RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 76.068/1
van 3 mei 2024

over

een ontwerp van koninklijk besluit ‘tot uitvoering van artikel 2, § 2, van de wet van 16 november 2015 houdende diverse bepalingen inzake sociale zaken voor de Duitstalige Gemeenschap, met betrekking tot de uitbreiding van het toepassingsgebied van de flexi-jobs’

CONSEIL D’ÉTAT
section de législation

avis 76.068/1
du 3 mai 2024

sur

un projet d’arrêté royal ‘portant exécution de l’article 2, § 2, de la loi du 16 novembre 2015 portant des dispositions diverses en matière sociale pour la Communauté germanophone, en ce qui concerne l’extension du champ d’application des flexi-jobs’

#LW-CEFYQDECH-HGAGIMW#

Op 3 april 2024 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Sociale Zaken verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een ontwerp van koninklijk besluit 'tot uitvoering van artikel 2, § 2, van de wet van 16 november 2015 houdende diverse bepalingen inzake sociale zaken voor de Duitstalige Gemeenschap, met betrekking tot de uitbreiding van het toepassingsgebied van de flexi-jobs'.

Het ontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 25 april 2024. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Brecht STEEN en Annelies D'ESPALLIER, staatsraden, Michel TISON, assessor, en Ilse ANNÉ, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Jonas RIEMSLAGH, auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Brecht STEEN, staatsraad.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 3 mei 2024.

*

Le 3 avril 2024, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Ministre des Affaires sociales à communiquer un avis dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté royal 'portant exécution de l'article 2, § 2, de la loi du 16 novembre 2015 portant des dispositions diverses en matière sociale pour la Communauté germanophone, en ce qui concerne l'extension du champ d'application des flexi-jobs'.

Le projet a été examiné par la première chambre le 25 avril 2024. La chambre était composée de Marnix VAN DAMME, président de chambre, Brecht STEEN et Annelies D'ESPALLIER, conseillers d'État, Michel TISON, assesseur, et Ilse ANNÉ, greffier.

Le rapport a été présenté par Jonas RIEMSLAGH, auditeur.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise de l'avis a été vérifiée sous le contrôle de Brecht STEEN, conseiller d'État.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 3 mai 2024.

*

‡LW-CEFYQDECH-HGAGIMW‡

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 voor advies voorgelegde ontwerp van koninklijk besluit strekt tot de uitbreiding van het toepassingsgebied van de regeling inzake de flexi-jobs, zoals bepaald in hoofdstuk 2 van de wet van 16 november 2015 'houdende diverse bepalingen inzake sociale zaken', met ingang van 1 juli 2024 (artikel 2 van het ontwerp).

De uitbreiding heeft betrekking, bondig samengevat, op werknemers en werkgevers met als hoofdactiviteit kinderopvang die niet onder de wet van 5 december 1968 'betreffende de collectieve arbeidsovereenkomsten en de paritaire comités' ressorteren en gevestigd zijn in het Duitse taalgebied of afhangen van de Duitstalige Gemeenschap in België (artikel 1, 1°, van het ontwerp), op de administratie van de Duitstalige Gemeenschap die de bevoegdheid onderwijs onder zich heeft en voor zover het functies betreft die worden uitgeoefend in het door deze gemeenschap ingericht of gesubsidieerd officieel onderwijs en het door deze gemeenschap gesubsidieerd vrij onderwijs (artikel 1, 2°, van het ontwerp), op bepaalde activiteiten binnen het officieel onderwijs ingericht of gesubsidieerd door de Duitstalige Gemeenschap (artikel 1, 3°, van het ontwerp), op bepaalde activiteiten binnen het door de Duitstalige Gemeenschap gesubsidieerd vrij onderwijs, voor zover het functies betreft waarvoor gewoonlijk gesubsidieerd personeel wordt ingezet dat niet onder voornoemde wet van 5 december 1968 ressorteert (artikel 1, 4°, van het ontwerp) en op de werknemers en werkgevers uit de sport- en cultuursector die niet ressorteren onder de wet van 5 december 1968 en gevestigd zijn in het Duitse taalgebied of afhangen van de Duitstalige Gemeenschap in België (artikel 1, 5°, van het ontwerp).

3.1. Het ontwerp vindt in beginsel rechtsgrond in artikel 2, § 2, van de wet van 16 november 2015, onder voorbehoud van hetgeen hierna wordt opgemerkt.

3.2.1.1. Artikel 1, 1°, van het ontwerp breidt het toepassingsgebied van de flexi-jobreglementering uit tot "de werknemers en de werkgevers met als hoofdactiviteit kinderopvang (NACE 88.91) die niet onder de wet van 5 december 1968 betreffende de collectieve arbeidsovereenkomsten en de paritaire comités ressorteren, en gevestigd zijn in het Duitse taalgebied of afhangen van de Duitstalige Gemeenschap in België", met ander woorden tot de werknemers en de werkgevers die als hoofdactiviteit kinderopvang hebben in de publieke sector van de Duitstalige Gemeenschap.

Weliswaar bepaalt artikel 2, § 2, eerste lid, 1°, van de wet van 16 november 2015 dat flexi-jobs kunnen worden uitgebreid tot de kinderopvangactiviteiten van "de werknemers en werkgevers die ressorteren onder het paritair comité voor de Vlaamse welzijns- en gezondheidssector (PC 331) met als hoofdactiviteit kinderopvang (NACE 88.91), *of voor wat de werkgevers betreft die niet onder dezelfde wet van 5 december 1968 ressorteren, als hoofdactiviteit kinderopvang (NACE 88.91) hebben.*" Uit die laatste zinsnede zou kunnen worden afgeleid dat de

‡LW-CEFYQDECH-HGAGIMW‡

beperking tot de Vlaamse Gemeenschap die geldt voor de kinderopvang in de private sector (eerste zinsnede), niet geldt voor de kinderopvang in de publieke sector.

Overeenkomstig artikel 2, § 2, tweede lid, 2°, van de wet van 16 november 2015 moet de toepassing van die bepaling evenwel worden voorafgegaan door een vraag van de betrokken gefedereerde entiteit die "enkel betrekking heeft op dit deel van de bedrijfstak waarover de gefedereerde entiteit aantoont dat het gaat om diensten die door of namens de overheid worden uitgevoerd in het kader van haar publieke taak (diensten algemeen belang) *of wat kinderopvang betreft, de inrichtingen en diensten die door de Vlaamse Gemeenschap of de Vlaamse Gemeenschapscommissie worden erkend en/of gesubsidieerd*".

Aangezien voor de uitbreiding tot kinderopvang moet worden aangetoond dat het gaat om de inrichtingen en diensten die zijn erkend en/of gesubsidieerd door de Vlaamse Gemeenschap (of de Vlaamse Gemeenschapscommissie), lijkt artikel 2, § 2, tweede lid, 2°, van de wet van 16 november 2015 te verhinderen dat een aanvraag gebeurt tot uitbreiding van de flexi-jobs tot de publieke kinderopvang van andere deelgebieden, hoewel artikel 2, § 2, eerste lid, 1°, van dezelfde wet dit op het eerste gezicht mogelijk maakt.

3.2.1.2. Ondervraagd over de precieze draagwijdte van artikel 2, § 2, tweede lid, 2°, van de wet van 16 november 2015 op het vlak van de deelgebieden die in aanmerking komen voor de uitbreiding van flexi-jobs tot de kinderopvang, verklaarde de gemachtigde het volgende:

> "Instellingen in de Duitstalige Gemeenschap die als hoofdactiviteit kinderopvang hebben en niet onder de wet van 5 december 1968 vallen, kunnen onder de voorwaarde van artikel 2, § 2, eerste lid, 1°, van de wet van 16 november 2015 vallen.
>
> Het tweede deel van artikel 2, § 2, tweede lid, 2°, van de wet van 16 november 2015 ('*of wat kinderopvang betreft, de inrichtingen en diensten die door de Vlaamse Gemeenschap of de Vlaamse Gemeenschapscommissie worden erkend en/of gesubsidieerd*') geldt enkel voor het deel van de private kinderopvangsector. De publieke kinderopvangsector wordt immers niet erkend of gesubsidieerd door een gemeenschap, aangezien ze deel uitmaakt van die entiteit.
>
> Het doel van deze laatste bepaling was immers een kader te bieden voor de uitbreiding van flexi-jobs naar de private kinderopvangsector voor de Vlaamse Gemeenschap (PC 331). Het zijn namelijk de werkgevers van de private sector die een verzoek indienen tot erkenning en/of subsidiëring. Deze laatste bepaling toepassen op de publieke sector zou de deur voor de publieke sector naar de kinderopvang sluiten. Dit is zeker niet de bedoeling van de wetgever aangezien er in artikel 2, § 2, eerste lid, 1°, van de wet van 16 november 2015 nu net een wettelijke basis wordt gecreëerd om de publieke sector op te nemen."

3.2.1.3. Het antwoord van de gemachtigde kan niet worden bijgetreden.

Uit de tekst van artikel 2, § 2, tweede lid, 2°, van de wet van 16 november 2015 blijkt niet dat de vereiste dat "de inrichtingen en diensten (…) door de Vlaamse Gemeenschap of de Vlaamse Gemeenschapscommissie worden erkend en/of gesubsidieerd" enkel zou gelden ten aanzien van de private kinderopvangsector. Integendeel blijkt uit de tekst van die bepaling dat die voorwaarde zonder meer geldt "wat kinderopvang betreft".

‡LW-CEFYQDECH-HGAGIMW‡

Bovendien kan ook de stelling dat de publieke kinderopvang niet kan worden erkend of gesubsidieerd door een gemeenschap "aangezien ze deel uitmaakt van die entiteit" niet worden onderschreven. Het is immers zo dat in bepaalde deelgebieden lokale besturen of andere overheidsdiensten kinderopvang organiseren en in dat kader over een erkenning en/of subsidies beschikken. Dergelijke kinderopvang wordt ingericht door overheden die niet onder de wet van 5 december 1968 ressorteren.[1] Het *Zentrum der Deutschsprachigen Gemeinschaft für Kinderbetreuung*, een instelling van openbaar nut, dat (volgens de gemachtigde als enige overheid) kinderopvang in de Duitstalige Gemeenschap inricht,[2] is trouwens krachtens artikel 6, tweede lid, van het decreet van 31 maart 2014 'über die Kinderbetreuung', wel degelijk van rechtswege erkend als dienstverrichter die kinderopvang aanbiedt.[3]

3.2.1.4. Uit de parlementaire voorbereiding van de programmawet van 22 december 2023, die artikel 2, § 2, van de wet van 16 november 2015 heeft ingevoegd, kan evenmin met zekerheid de bedoeling van de wetgever worden afgeleid. Hoewel in de memorie van toelichting wordt gesteld dat "het wetsontwerp de mogelijkheid [voorziet] voor elke deelstaat om na overleg op het Overlegcomité zelfstandig te beslissen om de toelating van flexi-jobs voor de genoemde sectoren te voorzien" en dat "[z]owel de vraag van de Vlaams[e] Regering die aan de basis lag van deze uitbreiding, alsook elke beslissing van deelstaten om sectoren geheel of gedeeltelijk in te voeren of uit te sluiten, moet worden gemotiveerd op basis van arbeidspieken en arbeidsmarktkrapte in de betrokken (deel)sectoren"[4], lijkt die passage op het in artikel 2, § 2, van de wet van 16 november 2015 geregelde uitbreidingsmechanisme in zijn geheel betrekking te hebben. Daaruit kunnen geen specifieke gevolgen worden afgeleid voor de afzonderlijke sectoren die in die bepaling worden vernoemd en de kinderopvang in het bijzonder. Die passage kan bovendien geen afbreuk doen aan de duidelijke tekst van artikel 2, § 2, tweede lid, 2°, van de wet van 16 november 2015.

Over de artikelen van het voorontwerp dat heeft geleid tot de programmawet van 22 december 2023 waarbij artikel 2, § 2, van de wet van 16 november 2015 is ingevoegd, merkte de Raad van State, overigens reeds het volgende op:[5]

> "Uit het geheel van het ontworpen artikel 2, § 2, blijkt, zoals de gemachtigde ook aangaf, dat de ontworpen regeling (mogelijk) tot gevolg heeft "dat de flexi-jobsregeling van toepassing is ten aanzien van werkgevers die ressorteren onder één deelstaat, louter omdat die deelstaat daartoe heeft verzocht en andere deelstaten niet (…) gezien is gekozen voor een aanpak van asymmetrisch beleid voor de opgesomde sectoren". Die asymmetrische toepassing volgt trouwens ook al deels uit het ontworpen artikel 2, § 2, eerste lid, 1°, en § 2, tweede lid, 2°, zelf waarin respectievelijk wordt verwezen naar het "paritair comité voor de *Vlaamse* welzijns- en gezondheidssector (PC 331)" en "wat kinderopvang betreft, de inrichtingen en diensten die door de *Vlaamse Gemeenschap of de Vlaamse Gemeenschapscommissie* worden erkend en/of gesubsidieerd". Aldus worden de

[1] Artikel 2, § 3, 1, van de wet van 5 december 1968.

[2] Zie artikel 6, tweede lid, 1°, van het decreet van 22 mei 2023 'zur Schaffung eines Zentrums der Deutschsprachigen Gemeinschaft für Kinderbetreuung'.

[3] Luidens artikel 28, § 3, van het decreet van 22 mei 2023 kan het *Zentrum* evenwel geen binnen de perken van de beschikbare begrotingsmiddelen toegekende subsidies voor kinderopvang ontvangen.

[4] *Parl.St.* Kamer 2023-24, nr. 55-3697/001, 143.

[5] Adv.RvS 74.803/1-2-3-4 van 10 november 2023, *Parl.St.* Kamer 2023-24, opm. 1.2.3.1 bij artikel 204.

‡LW-CEFYQDECH-HGAGIMW‡

werkgevers van de Brusselse, Franstalige en Duitstalige welzijns- en gezondheidssector die de betrokken activiteiten verrichten en hun werknemers zonder meer uitgesloten van de mogelijke uitbreiding van het toepassingsgebied."

3.2.1.5. Gelet op de zo-even vermelde elementen kan artikel 1, 1°, van het ontwerp niet worden ingepast in artikel 2, § 2, eerste lid, 1°, van de wet van 16 november 2015, gelezen in samenhang met artikel 2, § 2, tweede lid, 2°, van die wet. Dit onderdeel van het ontwerp kan bijgevolg geen doorgang vinden.

3.2.2.1. Er is evenmin rechtsgrond voorhanden voor de uitbreiding van het toepassingsgebied van de flexi-jobs tot "de administratie van de Duitstalige Gemeenschap die de bevoegdheid onderwijs onder zich heeft en voor zover het functies betreft die worden uitgeoefend in het door deze gemeenschap ingericht of gesubsidieerd officieel onderwijs en het door deze gemeenschap gesubsidieerd vrij onderwijs" (artikel 1, 2°, van het ontwerp).

Overeenkomstig artikel 2, § 2, eerste lid, 2°, van de wet van 16 november 2015 kan het toepassingsgebied van de flexi-jobreglementering weliswaar worden uitgebreid met "het officieel onderwijs en het gesubsidieerd personeel van het door de gemeenschap gesubsidieerd vrij onderwijs". Maar "de administratie van de Duitstalige Gemeenschap die de bevoegdheid onderwijs onder zich heeft" kan onder geen beding worden beschouwd als een vorm van officieel onderwijs of als een vorm van door de gemeenschap gesubsidieerd vrij onderwijs in de zin van artikel 2, § 2, eerste lid, 2°, van de wet van 16 november 2015.

3.2.2.2. Het feit dat de uitbreiding enkel geldt "voor zover het functies betreft die worden uitgeoefend in het door deze gemeenschap ingericht of gesubsidieerd officieel onderwijs en het door deze gemeenschap gesubsidieerd vrij onderwijs"[6] doet daaraan niets af.

Voor zover dergelijke functies worden uitgeoefend in het door de Duitstalige Gemeenschap gesubsidieerd vrij en officieel onderwijs, zijn het immers functies waarbij er geen enkele arbeidsrelatie ontstaat tussen de werknemer en de inrichtende machten van de onderwijsinstellingen van het gesubsidieerd vrij en officieel onderwijs. Er ontstaat daarentegen wel een arbeidsrelatie met (de administratie van) de Duitstalige Gemeenschap. Wat het gesubsidieerd vrij onderwijs betreft, stelt artikel 2, § 2, eerste lid, van de wet van 16 november 2015 bovendien uitdrukkelijk dat flexijobs enkel kunnen worden uitgebreid tot "het gesubsidieerd personeel *van* het door de gemeenschap gesubsidieerd vrij onderwijs".

Voor zover dergelijke functies in beginsel worden uitgeoefend in het gemeenschapsonderwijs van de Duitstalige Gemeenschap door personen die niet kunnen worden beschouwd als personeelsleden van de onderwijsinstellingen van het gemeenschapsonderwijs in de zin van de wet van 22 juni 1964 'over het statuut van de personeelsleden van het Rijksonderwijs', is er evenmin rechtsgrond voor. Die functies worden dan immers niet uitgeoefend door personeelsleden van het "officieel onderwijs" in de zin van artikel 2, § 2, eerste lid, 2°, van de wet van 16 november 2015, maar door personeelsleden van (de administratie van) de Duitstalige

[6] Volgens de gemachtigde gaat het om volgende functies: "De in artikel 1, 2° van het KB beoogde functies zijn onder meer taken van toezicht in het onderwijs, dienstverlenende taken en taken voor specifieke incidentele onderwijsactiviteiten. Dit uiteraard voor zover het personeel betreft dat niet onder de wet van 5 december 1968 betreffende de collectieve arbeidsovereenkomsten en de paritaire comités ressorteert."

‡LW-CEFYQDECH-HGAGIMW‡

gemeenschap. Overigens is de ontworpen bepaling overbodig voor zover de functies die door de gemachtigde werden genoemd in beginsel zouden worden uitgeoefend door personeelsleden van onderwijsinstellingen van het gemeenschapsonderwijs[7]. Die functies vallen immers reeds onder toepassing van artikel 1, 3°, van het ontwerp.

De conclusie is dan ook dat artikel 1, 2°, uit het ontwerp moet worden weggelaten.

3.3. Artikel 193 van de programmawet van 22 december 2023, dat wordt vermeld in het tweede lid van de aanhef, bevat slechts een overgangsbepaling en biedt geen rechtsgrond voor het ontwerp.

VOORAFGAANDE VORMVEREISTEN

4.1. Uit artikel 2, § 2, tweede lid, van de wet van 16 november 2015 volgt dat het voor advies voorgelegde ontwerp moet worden voorafgegaan door een vraag van de betrokken gefedereerde entiteit, in dit geval de Duitstalige Gemeenschap. Die vraag wordt enkel in overweging genomen door de federale overheid op voorwaarde dat de vraag voorafgaandelijk overlegd werd in het Overlegcomité en enkel betrekking heeft op de delen van de bedrijfstakken "waarover de gefedereerde entiteit aantoont dat het gaat om diensten die door of namens de overheid worden uitgevoerd in het kader van haar publieke taak (diensten algemeen belang) of wat kinderopvang betreft, de inrichtingen en diensten die door de Vlaamse Gemeenschap of de Vlaamse Gemeenschapscommissie worden erkend en/of gesubsidieerd".

4.2. Bij de adviesaanvraag is een nota van 31 januari 2024 gevoegd van de Regering van de Duitstalige Gemeenschap aan het Overlegcomité. Daarin wordt de federale Regering verzocht het toepassingsgebied van de flexi-jobreglementering uit te breiden tot de in die nota vermelde sectoren. Het overleg in het Overlegcomité heeft plaatsgevonden op 28 februari 2024.

De nota van 31 januari 2024 bevat echter geen uitdrukkelijke argumentatie zoals bedoeld in artikel 2, § 2, tweede lid, 2°, van de wet van 16 november 2015, waarin wordt aangetoond dat de bedrijfstakken waartoe de flexi-jobs worden uitgebreid diensten zijn die door of namens de overheid worden uitgevoerd in het kader van haar publieke taak (diensten algemeen belang).

In de nota wordt evenmin gewag gemaakt van een uitbreiding van het toepassingsgebied van de flexi-jobs tot "de administratie van de Duitstalige Gemeenschap die de bevoegdheid onderwijs onder zich heeft". Daargelaten de vraag of er voldoende rechtsgrond is voor deze uitbreiding (zie hoger opmerkingen 3.2.2.1 en 3.2.2.2.), dient wat die "bedrijfstak" betreft, in elk geval het betrokken vormvoorschrift nog te worden vervuld.

[7] Deze zijn weliswaar onderworpen aan de wet van 22 juni 1964, maar hebben, in tegenstelling tot het personeel van het gemeenschapsonderwijs in de Vlaamse Gemeenschap dat een arbeidsrelatie heeft met een autonome rechtspersoon, wel degelijk een arbeidsrelatie met (de administratie van) de Duitstalige Gemeenschap.

‡LW-CEFYQDECH-HGAGIMW‡

Gevraagd om voor elk onderdeel van het ontwerp toe te lichten op welke wijze voldaan is aan de voorwaarde vervat in artikel 2, § 2, tweede lid, 2°, van de wet van 16 november 2015 verschafte de gemachtigde weliswaar een uitvoerige argumentatie omtrent het verband met de publieke taken van de Duitstalige Gemeenschap[8], maar daaruit blijkt niet dat de vraag van de Regering van de Duitstalige Gemeenschap voldeed aan de voorwaarden gesteld in die wetsbepaling.

Om deze redenen lijkt de nota aan het Overlegcomité van 31 januari 2024 van de Regering van de Duitstalige Gemeenschap dan ook bezwaarlijk te kunnen worden beschouwd als een vraag die voldoet aan alle in artikel 2, § 2, tweede lid, 2°, van de wet van 16 november 2015 gestelde eisen.

Teneinde zich ervan te vergewissen dat terdege is voldaan aan dit vormvoorschrift, strekt het tot aanbeveling de Regering van de Duitstalige Gemeenschap uit te nodigen een nieuwe dergelijke vraag te formuleren, die voldoet aan alle door de wetgever gestelde vereisten.

[8] De gemachtigde verklaarde ter zake het volgende:
"**Onderwijs** is bij uitstek een gemeenschapsbevoegdheid. De verschillende vormen van onderwijs worden in de Duitstalige Gemeenschap ofwel rechtstreeks georganiseerd door de Duitstalige Gemeenschap ("gemeenschapsonderwijs") ofwel gesubsidieerd door de Gemeenschap ("gesubsidieerd officieel onderwijs" = lokale scholen & "gesubsidieerd vrij onderwijs").
Het gaat hier dan ook telkens om diensten uitgevoerd door of voor rekening van de overheid in het kader van haar openbare opdracht (diensten van algemeen belang).
Voor de **kinderopvang** is op heden slechts één publieke werkgever betrokken: het "Centre de la Communauté germanophone pour l'accueil d'enfants", opgericht bij het decreet van 22 mei 2023 tot oprichting van een centrum voor kinderopvang van de Duitstalige Gemeenschap. Artikel 6 definieert de opdrachten van het centrum (algemeen/als dienstverlener). Uit de definitie van deze opdrachten volgt dat het gaat om een dienst die door of namens de overheid wordt uitgevoerd in het kader van haar publieke taak (diensten algemeen belang). Het centrum is ook georganiseerd als een instelling van algemeen belang van de Duitstalige Gemeenschap.
Ook de **sport- en cultuursector** is een communautaire aangelegenheid. Naast de vele werkgevers uit de privésector (die dus onder de wet van 5 december 1968 vallen), zijn er in deze sector ook werkgevers uit de openbare sector die diensten van algemeen belang uitvoeren. Hier volgen enkele voorbeelden:
Sport:
DgG Gemeinschaftszentren (BCE 0367.301.386 / NACE 93.110 - Exploitatie van sportaccommodaties), georganiseerd als een afzonderlijk beheerde dienst van het Ministerie van de Duitstalige Gemeenschap, en in het bijzonder de vestigingseenheid "Sport-, Freizeit- und Touristikzentrum Worriken" (0367.301.386) die een brede waaier aan sportactiviteiten voor het grote publiek organiseert en dus een dienst van algemeen belang behartigt.
Autonome Gemeinderegie Galmei (BCE 0536.824.031 / NACE 93.110 - Exploitatie van sportaccommodaties), georganiseerd als een autonoom gemeentebedrijf. Het is onder meer verantwoordelijk voor de exploitatie van culturele, sportieve en toeristische faciliteiten, waaronder het beheer van een openbaar zwembad, en voert daarom een taak van algemeen belang uit.
Cultuur:
Autonome Gemeinderegie St. Vith (BCE 0267.316.063 / NACE 90.042 - Exploitatie van culturele centra en multifunctionele zalen ten behoeve van culturele doeleinden), georganiseerd als een autonoom gemeentebedrijf. Het is verantwoordelijk voor het organiseren van culturele evenementen voor het algemene publiek, evenals het beheer van een historische site en een museum. Het gaat hier ook duidelijk om diensten van algemeen belang."

‡LW-CEFYQDECH-HGAGIMW‡

ALGEMENE OPMERKINGEN

5.1. In advies 74.803/1-2-3-4 van 10 november 2023 heeft de afdeling Wetgeving met betrekking tot de wijzigingen aan artikel 2 van de wet van 16 november 2015 onder meer het volgende opgemerkt:[9]

> "1.1.1 Artikel 204 van het voorontwerp wijzigt op ingrijpende wijze artikel 2 van de voornoemde wet van 16 november 2015 en strekt tot uitbreiding van de sectoren en activiteiten waarin tewerkstelling met flexi-jobs mogelijk is.
>
> Zoals de afdeling Wetgeving in het verleden, bij zowel de invoering als de uitbreiding van het stelsel van flexi-jobs, reeds heeft opgemerkt moet een dergelijke uitbreiding tot welbepaalde sectoren en activiteiten verenigbaar zijn met de grondwettelijke regels inzake gelijkheid en niet-discriminatie. Zoals bekend sluiten die grondwettelijke regels niet uit dat een verschil in behandeling tussen categorieën van personen wordt ingesteld, voor zover dat verschil op een objectief criterium berust en het redelijk verantwoord is. Het bestaan van een dergelijke verantwoording moet worden beoordeeld rekening houdend met het doel en de gevolgen van de maatregel en met de aard van de ter zake geldende beginselen; het gelijkheidsbeginsel is geschonden wanneer vaststaat dat er geen redelijk verband van evenredigheid bestaat tussen de aangewende middelen en het beoogde doel.[10]
>
> 1.1.2. In de memorie van toelichting wordt ter zake het volgende opgemerkt:
>
> > 'Flexi-jobs bieden in het bijzonder een antwoord op de nood aan flexibele arbeidskrachten op piekmomenten en het verlagen van de loonlast voor deze flexibele krachten. De gekozen sectoren zijn de sectoren die omwille van hun activiteit vaak met fluctuerende pieken geconfronteerd worden en dus effectief nood hebben om bepaalde piekmomenten met flexibele arbeidskrachten op te vangen. Voor deze sectoren wordt dit deels verklaard door het seizoens- en weersgebonden karakter van de activiteiten waardoor er effectief nood is aan flexibel inzetbaar personeel.'
>
> Ondervraagd omtrent de afbakening van de bijkomende sectoren en activiteiten verklaarde de gemachtigde het volgende:
>
> > 'De sectoren werden gekozen omwille van hun activiteiten die worden gekenmerkt door fluctuerende pieken waardoor er nood is om piekmomenten op te vangen met flexibele arbeidskrachten. Deels kan dit worden verklaard door het seizoens- en weersgebonden karakter van de activiteiten waardoor er effectief nood is aan flexibel inzetbaar personeel. Voor een andere deel kan dit worden verklaard door krapte op de arbeidsmarkt.'
>
> De Raad van State beschikt niet over de nodige feitelijke gegevens om de pertinentie van deze verantwoording te beoordelen en om na te gaan of die verantwoording concreet kan worden betrokken op elke sector waarop de uitbreiding van het toepassingsgebied betrekking heeft en omgekeerd of die verantwoording ook niet opgaat voor sectoren waarop

[9] Adv.RvS 74.803/1-2-3-4 van 10 november 2023 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de programmawet van 22 december 2023, opm. 1.1.1 en 1.1.2 bij art. 204 (*Parl.St.* Kamer 2023-24, nr. 3697/1).

[10] *Voetnoot 101 uit het geciteerde advies:* Adv.RvS 57.517/1 van 12 juni 2015 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 16 november 2015 'houdende diverse bepalingen inzake sociale zaken', opm. 13.3 (*Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 1297/1); adv.RvS 62.219/1-3-4 van 11 oktober 2017 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de programmawet van 25 december 2017, titel 2, hoofdstuk 3, opm. 3 (*Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 2746/1); adv.RvS 72.474/1-2-3-4 van 10 november 2022 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de programmawet van 26 december 2022, algemene opmerking bij titel 8, hoofdstuk 3 (*Parl.St.* Kamer 2022-23, nr. 3015/1).

‡LW-CEFYQDECH-HGAGIMW‡

de uitbreiding van het toepassingsgebied geen betrekking heeft. Bovendien moet worden opgemerkt dat de nood aan flexibele arbeidskrachten op piekmomenten op zichzelf wel kan verantwoorden dat in de betrokken sectoren specifieke tewerkstellingsmaatregelen worden genomen, maar dat die nood nog niet noodzakelijk een voldoende verantwoording biedt voor de bijzondere regeling op arbeidsrechtelijk vlak en op het vlak van socialezekerheidsbijdragen (en ook op fiscaal vlak) waarmee de tewerkstelling via flexi-jobs gepaard gaat.

Voor zover de afbakening van het toepassingsgebied mede wordt verantwoord door omstandigheden die aan verandering onderhevig zijn, zoals met name krapte op de arbeidsmarkt, zal de wetgever ook na verloop van tijd moeten beoordelen of het ingevoerde onderscheid nog te rechtvaardigen valt in het licht van het gelijkheidsbeginsel.[11]"

Over de machtiging aan de Koning om het toepassingsgebied van de flexi-jobreglementering uit te breiden met bepaalde bedrijfstakken of bepaalde bedrijfstakken ervan uit te sluiten, heeft de afdeling Wetgeving in hetzelfde advies het volgende opgemerkt[12]:

"Wanneer de wetgever een machtiging verleent, dient inderdaad te worden aangenomen – behoudens aanwijzingen in de tegenovergestelde zin – dat hij de gemachtigde enkel de bevoegdheid verleent om die machtiging aan te wenden in overeenstemming met de Grondwet[13] en dus met het gelijkheidsbeginsel. De Koning zal er bij het aanwenden van de hem verleende machtiging derhalve moeten over waken dat hij het gelijkheidsbeginsel respecteert. Het feit dat de sociale partners in een bepaalde sector overeenstemming hebben bereikt over het uitbreiden of beperken van het toepassingsgebied is op zichzelf evenwel onvoldoende opdat het gelijkheidsbeginsel wordt geëerbiedigd.

(…)

Eenzelfde bedenking geldt overigens ook ten aanzien van het bij artikel 204, h), ontworpen artikel 2, § 2, van de wet van 16 november 2015, in de mate dat de Koning zonder inhoudelijke criteria het toepassingsgebied ten aanzien van de door een gefedereerde entiteit voorgestelde sector geheel of gedeeltelijk kan uitbreiden of terug beperken."

5.2. Specifiek wat de zogenaamde asymmetrische uitoefening van federale bevoegdheden betreft, heeft de afdeling Wetgeving in datzelfde advies bevestigd "dat een regeling waarbij gedifferentieerd wordt op het grondgebied en rekening wordt gehouden met de bevoegdheidsuitoefening in bepaalde deelentiteiten niet bij voorbaat te verwerpen is, als de bevoegde overheid geconfronteerd wordt met een mogelijke uiteenlopende beleidsvoering van de betrokken deelentiteiten en op voorwaarde dat een dergelijke differentiëring, en het onderscheid dat op grond daarvan wordt gecreëerd, kan worden verantwoord vanuit de beginselen van de gelijkheid en de niet-discriminatie."[14] Een dergelijke verantwoording moet zowel voorhanden zijn voor wat de in de wet zelf vastgestelde verschillen in behandeling betreft, als voor een concrete

[11] *Voetnoot 102 uit het geciteerde advies:* Adv.RvS 67.774/1/V van 5 augustus 2020, over een ontwerp dat heeft geleid tot het besluit van de Vlaamse Regering van 4 september 2020 'tot wijziging van de regelgeving betreffende de geldelijke en sociale anciënniteit van sommige personeelsleden in het onderwijs', opm. 4.4.3.2, met verwijzing naar GwH 10 juli 2014, nr. 103/2014, B.7.4. Zie ook GwH 21 januari 1998, nr. 8/1997, B.7.

[12] Adv.RvS 74.803/1-2-3-4 van 10 november 2023, opm. 1.2.2. bij artikel 204.

[13] *Voetnoot 104 uit het geciteerde advies:* Zie o.m. GwH 20 oktober 2016, nr. 137/2016, B.8.2.

[14] Adv.RvS 74.803/1-2-3-4 van 10 november 2023, opm. 1.2.3.2 bij artikel 204.

‡LW-CEFYQDECH-HGAGIMW‡

uitbreiding door de Koning, met name wanneer gedeeltelijk toepassing wordt gemaakt van de in artikel 2, § 2, van de wet van 16 november 2015 voorziene mogelijkheid.[15] De afdeling Wetgeving heeft in die context onder meer overwogen dat het "loutere gegeven dat een deelentiteit heeft verzocht om de tewerkstelling via flexi-jobs mogelijk te maken in een bepaalde sector of voor een bepaalde activiteit (…) op zichzelf geen afdoende verantwoording [biedt] om die regeling enkel tot het grondgebied van die deelentiteit uit te breiden."[16]

5.3. Geen van de bij de adviesaanvraag gevoegde documenten bevat elementen omtrent de concrete verantwoording van de beoogde uitbreidingen. Dat geldt inzonderheid voor de nota van de Regering van de Duitstalige Gemeenschap aan het Overlegcomité van 31 januari 2024. Het staat aan de adviesaanvrager erover te waken dat de verschillen in behandeling die volgen uit de ontworpen regeling, afdoende kunnen worden verantwoord in het licht van de grondwettelijke beginselen van gelijkheid en niet-discriminatie. Het gegeven dat de afdeling Wetgeving op 13 maart 2024 advies 75.635/1 heeft uitgebracht over een deels vergelijkbare regeling die haar oorsprong vond in een verzoek van de Vlaamse Regering doet daaraan geen afbreuk. De afdeling Wetgeving maakt op dat punt dan ook een voorbehoud.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

De aanhef

6. Gelet op wat hierboven in opmerking 3.3. werd opgemerkt, dient het tweede lid uit de aanhef te worden weggelaten. Indien de stellers van het ontwerp de mening zouden zijn toegedaan dat een verwijzing naar de betrokken wetsbepaling in de aanhef van het ontwerp nuttig is voor een goed begrip van de ontworpen regeling, kan in voorkomend geval de vermelding van die wetsbepaling worden opgenomen in de vorm van een considerans ("Overwegende …") die in de aanhef dient te volgen op de vermelding van de voorgeschreven vormvereisten.

Artikel 1

7. In de artikelen 1, 3°, en 1, 4°, van het ontwerp is telkens sprake van centrale, ondersteunende diensten van een scholengroep. Aangezien in de onderwijsregelgeving van de Duitstalige Gemeenschap het begrip "scholengroep" niet bestaat, verdient het aanbeveling om de verwijzing naar dat begrip telkens weg te laten.

8. In artikel 1, 5°, van het ontwerp wordt verwezen naar de werkgevers die niet onder de wet van 5 december 1968 ressorteren en "die gevestigd zijn in het Duitse taalgebied *of afhangen van de Duitstalige Gemeenschap in België*". De bepaling lijkt dus ook van toepassing te zijn op werkgevers in de sport- en cultuursector die gevestigd zijn buiten het territorium van de Duitstalige Gemeenschap, maar die afhangen van de Duitstalige Gemeenschap. Het is zeer de vraag of er gelet

[15] Adv.RvS 74.803/1-2-3-4 van 10 november 2023, opm. 1.2.3.3 bij art. 204 en voetnoot 109.

[16] Adv.RvS 74.803/1-2-3-4 van 10 november 2023, opm. 1.2.3.3 bij art. 204.

‡LW-CEFYQDECH-HGAGIMW‡

op de territoriale bevoegdheidsverdeling zoals die is bepaald in artikel 130, § 2, van de Grondwet, wel dergelijke werkgevers (kunnen) bestaan.

De ontworpen bepaling dient op dit punt aan een bijkomend onderzoek te worden onderworpen en in voorkomend geval te worden aangepast.

*

‡LW-CEFYQDECH-HGAGIMW‡

1. En application de l'article 84, § 3, alinéa 1er, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation a fait porter son examen essentiellement sur la compétence de l'auteur de l'acte, le fondement juridique et l'accomplissement des formalités prescrites.

PORTÉE ET FONDEMENT JURIDIQUE DU PROJET

2. Le projet d'arrêté royal soumis pour avis a pour objet d'étendre le champ d'application de la réglementation relative aux flexi-jobs, telle qu'elle est définie dans le chapitre 2 de la loi du 16 novembre 2015 'portant des dispositions diverses en matière sociale', avec effet au 1er juillet 2024 (article 2 du projet).

Résumée de manière succincte, l'extension concerne les travailleurs et employeurs ayant comme activité principale la garde d'enfants, qui ne relèvent pas de la loi du 5 décembre 1968 'sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires' et qui sont situés dans la région de langue allemande ou dépendent de la Communauté germanophone de Belgique (article 1er, 1°, du projet), l'administration de la Communauté germanophone qui détient la compétence de l'enseignement pour autant qu'il s'agisse de fonctions exercées dans l'enseignement officiel organisé ou subventionné par cette communauté et l'enseignement libre subventionné par cette communauté (article 1er, 2°, du projet), certaines activités dans l'enseignement officiel organisé ou subventionné par la Communauté germanophone (article 1er, 3°, du projet), certaines activités dans l'enseignement libre subventionné par la Communauté germanophone, pour autant qu'il s'agisse de fonctions pour lesquelles généralement du personnel subventionné est employé, qui ne relève pas de la loi du 5 décembre 1968 (article 1er, 4°, du projet) et les travailleurs et employeurs du secteur du sport et de la culture qui ne relèvent pas de la loi du 5 décembre 1968 et sont situés dans la région de langue allemande ou dépendent de la Communauté germanophone de Belgique (article 1er, 5°, du projet).

3.1. Le projet trouve en principe son fondement juridique dans l'article 2, § 2, de la loi du 16 novembre 2015, sous réserve des observations formulées ci-après.

3.2.1.1. L'article 1er, 1°, du projet étend le champ d'application de la réglementation relative aux flexi-jobs « aux travailleurs et aux employeurs ayant comme activité principale la garde d'enfant[s] (NACE 88.91), qui ne relèvent pas de la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires et qui sont situés dans la région de langue allemande ou dépendent de la Communauté germanophone de Belgique », autrement dit aux travailleurs et aux employeurs ayant comme activité principale la garde d'enfants dans le secteur public de la Communauté germanophone.

‡LW-CEFYQDECH-HGAGIMW‡

Il est vrai que l'article 2, § 2, alinéa 1er, 1°, de la loi du 16 novembre 2015 dispose que les flexi-jobs peuvent être étendus aux « travailleurs et aux employeurs qui ressortissent de [lire : à] la commission paritaire pour le secteur flamand de l'aide sociale et des soins de santé (CP 331) dont l'activité principale est la garde d'enfant[s] (NACE 88.91) *ou, en ce qui concerne les employeurs ne relevant pas de la même loi du 5 décembre 1968, dont l'activité principale est la garde d'enfant[s] (NACE 88.91)* ». Il pourrait se déduire de ce dernier segment de phrase que la limitation à la Communauté flamande applicable à la garde d'enfants dans le secteur privé (premier segment de phrase) ne s'applique pas à la garde d'enfants dans le secteur public.

Conformément à l'article 2, § 2, alinéa 2, 2°, de la loi du 16 novembre 2015, l'application de cette disposition doit toutefois être précédée d'une demande de l'entité fédérée en question qui « ne concerne que la partie du secteur sur [lire : pour] laquelle l'entité fédérée démontre qu'il s'agit de services exécutés par ou au nom du gouvernement dans le cadre de sa mission publique (services d'intérêt général), *ou en ce qui concerne la garde d'enfants, les établissements et les services agréés et/ou subventionnés par la Communauté flamande ou la Commission communautaire flamande* ».

Dès lors que pour l'extension à la garde d'enfants, il faut démontrer qu'il s'agit d'établissements et de services agréés et/ou subventionnés par la Communauté flamande (ou la Commission communautaire flamande), l'article 2, § 2, alinéa 2, 2°, de la loi du 16 novembre 2015 semble empêcher une demande d'extension des flexi-jobs à la garde d'enfants publique d'autres entités fédérées, bien que l'article 2, § 2, alinéa 1er, 1°, de la même loi le permette à première vue.

3.2.1.2. Interrogé quant à la portée précise de l'article 2, § 2, alinéa 2, 2°, de la loi du 16 novembre 2015 en ce qui concerne les entités fédérées qui entrent en considération pour l'extension des flexi-jobs à la garde d'enfants, le délégué a déclaré ce qui suit :

> « Instellingen in de Duitstalige Gemeenschap die als hoofdactiviteit kinderopvang hebben en niet onder de wet van 5 december 1968 vallen, kunnen onder de voorwaarde van artikel 2, § 2, eerste lid, 1°, van de wet van 16 november 2015 vallen.
>
> Het tweede deel van artikel 2, § 2, tweede lid, 2°, van de wet van 16 november 2015 ('*of wat kinderopvang betreft, de inrichtingen en diensten die door de Vlaamse Gemeenschap of de Vlaamse Gemeenschapscommissie worden erkend en/of gesubsidieerd*') geldt enkel voor het deel van de private kinderopvangsector. De publieke kinderopvangsector wordt immers niet erkend of gesubsidieerd door een gemeenschap, aangezien ze deel uitmaakt van die entiteit.
>
> Het doel van deze laatste bepaling was immers een kader te bieden voor de uitbreiding van flexi-jobs naar de private kinderopvangsector voor de Vlaamse Gemeenschap (PC 331). Het zijn namelijk de werkgevers van de private sector die een verzoek indienen tot erkenning en/of subsidiëring. Deze laatste bepaling toepassen op de publieke sector zou de deur voor de publieke sector naar de kinderopvang sluiten. Dit is zeker niet de bedoeling van de wetgever aangezien er in artikel 2, § 2, eerste lid, 1°, van de wet van 16 november 2015 nu net een wettelijke basis wordt gecreëerd om de publieke sector op te nemen ».

‡LW-CEFYQDECH-HGAGIMW‡

3.2.1.3. On ne peut se rallier à la réponse du délégué.

Le texte de l'article 2, § 2, alinéa 2, 2°, de la loi du 16 novembre 2015 ne fait pas apparaître que l'exigence selon laquelle « les établissements et les services agréés et/ou subventionnés par la Communauté flamande ou la Commission communautaire flamande » s'appliquerait uniquement au secteur privé de la garde d'enfants. Au contraire, il ressort de cette disposition que cette condition s'applique purement et simplement « en ce qui concerne la garde d'enfants ».

En outre, l'affirmation selon laquelle la garde d'enfants du secteur public ne peut pas être agréée ou subventionnée par une communauté « dès lors qu'elle fait partie de cette entité » ne peut pas être suivie. En effet, dans certaines entités fédérées, les administrations locales ou d'autres services publics organisent la garde d'enfants et disposent d'un agrément et/ou de subventions dans ce cadre. Un telle garde d'enfants est organisée par des autorités qui ne relèvent pas de la loi du 5 décembre 1968 [1]. Le *Zentrum der Deutschsprachigen Gemeinschaft für Kinderbetreuung*, un organisme d'utilité publique, qui (selon le délégué, comme seule autorité) organise la garde d'enfants en Communauté germanophone [2], est d'ailleurs, en vertu de l'article 6, alinéa 2, du décret du 31 mars 2014 'über die Kinderbetreuung' ('relatif à l'accueil d'enfants'), bel et bien agréé de plein droit en tant que prestataire proposant un accueil d'enfants [3].

3.2.1.4. Les travaux préparatoires de la loi-programme du 22 décembre 2023, qui a inséré l'article 2, § 2, de la loi du 16 novembre 2015, ne permettent pas non plus de déduire avec certitude l'intention du législateur. Bien que l'exposé des motifs indique que « le projet de loi prévoit la possibilité pour chaque entité fédérée de décider de manière indépendante, après consultation du Comité de concertation, de prévoir l'autorisation de flexi-jobs pour les secteurs mentionnés » et que « [t]ant la demande du gouvernement flamand à l'origine de cette extension que chaque décision des entités fédérées d'introduire ou d'exclure des secteurs en tout ou en partie doivent être justifiées sur la base des pics de main-d'œuvre et des tensions sur le marché du travail dans les (sous-)secteurs concernés » [4], ce passage semble concerner le mécanisme d'extension réglé à l'article 2, § 2, de la loi du 16 novembre 2015 dans son ensemble. On ne peut en déduire de conséquences spécifiques pour les secteurs distincts mentionnés dans cette disposition, ni pour la garde d'enfants en particulier. En outre, ce passage ne peut affecter le texte univoque de l'article 2, § 2, alinéa 2, 2°, de la loi du 16 novembre 2015.

[1] Article 2, § 3, 1, de la loi du 5 décembre 1968.

[2] Voir l'article 6, alinéa 2, 1°, du décret du 22 mai 2023 '*zur Schaffung eines Zentrums der Deutschsprachigen Gemeinschaft für Kinderbetreuung*' ('portant création d'un Centre de la Communauté germanophone pour l'accueil d'enfants').

[3] Selon l'article 28, § 3, du décret du 22 mai 2023, le *Zentrum* ne peut toutefois obtenir, dans la limite des crédits budgétaires disponibles, de subsides [lire : subventions] en lien avec l'accueil d'enfants.

[4] *Doc. parl.*, Chambre, 2023-24, n° 55-3697/001, p. 143.

‡LW-CEFYQDECH-HGAGIMW‡

Concernant les articles de l'avant-projet devenu la loi-programme du 22 décembre 2023 qui a inséré l'article 2, § 2, de la loi du 16 novembre 2015, le Conseil d'État a d'ailleurs déjà observé ce qui suit [5] :

> « Comme l'a également indiqué le délégué, il ressort de l'ensemble de l'article 2, § 2, en projet, que le dispositif en projet a (éventuellement) pour effet 'dat de flexi-jobsregeling van toepassing is ten aanzien van werkgevers die ressorteren onder één deelstaat, louter omdat die deelstaat daartoe heeft verzocht en andere deelstaten niet (…) gezien is gekozen voor een aanpak van asymmetrisch beleid voor de opgesomde sectoren'. Cette application asymétrique découle d'ailleurs aussi déjà en partie de l'article 2, § 2, alinéa 1er, 1°, en projet et de l'article 2, § 2, alinéa 2, 2°, en projet, qui visent respectivement la 'commission paritaire pour le secteur *flamand* de l'aide sociale et des soins de santé (CP 331)' et 'en ce qui concerne le [lire : la] garde d'enfants, les établissements et des services agréés et/ou subventionnés par la *Communauté flamande* ou la *Commission communautaire flamande*'. Ainsi, les employeurs du secteur bruxellois, francophone et germanophone de l'aide sociale et des soins de santé, qui exercent les activités concernées, ainsi que leurs travailleurs sont purement et simplement exclus de l'extension possible du champ d'application ».

3.2.1.5. Compte tenu des éléments précités, l'article 1er, 1°, du projet ne peut pas s'inscrire dans le cadre de l'article 2, § 2, alinéa 1er, 1°, de la loi du 16 novembre 2015, combiné avec l'article 2, § 2, alinéa 2, 2°, de cette loi. En conséquence, cette partie du projet ne saurait se concrétiser.

3.2.2.1. Il n'existe pas davantage de fondement juridique pour l'extension du champ d'application des flexi-jobs à « l'administration de la Communauté germanophone qui détient la compétence de l'enseignement pour autant qu'il s'agisse de fonctions exercées dans l'enseignement officiel organisé ou subventionné par cette communauté et l'enseignement libre subventionné par cette communauté » (article 1er, 2°, du projet).

Conformément à l'article 2, § 2, alinéa 1er, 2°, de la loi du 16 novembre 2015, le champ d'application de la réglementation relative aux flexi-jobs peut certes être étendu à « l'enseignement officiel et [aux] membres du personnel subventionné occupés par les établissements d'enseignement libre subventionnés par la communauté ». Mais « l'administration de la Communauté germanophone qui détient la compétence de l'enseignement » ne peut en aucun cas être considérée comme une forme d'enseignement officiel ou comme une forme d'enseignement libre subventionné par la communauté au sens de l'article 2, § 2, alinéa 1er, 2°, de la loi du 16 novembre 2015.

3.2.2.2. Le fait que l'extension ne s'applique que « pour autant qu'il s'agisse de fonctions exercées dans l'enseignement officiel organisé ou subventionné par cette communauté et l'enseignement libre subventionné par cette communauté » [6] n'y change rien.

[5] Avis C.E. 74.803/1-2-3-4 du 10 novembre 2023, *Doc. parl.*, Chambre, 2023-24, obs. 1.2.3.1 à propos de l'article 204.

[6] Selon le délégué, il s'agit des fonctions suivantes : « De in artikel 1, 2° van het KB beoogde functies zijn onder meer taken van toezicht in het onderwijs, dienstverlenende taken en taken voor specifieke incidentele onderwijsactiviteiten. Dit uiteraard voor zover het personeel betreft dat niet onder de wet van 5 december 1968 betreffende de collectieve arbeidsovereenkomsten en de paritaire comités ressorteert ».

‡LW-CEFYQDECH-HGAGIMW‡

Pour autant que pareilles fonctions soient exercées dans l'enseignement libre et officiel subventionné par la Communauté germanophone, ce sont effectivement des fonctions ne créant aucune relation de travail entre le travailleur et les pouvoirs organisateurs des établissements d'enseignement de l'enseignement libre et officiel subventionné. En revanche, une relation de travail est effectivement créée avec (l'administration de) la Communauté germanophone. En ce qui concerne l'enseignement libre subventionné, l'article 2, § 2, alinéa 1er, de la loi du 16 novembre 2015 prévoit en outre expressément que les flexi-jobs peuvent uniquement être étendus aux « membres du personnel subventionné *occupés par* les établissements d'enseignement libre subventionnés par la communauté ».

Pour autant que pareilles fonctions soient en principe exercées dans l'enseignement communautaire de la Communauté germanophone par des personnes qui ne peuvent pas être considérées comme des membres du personnel des établissements d'enseignement de l'enseignement communautaire au sens de la loi du 22 juin 1964 'relative au statut des membres du personnel de l'enseignement de l'État', il n'existe pas non plus de fondement juridique à cet égard. En effet, ces fonctions ne sont alors pas exercées par des membres du personnel de « l'enseignement officiel » au sens de l'article 2, § 2, alinéa 1er, 2°, de la loi du 16 novembre 2015, mais par des membres du personnel de (l'administration de) la Communauté germanophone. Par ailleurs, la disposition en projet est superflue dans la mesure où les fonctions citées par le délégué seraient en principe exercées par des membres du personnel d'établissements d'enseignement de l'enseignement communautaire [7]. Ces fonctions relèvent en effet du champ d'application de l'article 1er, 3°, du projet.

Force est dès lors de conclure que l'article 1er, 2°, doit être omis du projet.

3.3. L'article 193 de la loi-programme du 22 décembre 2023, mentionné au deuxième alinéa du préambule, ne contient qu'une disposition transitoire et ne procure pas de fondement juridique au projet.

FORMALITÉS PRÉALABLES

4.1. Il résulte de l'article 2, § 2, alinéa 2, de la loi du 16 novembre 2015 que le projet soumis pour avis doit être précédé d'une demande de l'entité fédérée concernée, en l'occurrence la Communauté germanophone. Cette demande n'est prise en considération par le gouvernement fédéral qu'à la condition qu'elle ait été concertée au préalable au sein du Comité de concertation et ne concerne que les parties du secteur « [pour lesquelles] l'entité fédérée démontre qu'il s'agit de services exécutés par ou au nom du gouvernement dans le cadre de sa mission publique (services d'intérêt général), ou en ce qui concerne la garde d'enfants, les établissements et les services agréés et/ou subventionnés par la Communauté flamande ou la Commission communautaire flamande ».

[7] Ceux-ci sont certes soumis à la loi du 22 juin 1964, mais, contrairement au personnel de l'enseignement communautaire de la Communauté flamande qui a une relation de travail avec une personne morale autonome, ont bien une relation de travail avec (l'administration de) la Communauté germanophone.

‡LW-CEFYQDECH-HGAGIMW‡

4.2. Un note du Gouvernement de la Communauté germanophone au Comité de concertation, datée du 31 janvier 2024, a été jointe à la demande d'avis. Dans cette note, il est demandé au Gouvernement fédéral d'étendre le champ d'application de la réglementation relative aux flexi-jobs aux secteurs qui y sont mentionnés. La concertation au sein du Comité de concertation a eu lieu le 28 février 2024.

La note du 31 janvier 2024 ne contient toutefois pas d'argumentation expresse au sens de l'article 2, § 2, alinéa 2, 2°, de la loi du 16 novembre 2015, démontrant que les branches d'activités auxquelles les flexi-jobs sont étendus sont des services exécutés par ou au nom du gouvernement dans le cadre de sa mission publique (services d'intérêt général).

La note ne fait pas non plus mention d'une extension du champ d'application des flexi-jobs à « l'administration de la Communauté germanophone qui détient la compétence de l'enseignement ». Abstraction faite de la question de savoir s'il existe un fondement juridique suffisant pour cette extension (voir ci-dessus, les observations 3.2.2.1. et 3.2.2.2.), la formalité concernée doit en tout cas encore être accomplie en ce qui concerne cette « branche d'activités ».

Invité à préciser, pour chaque partie du projet, comment la condition prévue à l'article 2, § 2, alinéa 2, 2°, de la loi du 16 novembre 2015 est remplie, le délégué a certes fourni une argumentation circonstanciée en ce qui concerne les missions publiques de la Communauté germanophone [8], mais il n'en ressort pas que la demande du Gouvernement de la Communauté germanophone satisfaisait aux conditions posées dans cette disposition légale.

---

[8] À ce sujet, le délégué a déclaré ce qui suit :
« **Onderwijs** is bij uitstek een gemeenschapsbevoegdheid. De verschillende vormen van onderwijs worden in de Duitstalige Gemeenschap ofwel rechtstreeks georganiseerd door de Duitstalige Gemeenschap ('gemeenschapsonderwijs') ofwel gesubsidieerd door de Gemeenschap ('gesubsidieerd officieel onderwijs' = lokale scholen & 'gesubsidieerd vrij onderwijs').
Het gaat hier dan ook telkens om diensten uitgevoerd door of voor rekening van de overheid in het kader van haar openbare opdracht (diensten van algemeen belang).
Voor de **kinderopvang** is op heden slechts één publieke werkgever betrokken: het 'Centre de la Communauté germanophone pour l'accueil d'enfants', opgericht bij het decreet van 22 mei 2023 tot oprichting van een centrum voor kinderopvang van de Duitstalige Gemeenschap. Artikel 6 definieert de opdrachten van het centrum (algemeen/als dienstverlener). Uit de definitie van deze opdrachten volgt dat het gaat om een dienst die door of namens de overheid wordt uitgevoerd in het kader van haar publieke taak (diensten algemeen belang). Het centrum is ook georganiseerd als een instelling van algemeen belang van de Duitstalige Gemeenschap.
Ook de **sport- en cultuursector** is een communautaire aangelegenheid. Naast de vele werkgevers uit de privésector (die dus onder de wet van 5 december 1968 vallen), zijn er in deze sector ook werkgevers uit de openbare sector die diensten van algemeen belang uitvoeren. Hier volgen enkele voorbeelden:
Sport:
DgG Gemeinschaftszentren (BCE 0367.301.386 / NACE 93.110 - Exploitatie van sportaccommodaties), georganiseerd als een afzonderlijk beheerde dienst van het Ministerie van de Duitstalige Gemeenschap, en in het bijzonder de vestigingseenheid 'Sport-, Freizeit- und Touristikzentrum Worriken' (0367.301.386) die een brede waaier aan sportactiviteiten voor het grote publiek organiseert en dus een dienst van algemeen belang behartigt.
Autonome Gemeinderegie Galmei (BCE 0536.824.031 / NACE 93.110 - Exploitatie van sportaccommodaties), georganiseerd als een autonoom gemeentebedrijf. Het is onder meer verantwoordelijk voor de exploitatie van culturele, sportieve en toeristische faciliteiten, waaronder het beheer van een openbaar zwembad, en voert daarom een taak van algemeen belang uit.
Cultuur:
Autonome Gemeinderegie St. Vith (BCE 0267.316.063 / NACE 90.042 - Exploitatie van culturele centra en multifunctionele zalen ten behoeve van culturele doeleinden), georganiseerd als een autonoom gemeentebedrijf. Het is verantwoordelijk voor het organiseren van culturele evenementen voor het algemene publiek, evenals het beheer van een historische site en een museum. Het gaat hier ook duidelijk om diensten van algemeen belang ».

‡LW-CEFYQDECH-HGAGIMW‡

Pour ces motifs, la note au Comité de concertation du Gouvernement de la Communauté germanophone du 31 janvier 2024 peut dès lors difficilement être considérée comme une demande satisfaisant à toutes les conditions fixées à l'article 2, § 2, alinéa 2, 2°, de la loi du 16 novembre 2015.

Afin de s'assurer que cette formalité a dûment été accomplie, il est recommandé d'inviter le Gouvernement de la Communauté germanophone à formuler une nouvelle demande de ce type, qui satisfait à toutes les exigences imposées par le législateur.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

5.1. Dans l'avis 74.803/1-2-3-4 du 10 novembre 2023, la section de législation a notamment formulé les observations suivantes concernant les modifications de l'article 2 de la loi du 16 novembre 2015 : [9]

> « 1.1.1. L'article 204 de l'avant-projet modifie de manière radicale l'article 2 de la loi précitée du 16 novembre 2015 et vise à étendre les secteurs et les activités où l'emploi par flexi-jobs est possible.
>
> Comme l'a déjà relevé par le passé la section de législation, lors de l'introduction et de l'extension du système des flexi-jobs, une telle extension à des secteurs et des activités bien déterminés doit pouvoir se concilier avec les règles constitutionnelles en matière d'égalité et de non-discrimination. Nul n'ignore que ces règles constitutionnelles n'excluent pas qu'une différence de traitement soit établie entre des catégories de personnes, pour autant qu'elle repose sur un critère objectif et qu'elle soit raisonnablement justifiée. L'existence d'une telle justification doit s'apprécier compte tenu du but et des effets de la mesure ainsi que de la nature des principes en cause ; le principe d'égalité est violé lorsqu'il est établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé [10].
>
> 1.1.2. À cet égard, l'exposé des motifs indique ce qui suit :
>
> > 'En particulier, les flexi-jobs répondent au besoin de travailleurs flexibles aux moments de pointe et réduisent la charge salariale de ces travailleurs flexibles. Les secteurs choisis sont ceux qui, en raison de leur activité, sont souvent confrontés à des pics fluctuants et doivent donc effectivement couvrir certains moments de pointe avec des travailleurs flexibles. Pour ces secteurs, cela s'explique en partie par la nature saisonnière et météorologique des activités, qui crée effectivement un besoin de travailleurs flexible'.

[9] Avis C.E. 74.803/1-2-3-4 du 10 novembre 2023 sur un avant-projet devenu la loi-programme du 22 décembre 2023, obs. 1.1.1 et 1.1.2 concernant l'art. 204 (*Doc. parl.*, Chambre, 2023-24, n° 3697/1).

[10] *Note de bas de page 101 de l'avis cité :* Avis C.E. 57.517/1 du 12 juin 2015 sur un avant-projet devenu la loi du 16 novembre 2015 'portant des dispositions diverses en matière sociale', obs. 13.3 (*Doc. parl.*, Chambre, 2014-15, n° 1297/1) ; avis C.E. 62.219/1-3-4 du 11 octobre 2017 sur un avant-projet devenu la loi-programme du 25 décembre 2017, titre 2, chapitre 3, obs. 3 (*Doc. parl*., Chambre, 2017-18, n° 2746/1) ; avis C.E. 72.474/1-2-3-4 du 10 novembre 2022 sur un avant-projet devenu la loi-programme du 26 décembre 2022, observation générale relative au titre 8, chapitre 3 (*Doc. parl*., Chambre, 2022-23, n° 3015/1).

‡LW-CEFYQDECH-HGAGIMW‡

Interrogé au sujet de la délimitation des secteurs et activités complémentaires, le délégué a déclaré ce qui suit :

> 'De sectoren werden gekozen omwille van hun activiteiten die worden gekenmerkt door fluctuerende pieken waardoor er nood is om piekmomenten op te vangen met flexibele arbeidskrachten. Deels kan dit worden verklaard door het seizoens- en weersgebonden karakter van de activiteiten waardoor er effectief nood is aan flexibel inzetbaar personeel. Voor een andere deel kan dit worden verklaard door krapte op de arbeidsmarkt.'

Le Conseil d'État ne dispose pas des éléments de fait nécessaires lui permettant de juger la pertinence de cette justification et de vérifier si cette dernière peut concrètement s'appliquer à chacun des secteurs auxquels le champ d'application a été étendu et, à l'inverse, si elle ne vaut pas aussi pour des secteurs non concernés par l'extension du champ d'application. En outre, il faut observer que les besoins en main d'œuvre flexible à des moments de pointe peuvent en soi justifier que des mesures spécifiques d'aide à l'emploi soient prises dans les secteurs concernés, mais que ces besoins ne constituent pas nécessairement une justification suffisante pour le régime spécial en matière de droit du travail et de cotisations de sécurité sociale (ainsi que sur le plan fiscal), dont est assorti l'emploi via flexi-jobs.

Dans la mesure où la délimitation du champ d'application se justifie notamment par des circonstances susceptibles de changer, telles que notamment la pénurie de main d'œuvre, le législateur devra aussi apprécier après un certain temps si la distinction instaurée peut encore être justifiée au regard du principe d'égalité [11] ».

En ce qui concerne l'habilitation au Roi lui permettant d'étendre le champ d'application de la réglementation relative aux flexi-jobs à certaines branches d'activités ou d'en exclure certaines branches d'activités, la section de législation a observé ce qui suit dans le même avis [12] :

> « Lorsque le législateur délègue, il faut en effet supposer, sauf indications contraires, qu'il entend exclusivement habiliter le délégué à faire de son pouvoir un usage conforme à la Constitution [13] et partant au principe d'égalité. Lorsqu'il fera usage de l'habilitation qui lui est conférée, le Roi devra donc veiller à respecter le principe d'égalité. Le fait que les partenaires sociaux d'un secteur déterminé sont parvenus à se mettre d'accord sur l'extension ou la restriction du champ d'application n'est en soi toutefois pas suffisant pour que soit respecté le principe d'égalité.
>
> (…)
>
> La même considération vaut d'ailleurs aussi pour l'article 2, § 2, de la loi du 16 novembre 2015, en projet dans l'article 204, h), dans la mesure où le Roi peut, sans critères de fond, étendre ou restreindre à nouveau le champ d'application en tout ou en partie pour le secteur proposé par une entité fédérée ».

[11] *Note de bas de page 102 de l'avis cité :* Avis C.E. 67.774/1/V du 5 août 2020 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement flamand du 4 septembre 2020 'modifiant la réglementation sur l'ancienneté pécuniaire et sociale de certains membres du personnel de l'enseignement', obs. 4.4.3.2, avec référence à la C.C., 10 juillet 2014, n° 103/2014, B.7.4. Voir aussi C.C., 21 janvier 1998, n° 8/1997, B.7.

[12] Avis C.E. 74.803/1-2-3-4 du 10 novembre 2023, obs. 1.2.2 concernant l'article 204.

[13] *Note de bas de page 104 de l'avis cité :* Voir notamment C.C., 20 octobre 2016, n° 137/2016, B.8.2.

‡LW-CEFYQDECH-HGAGIMW‡

5.2. En ce qui concerne spécifiquement ce que l'on appelle communément l'exercice asymétrique des compétences fédérales, la section de législation a confirmé dans le même avis « qu'un dispositif instituant une différenciation fondée sur le territoire et tenant compte de l'exercice de compétences dans certaines entités fédérées, ne doit pas être rejeté *a priori*, si l'autorité compétente est confrontée à des politiques éventuellement différentes menées par les entités fédérées concernées et à condition qu'une telle différenciation, et la distinction créée sur la base de celle-ci, puissent être justifiées au regard des principes d'égalité et de non-discrimination » [14]. Pareille justification doit exister tant en ce qui concerne les différences de traitement constatées dans la loi elle-même que pour une extension concrète par le Roi, notamment lorsque la possibilité prévue à l'article 2, § 2, de la loi du 16 novembre 2015 est partiellement appliquée [15]. La section de législation a notamment considéré dans ce contexte que le « simple fait qu'une entité fédérée a demandé de permettre l'emploi via flexi-jobs dans un secteur déterminé ou pour une activité déterminée ne constitue pas en soi une justification suffisante pour étendre ce régime au seul territoire de cette entité fédérée » [16].

5.3. Aucun des documents joints à la demande d'avis ne contient d'éléments concernant la justification concrète des extensions envisagées. Tel est le cas en particulier de la note du Gouvernement de la Communauté germanophone du 31 janvier 2024. Il appartient au demandeur d'avis de veiller à ce que les différences de traitement résultant du dispositif en projet puissent être adéquatement justifiées au regard des principes constitutionnels d'égalité et de non-discrimination. Le fait que la section de législation a donné le 13 mars 2024 l'avis 75.635/1 sur un régime en partie comparable trouvant son origine dans une demande du Gouvernement flamand n'y change rien. La section de législation émet dès lors une réserve sur ce point.

EXAMEN DU TEXTE

Préambule

6. Compte tenu de l'observation 3.3. formulée ci-dessus, le deuxième alinéa du préambule sera omis. Si les auteurs du projet estiment qu'une référence à la disposition législative concernée faite dans le préambule du projet est utile à une bonne compréhension du régime en projet, cette disposition peut, le cas échéant, être mentionnée sous la forme d'un considérant (« Considérant que … ») qui devra suivre, dans le préambule, la mention des formalités prescrites.

[14] Avis C.E. 74.803/1-2-3-4 du 10 novembre 2023, obs. 1.2.3.2 concernant l'article 204.

[15] Avis C.E. 74.803/1-2-3-4 du 10 novembre 2023, obs. 1.2.3.3 concernant l'article 204 et note de bas de page 109.

[16] Avis C.E. 74.803/1-2-3-4 van 10 novembre 2023, obs. 1.2.3.3 concernant l'article 204.

‡LW-CEFYQDECH-HGAGIMW‡

Article 1er

7. Les articles 1er, 3°, et 1er, 4°, du projet mentionnent chaque fois des services centraux de soutien d'un groupe d'écoles. Dès lors que la notion de « groupe d'écoles » n'existe pas dans la réglementation en matière d'enseignement de la Communauté germanophone, il est recommandé d'omettre chaque fois la référence à cette notion.

8. L'article 1er, 5°, du projet fait référence aux employeurs qui ne relèvent pas de la loi du 5 décembre 1968 et qui « sont situés dans la région de langue allemande *ou dépendent de la Communauté germanophone de Belgique* ». Cette disposition semble donc s'appliquer également aux employeurs du secteur du sport et de la culture qui sont établis en dehors du territoire de la Communauté germanophone, mais qui dépendent de celle-ci. Il est fort douteux que, compte tenu de la répartition des compétences territoriales telle qu'elle est définie à l'article 130, § 2, de la Constitution, de tels employeurs existent (puissent exister) réellement.

Il convient de réexaminer la disposition en projet sur ce point et, le cas échéant, de l'adapter.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Ilse ANNÉ Marnix VAN DAMME

‡LW-CEFYQDECH-HGAGIMW‡