorzien.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikelen 3 en 5

7. In het eerste lid van de artikelen 3 en 5 van het ontwerp wordt, in tegenstelling tot hetgeen het geval is in het eerste lid van de artikelen 2 en 4 van het ontwerp, niet gepreciseerd dat de in die bepaling vervatte regeling personeelsleden betreft die *op 31 december 2021* ter beschikking werden gesteld van een private Vlaamse dienst in de ouderenzorg (artikel 3, eerste lid, van het ontwerp) of van een private geregionaliseerde instelling (artikel 5, eerste lid, van het ontwerp). Nochtans blijkt uit het tweede lid van die bepalingen dat dit de bedoeling is van de ontworpen regeling.

Bijgevolg moet het eerste lid van de artikelen 3 en 5 van het ontwerp in die zin worden aangevuld.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Annemie GOOSSENS

Wilfried VAN VAERENBERGH