

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 63.652 van 18 december 1996
in de zaken A. 68.793/IV-15.751
68.818/IV-15.755
68.819/IV-15.756
68.820/IV-15.757.**

In zake : 1. Marcel DE JONGHE,
2. Albert GRYMONTREZ,
3. Pierre NIJSTEN,
4. Georges STAELENS,
die woonplaats kiezen bij
Advocaat D. MATTHYS,
kantoor houdende te GENT,
Apostelhuizen 26R

tegen :

de ERASMUSHOGESCHOOL BRUSSEL,
gevestigd te BRUSSEL,
Nijverheidskaai 170.

D E R A A D V A N S T A T E , I V e K A M E R ,

Gezien het verzoekschrift dat, elk voor zich, Marcel DE JONGHE op 6 mei 1996, Albert GRYMONTREZ, Pierre NIJSTEN en Georges STAELENS op 7 mei 1996 hebben ingediend om de schorsing te vorderen van de tenuitvoerlegging van de hen betreffende beslissing van de raad van bestuur van de Erasmushogeschool Brussel, waarbij zij, destijds leraar artistieke vakken (niet-uitsluitend ambt) aan het Koninklijk Muziekconservatorium te Brussel, uit hoofde van de overgangsbepalingen van het decreet van 13 juli 1994 betreffende de hogescholen in de Vlaamse Gemeenschap met ingang van 1 januari 1996 in de Erasmushogeschool, Departement Muziek en Dramatische Kunst, worden heringeschaald in het ambt van docent, met een deeltijdse opdracht;

Gelet op de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, inzonderheid op de artikelen 17 en 18;

Gezien de nota's van de verwerende partij;

Gezien het verslag over de zaken opgemaakt door Eerste Auditeur R. VAN DER GUCHT;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen;

Gelet op de beschikkingen van 4 juli 1996 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 3 september 1996;

Gehoord het verslag van Kamervoorzitter J. BORRET;

Gehoord de opmerkingen van Advocaat D. MATTHYS, die verschijnt voor de verzoekende partijen, en van Advocaat R. ROMBAUT, die verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van Eerste Auditeur R. VAN DER GUCHT;

Gelet op titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;

1. Overwegende dat voornoemde vorderingen dermate met elkaar zijn verbonden dat het wenselijk is dat zij worden gevoegd;

2. Overwegende dat om de grenzen van het geding precies te kunnen trekken, uitgegaan wordt van de verklaring van verzoekers zelf, te weten dat het hun in wezen te doen is om het verlies ten gevolge van de, ieder wat hen betreffende, bestreden beslissing van het "niet-uitsluitend ambt" van leraar artistieke vakken dat ze voorheen bekleedden;

Overwegende dat dienovereenkomstig de Raad vaststelt :

a. de annulatiemiddelen waarin de onwettigheid wordt aangeklaagd van het besluit van 12 juni 1995 van de Vlaamse regering waarin het vroegere ambt van leraar artistieke vakken vervangen wordt door of het ambt van docent of het ambt van assistent, zijn rechte niet relevant; het probleem dat verzoekers in wezen aan de orde stellen is immers niet of zij docent dan wel assistent moeten worden, maar of hun docent worden gepaard kon gaan met het verlies van hun "niet-uitsluitend ambt";

b. de annulatiemiddelen waar wel acht moet worden op geslagen zijn die waarin verzoekers stellen, ten eerste dat de overgangsbepalingen van het decreet van 13 juli 1994 betreffende de hogescholen in de Vlaamse Gemeenschap, hierna te noemen het Hobu-decreet, hun het behoud van hun "niet-uitsluitend ambt" waarborgen, ten tweede dat zo die overgangsbepalingen dat niet doen, zij de in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet vastgestelde gelijkheidsregel schenden;

3. Overwegende dat buiten betwisting staat dat verzoekers zich kunnen beroepen op de overgangsbepalingen van het Hobu-decreet; dat de partijen echter uiteengaan waar het gaat over de draagwijdte van die bepalingen : voor verzoekers garanderen deze hun het behoud van hun "niet-uitsluitend ambt", de verwerende partij ontkent dat;

Overwegende dat verzoekers zich beroepen op artikel 319 van het Hobu-decreet, waar het bepaalt : "De overgangsbepalingen gelden voor het ambt, het bekwaamheidsbewijs en de salarisschaal"; dat in hun visie het "niet-uitsluitend ambt" dat ze bekleedden, een ambt is in de zin van artikel 319 en dat zij dus dat "ambt" moesten behouden, zulks overeenkomstig de nadere regelen in artikel 320 van het Hobu-decreet, luidens welke de

personeelsleden die de overgangsbepalingen genieten het ambt krijgen dat hun vroegere ambt vervangt en worden geacht zich "in dezelfde statutaire toestand" -de tussen aanhalingstekens geplaatste woorden zijn door verzoekers onderstreept- te bevinden als op het ogenblik van de omvorming in het ambt dat vervangen wordt;

3.1. Overwegende dat vraag is welk begrip de termen "niet-uitsluitend ambt" dekken;

Overwegende dat om dit begrip te omschrijven verzoekers citeren "een nota van 19 januari 1989 van de heer VAN HOOFF, adviseur-hoofd van dienst voor kunst-onderwijs aan de toenmalige gemeenschapsminister van onderwijs" :

"De specifieke aard van het niet-uitsluitend ambt bestaat erin dat dit ambt niet als hoofdambt noch als bijbetrekking beschouwd wordt. Het ambt is ontstaan om de actieve kunstenaar in de gelegenheid te stellen en uit te nodigen om naast zijn artistieke bedrijvigheid nog een beperkte onderwijsopdracht uit te oefenen. Het is dus geen hoofdambt omdat het daarnaast nog een hoofdbezigheid onderstelt. Het werd geen bijbetrekking om de aantrekkingskracht te garanderen.";

3.2. Overwegende dat dit geen wettelijke definitie is van het begrip "niet-uitsluitend ambt"; dat de enige wel wettelijke definitie van dat begrip die de Raad bekend is, voorkomt in artikel 5 van het koninklijk besluit van 15 april 1958 houdende bezoldigingsregeling van het onderwijzend, wetenschappelijk en daarmee gelijkgesteld personeel van het Ministerie van Openbaar Onderwijs; dat daar te lezen staat : "De uitdrukking 'niet-uitsluitend ambt' duidt het ambt aan dat in één of verschillende scholen of inrichtingen voor kunstonderwijs van de Staat uitgeoefend wordt door de leraar, belast met de artistieke vakken en de begeleider"; dat reeds in zijn arrest nr. 29.100, ILEGEMS, van 5 januari 1988 en ook later in zijn arrest nr. 45.913, VERVAET,

van 1 februari 1994, de Raad het begrip "niet-uitsluitend ambt" alleen binnen de bezoldigingsregeling vermocht te situeren;

Overwegende dat bovenstaande wettelijke definitie wel te verzoenen valt met de opvatting verwoord in de door verzoekers geciteerde tekst; dat de algemene opvatting over de zin van het niet-uitsluitend ambt inderdaad blijkt te zijn dat hetgeen dat ambt voor de kunstenaar aan wie het wordt toegewezen "niet uitsluit" de onbeperkte mogelijkheid is om het te cumuleren met zijn artistieke bedrijvigheid, onbeperkt met name in die zin dat zijn bezoldiging geen invloed van dat cumuleren ondergaat;

3.3. Overwegende dat het hierboven overwogene een indicatie is dat de verwerende partij het probleem van het "niet-uitsluitend ambt" terecht situeert binnen de cumulatieregeling van het Hobu-decreet;

Overwegende dat zodoende de verwerende partij terecht lijkt te kunnen stellen dat die cumulatieregeling het nog steeds mogelijk maakt dat een actieve kunstenaar zijn artistieke bedrijvigheid zonder beperking zou cumuleren met een beperkte onderwijsopdracht; dat het artikel dat die mogelijkheid schept, artikel 150 moet zijn, welk artikel deel uitmaakt van de afdeling die in hoofdstuk II van titel III van het Hobu-decreet, "Rechtspositieregeling van het personeel van de hogescholen" juist gewijd is aan de "cumulatieregeling"; dat dit artikel een uitzondering aanbrengt op het in artikel 148, § 1, van het decreet gestelde principe dat ambtshalve deeltijds wordt de opdracht van het met een voltijdse opdracht belaste personeelslid dat een andere beroepsactiviteit of een andere bezoldigde activiteit uitoefent die een groot deel van zijn tijd in beslag neemt; dat artikel 150 bepaalt dat dit ambtshalve deeltijds worden niet geldt voor "het personeelslid

belast met een voltijdse opdracht van artistiekgebonden onderwijsactiviteiten" voor zover zijn andere activiteiten die een groot deel van zijn tijd in beslag nemen "van artistieke aard zijn" en verband houden met de door het personeelslid verstrekte onderwijsactiviteiten; dat het hier beschreven personeelslid, met zijn drukke activiteiten "van artistieke aard", zeer goed geïdentificeerd lijkt te kunnen worden met de "actieve kunstenaar" voor wie, naar verzoekers met hun citaat zelf getuigen, de idee van het niet-uitsluitend ambt is uitgedacht; dat wel, wat voorheen niet het geval lijkt te zijn geweest, om dat recht tot onbeperkt cumuleren te genieten de betrokkene er blijk van moet geven dat zijn activiteiten buiten het onderwijs wel degelijk activiteiten als kunstenaar zijn, iets wat de bevoegde minister in de memorie van toelichting bij het ontwerp van decreet klaarblijkelijk bedoelde toen hij schreef : "Deze personeelsleden zijn evenwel onderworpen aan de 'publicatieplicht' binnen de hogeschool met als enig doel de controle op het vervuld zijn van de voorwaarde tot zuiver artistieke cumulatieve activiteiten" (Gedr. St., Vl. Raad, 546 (1993-1994) - Nr. 1, p. 59, sub artikel 148, het latere artikel 150);

3.4. Overwegende dat de stelling van verzoekers echter is dat de overgangsbepalingen van het Hobu-decreet aan hen die reeds een niet-uitsluitend ambt uitoefenden, het behoud van dat ambt verzekeren ook als zij niet onder de termen vallen van de nieuwe regeling vervat in voormeld artikel 150;

Overwegende dat vooralsnog de Raad moet vaststellen dat deze stelling geen voldoende steun vindt in de tekst van de overgangsbepalingen, samen gelezen met de andere, definitieve decreetsbepalingen;

Overwegende dat artikel 319 van het Hobu-decreet het genot van de overgangsbepalingen

beperkt tot "het ambt, het bekwaamheidsbewijs en de salarisschaal"; dat aan "het ambt" afdeling 2 van hoofdstuk II van titel III van het decreet is gewijd, aan "het bekwaamheidsbewijs" afdeling 4, aan "de salarisschaal" afdeling 5; dat sub 3.3. is vastgesteld dat het begrip "niet-uitsluitend ambt" in de cumulatieregeling thuis lijkt te horen en dat in het decreet aan "de cumulatieregeling" een aparte afdeling, afdeling 6, is gewijd; dat de beperking van de overgangsbepalingen tot "het ambt, het bekwaamheidsbewijs en de salarisschaal" dus a contrario lijkt in te houden dat deze bepalingen niet gelden voor de cumulatieregeling en derhalve niet voor de voordelen verbonden aan het "niet-uitsluitend ambt";

Overwegende dat verzoekers nu wel willen doen geloven dat het begrip "niet-uitsluitend ambt" valt onder het begrip "ambt", waarvoor als gezegd artikel 319 van het Hobu-decreet de overgangsregeling doet gelden; dat de betekenis die in het Hobu-decreet het begrip "ambt" heeft, in artikel 2, 26°, van dat decreet terug te vinden is, waar het gedefinieerd wordt als "een functie die door een personeelslid in de hogeschool wordt uitgeoefend ..."; dat in het Hobu-decreet "ambt" dus een inhoudelijke betekenis bezit -wat moet de betrokkene doen?- en dat wat verzoekers inhoudelijk moeten doen, zichzelf tot uiting brengen door mee te delen dat zij voordien leraar "artistieke vakken" in hun specialiteit waren; dat met de vraag of zij hun "niet-uitsluitend ambt" behouden, niet aan de orde wordt gesteld of zij voort "artistieke vakken" in hun specialiteit mogen geven, maar of zij dat geven mogen cumuleren met de onbeperkte mogelijkheid nog andere activiteiten uit te oefenen;

3.5. Overwegende dat de algemene conclusie die uit het hierboven overwogene getrokken moet worden is : ontbeert de vereiste ernst, het annulatiemiddel volgens

hetwelk, doordat verzoekers hun "niet-uitsluitend ambt" niet behouden, de overgangsregeling van het Hobu-decreet geschonden is; dat de reden van de afwijzing van dat middel is dat vooralsnog niet blijkt dat die overgangsregeling dat behoud garandeert;

4. Overwegende dat verzoekers ook nog aanvoeren dat indien de overgangsbepalingen van het Hobu-decreet de voordelen van het voorheen bekleden van een "niet-uitsluitend ambt" niet behouden, zij strijdig zijn met de grondwettelijke gelijkheidsregel;

4.1. Overwegende dat verzoekers wel bepaald één bepaling uit het Hobu-decreet viseren, te weten artikel 323, § 2; dat zij zich daarover uitlaten als volgt :

"Eén der overgangsbepalingen ligt vervat in de bepalingen van art. 323 van het HOBu-decreet, dat in § 1 bepaalt :

'De personeelsleden, bedoeld in artikel 318, blijven de salarisschaal genieten die hun mocht worden verleend op grond van de geldende wettelijke en reglementaire bepalingen van kracht voor de inwerkingtreding van dit decreet, tenzij het bekwaamheidsbewijs waarover de personeelsleden beschikken recht geeft op een hogere salarisschaal in het nieuwe ambt. In geen geval mogen deze personeelsleden in hun nieuwe ambt een lager salaris of salarisschaal krijgen dan die waarop zij in hun vroegere ambt recht hadden'.

Een andere overgangsbepaling, opgenomen in art. 326 bis, § 3, van het HOBu-decreet, geldt voor de lesgevers aan de conservatoria, en houdt in dat dezen verder bezoldigd blijven aan het enig bedrag dat hen op grond van de op 30.06.1995 geldende reglementering werd toegekend.

Daartegenover staat art. 323, § 2, dat luidt als volgt :

'De personeelsleden, bedoeld in artikel 318 en belast met artistiekgebonden onderwijsactiviteiten in de studiegebieden audiovisuele en beeldende kunst, en muziek en dramatische kunst, met uitzondering van de basisopleidingen van één cyclus, verkrijgen in hun nieuwe ambt de bijzondere salarisschaal voor de houder van het vereiste bekwaamheidsbewijs, tenzij de salarisschaal die hun mocht worden verleend op grond van de geldende

wettelijke en reglementaire bepalingen van kracht voor de inwerkingtreding van dit decreet, hoger lag. In dat geval behouden zij hun vroegere salarisschaal.

Wanneer zij evenwel op hun verzoek en met instemming van het hogeschoolbestuur de toepassing verkrijgen van artikel 142, § 2, dan blijven de bepalingen van § 1 van dit artikel gelden'.

Voor zover deze paragraaf, die op verzoeker van toepassing is, zou moeten worden aanzien als een uitzondering op de regel van § 1 die het minimaal behoud van het vorige salaris (en dus niet alleen van de salarisschaal) garandeert, wat de door verweerster gehuldigde (en door verzoeker met klem betwiste) interpretatie ervan is, en voor zover dus door de Raad van State per impossibile zou worden geoordeeld dat art. 323, § 1, op de rechtspositie van verzoeker niet van toepassing zou zijn, worden hier de artt. 10 en 11 van de Grondwet geschonden.

Een aldus gehuldigd begrip van art. 323, § 2, van het HOBU-decreet roept immers een radicaal onderscheid in bezoldiging in het leven voor één welbepaalde categorie van personeelsleden, zonder dat enige geldige in redelijkheid verantwoorde en vanuit de doelstellingen van het HOBU-decreet te rechtvaardigen differentiatiegrond daartoe wordt of kan worden aangevoerd.

Bovendien zou dit rechtstreeks een contradictie voor gevolg hebben met art. 320, § 1, in fine van het HOBU-decreet, waarin wordt gesteld dat de geconcordeerde personeelsleden (zonder onderscheid) 'worden geacht zich in het nieuwe ambt in dezelfde statutaire toestand te bevinden als op het ogenblik van de omvorming in het ambt dat vervangen wordt'. Er kan immers bezwaarlijk worden voorgehouden dat de weddestoestand niet één van de componenten van de statutaire toestand zou zijn.

In de hoger gemelde hypothese vraagt verzoeker aan de Raad van State dat hieromtrent aan het Arbitragehof een prejudiciële vraag zou worden gesteld, met name of het grondwettelijk gelijkheids- en discriminatiebeginsel, vervat in de artt. 10 en 11 van de Grondwet, geschonden is doordat art. 323, § 2, van het HOBU-decreet voor de personeelsleden, belast met artistiekgebonden onderwijsactiviteiten in o.a. het studiegebied muziek, bepaalt dat zij hun vroegere salarisschaal behouden, terwijl

- voor de overige HOBU-personeelsleden het behoud van het vroegere salaris wordt gegarandeerd en voor de lesgevers door art. 326bis, § 3, van het HOBU-decreet eveneens wordt bepaald dat zij het behoud van hun bezoldiging per 30.06.1995 gewaarborgd krijgen,
- art. 323, § 2, van het HOBU-decreet deel uitmaakt van de overgangsbepalingen, die op grond van het vertrouwensbeginsel zouden moeten voorzien in het

behoud van de bekomen rechten van alle personeelsleden zonder onderscheid.";

4.2. Overwegende dat "de personeelsleden bedoeld in artikel 318" de personeelsleden zijn die zich op de overgangsbepalingen kunnen beroepen;

Overwegende dat "de bijzondere salarisschaal" waar § 2 van artikel 323 het over heeft, terug te vinden is in artikel 142, § 1, van het decreet; dat artikel 142 luidt als volgt :

"Art. 142. § 1. De personeelsleden belast met artistiekgebonden onderwijsactiviteiten in de studiegebieden audiovisuele en beeldende kunst, en muziek en dramatische kunst, met uitzondering van de basisopleidingen van één cyclus, krijgen voor een voltijds of deeltijds ambt van hetzij assistent, werkleider, doctor-assistent, docent, hoofddocent, hoogleraar of gewoon hoogleraar bijzondere salarisschalen, vastgesteld door de Vlaamse regering.

§ 2. Wanneer zij evenwel bij de uitoefening van hun ambt afzien van de toepassing van artikel 150, krijgen zij, mits het hogeschoolbestuur de uitdrukkelijke toestemming geeft, de gangbare salarisschaal verbonden aan het ambt dat zij bekleden.";

Overwegende dat dit artikel, toen nog artikel 140, in de memorie van toelichting als volgt wordt gecommenterd :

"De personeelsleden belast met artistiekgebonden onderwijsactiviteiten van het studiegebied kunst in het hoger onderwijs van twee cycli genieten bijzondere weddeschalen, die 70 procent bedragen van de gewone weddeschalen. Hiertegenover staat dat zij niet onderworpen zijn aan de stringente cumulregeling. Deze groep personeelsleden kan er vrij allerlei artistieke nevenactiviteiten op nahouden, voor zover de nevenactiviteiten verband houden met de onderwezen artistieke discipline. Zij worden immers per definitie niet geacht volledig ter beschikking van de instelling te zijn, hoewel zij toch een voltijdse opdracht kunnen vervullen. Vandaar dat hun opdracht binnen de hogeschool dan ook beperkt is tot louter onderwijsactiviteiten. Voor deze regeling werd gekozen vanuit het oogpunt dat het onderwijzen van artistieke materie onafscheidelijk verbonden is met een blijvende participatie aan de artistieke

praktijk. Met deze soepele regeling wordt ook in omgekeerde zin de weg geopend naar de hogeschool toe voor 'kunstenaars van formaat'. Enerzijds kan de hogeschool op die manier personen aantrekken met een grote artistieke uitstraling. Anderzijds wordt hen nu de kans geboden om aan het onderwijsgebeuren te participeren zonder enige vorm van beperking op hun artistieke activiteiten.

Paragraaf 2 van dit artikel stelt dat indien zij de toepassing van de cumulatievrijheid niet wensen en toch door de hogeschool geacht worden valabel te zijn in het uitoefenen van hun opdracht, zij op dat ogenblik aanspraak kunnen maken op de 100 procent weddeschalen. Hierbij vervalt echter ook de beperking van hun opdracht tot louter onderwijsactiviteiten. Vanaf dat moment dient hun opdracht binnen de hogeschool alle elementen van de algemene taakomschrijving, eigen aan het ambt dat zij uitoefenen, te omvatten. De toekenning van de normale weddeschalen is in dit geval geen automatisme, maar afhankelijk van de uitdrukkelijke toestemming van het hogeschoolbestuur. (Gedr. St., Vl. Raad, 546 (1993-1994) - Nr. 1, p. 57)";

4.3. Overwegende dat binnen het raam van het kortgeding de Raad van State geen prejudiciële vraag aan het Arbitragehof vermag te stellen; dat de wetgever de procedure tot schorsing vóór de Raad van State en die betreffende de behandeling van een prejudiciële vraag gesteld aan het Arbitragehof niet op elkaar heeft afgestemd; dat had de wetgever dat gedaan, onomstootbaar vast zou staan dat het zijn wil was dat ook binnen het raam van het kortgeding vóór de Raad van State, deze laatste prejudiciële vragen aan het Arbitragehof dient te stellen; dat nu de wil van de wetgever op deze wijze niet blijkt en ook niet op een andere wijze, aangenomen moet worden dat hij niet gewild heeft dat door het procédé van een prejudiciële vraag aan het Arbitragehof de partijen in het kortgeding langer op een uitspraak zouden moeten wachten, terwijl, hij, wetgever, een vlotte uitspraak heeft gewild aangezien hij de termijn voor uitspraak op 45 dagen heeft bepaald in artikel 17, § 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State;

Overwegende dat aangenomen dat de Raad van State wel bevoegd is om in het kader van een schorsingsprocedure te oordelen of er ja dan neen ernstige twijfel bestaat over de door het Arbitragehof definitief te beoordelen grondwettigheid van de in dat kader ter sprake gebrachte wet, hij in de onderhavige zaak oordeelt van niet;

Overwegende dat hiervoren gebleken is dat het toekennen van een "bijzondere weddeschaal" aan wat men kortweg de vroegere leraars artistieke vakken kan noemen, te maken heeft met het feit dat deze voortaan maar over een onbeperkte mogelijkheid tot cumuleren beschikken voor zover de gecumuleerde activiteiten artistieke activiteiten blijken te zijn; dat aan de afschaffing van dat gunstregime voor het "niet-uitsluitend ambt" voor degenen die deze voorwaarde niet vervullen, het onderscheid beantwoordt dat in artikel 142, § 2, wordt gemaakt tussen dezen en hun collega's die dat wel doen; dat aldus dit onderscheid op een aanvaardbaar motief blijkt te berusten; dat er zo te zien dus geen schending is van de gelijkheidsregel,

B E S L U I T :

Artikel 1.

De vorderingen tot schorsing nrs. A. 68.793/IV-15.751, 68.818/IV-15.755, 68.819/IV-15.756 en 68.820/IV-15.757 worden gevoegd.

Artikel 2.

De vorderingen tot schorsing worden verworpen.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op achttien december 1900 zesennegentig, door de IVe kamer, die was samengesteld uit :

de H. J. BORRET,	kamervoorzitter, voorzitter,
Mevr. M.-R. BRACKE,	kamervoorzitter,
de H. A. VANDENDRIESSCHE,	staatsraad,
Mevr. S. VAN AELST,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. VAN AELST.

J. BORRET.