

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 36.120/1

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, eerste kamer, op 20 november 2003 door de Vlaamse minister van Onderwijs en Vorming verzocht haar, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een ontwerp van besluit van de Vlaamse regering "houdende geldelijke en administratieve bepalingen voor de contractuele personeelsleden in het onderwijs betaald door de Vlaamse Gemeenschap", heeft op 4 december 2003 het volgende advies gegeven:

STREKKING VAN HET ONTWERP

Het om advies voorgelegde ontwerp strekt ertoe bepalingen vast te stellen inzake de geldelijke en administratieve rechtspositie van bepaalde contractuele personeelsleden die aangeworven zijn met een arbeidsovereenkomst in de zin van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten.

Het gaat in de eerste plaats om de zogenaamde gesubsidieerde contractuelen, die ter uitvoering van CAO VI met ingang van 1 januari 2002 contractuelen met een arbeidsovereenkomst van onbepaalde duur zijn geworden. Deze groep wordt in het ontwerp aangeduid als "contractuele personeelsleden ten laste van het departement Onderwijs".

Ten tweede gaat het om contractuele personeelsleden van de peuterscholen en kinderdagverblijven van het gemeenschapsonderwijs in het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad. Dit personeel wordt in het ontwerp aangeduid als "contractuele personeelsleden in de Brusselse kinderdagverblijven".

Ten derde regelt het ontwerp ook een aantal elementen van de rechtspositie van de contractuele deskundigen bij een lokaal overlegplatform, zoals bedoeld in hoofdstuk IV, afdeling I, van het decreet van 28 juni 2002 betreffende gelijke onderwijskansen-I.

VORMVEREISTEN

Op grond van artikel 6, § 1, van het besluit van de Vlaamse regering van 19 januari 2001 houdende regeling van de begrotingscontrole en -opmaak, diende over het ontwerp het gemotiveerde begrotingsakkoord te worden ingewonnen van de Vlaamse minister, bevoegd voor de begroting.

Uit het aan de Raad van State, afdeling wetgeving, voorgelegde dossier blijkt niet dat de bevoegde minister over het ontwerp zijn begrotingsakkoord heeft verleend. Ook in de aanhef komt geen verwijzing naar een begrotingsakkoord voor. Er lijkt derhalve te moeten worden vastgesteld dat aan dat vormvereiste niet is voldaan.

.../...

RECHTSGROND

1. In de aanhef van het ontwerp vermelden de stellers van het ontwerp volgende bepalingen als rechtsgrond:

- het bijzonder decreet van 14 juli 1998 betreffende het gemeenschapsonderwijs, artikel 65, § 2;
- het decreet van 13 juli 2001 betreffende het onderwijs-XIII-Mozaïek, hoofdstuk IX;
- het decreet van 28 juni 2002 betreffende gelijke onderwijskansen-I, artikel IV.3, § 3;
- het decreet van 14 februari 2003 betreffende het onderwijs XIV, inzonderheid de artikelen X.26 en X.58.

2. Artikel X.58 van het onderwijsdecreet XIV luidt :

"§ 1. De Vlaamse Gemeenschap kan een jaarsalaris of jaarsalaristoelage uitbetalen voor bepaalde categorieën van personeelsleden van het onderwijs die zijn aangesteld via een arbeidsovereenkomst in de zin van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten.

De Vlaamse regering legt vast op welke personeelscategorieën deze bepaling van toepassing is.

§ 2. De bepalingen van hoofdstuk IX van het decreet van 13 juli 2001 betreffende het onderwijs-XIII-Mozaïek zijn van toepassing op de personeelsleden bedoeld in § 1.

§ 3. De Vlaamse regering kan nadere betalingsvoorwaarden vastleggen".

In de memorie van toelichting wordt de draagwijdte van dat artikel als volgt weergegeven:

« Er wordt voorgesteld te voorzien in een decretale regeling waardoor het mogelijk wordt dat een bijkomende categorie niet-statutaire personeelsleden opgenomen wordt voor subsidiëring of financiering door de Vlaamse overheid.

.../...

In het kader van de sectorale sociale programmatie voor de jaren 2000-2001 voor de sector "Onderwijs" van de Vlaamse gemeenschap werd overeengekomen dat alle gesubsidieerde contractuelen van de onderwijsconventie 8285 met ingang van 1 januari 2002 omgezet worden naar contractuelen met een overeenkomst van onbepaalde duur ten laste van het departement Onderwijs. Ook de regeling die wordt voorzien in nog andere sectoren (Brusselse kinderdagverblijven van het gemeenschapsonderwijs - zie hoofdstuk VIII) vereist een decretale grondslag op basis waarvan de Vlaamse overheid personeelsleden kan betalen op wie de wet op de arbeidsovereenkomsten van toepassing is.

De opname van artikel 6 heeft tot doel er ondermeer voor te zorgen dat alle contractuelen ten laste van het departement Onderwijs gesubsidieerd of gefinancierd kunnen worden door de Vlaamse overheid.

Er wordt een nieuwe groep personeelsleden gecreëerd die tot op heden niet door de Vlaamse regering werd betaald. Voor deze nieuwe groep "contractuelen ten laste van het departement Onderwijs" wordt hiermee de nodige rechtsgrond geschapen.

De opname van artikel 7 heeft tot doel dat de Vlaamse regering in een uitvoeringsbesluit de bezoldigingsregeling voor deze nieuwe groep contractuelen goedkeurt.

De opname van artikel 8 heeft tot doel dat de Vlaamse regering in een uitvoeringsbesluit nadere bepalingen in verband met het arbeidsreglement (bijvoorbeeld vakantieregeling) kan vastleggen » ⁽¹⁾.

Uit het voorgaande volgt dat artikel X.58 van het onderwijsdecreet XIV de Vlaamse regering machtigt om vast te leggen voor welke niet-statutaire personeelscategorieën de Vlaamse Gemeenschap het jaarsalaris financiert of subsidieert (§ 1, tweede lid) ⁽²⁾ en om "nadere uitbetalingsvoorwaarden" te bepalen (§ 3). Die laatste omschrijving moet in zijn normale betekenis worden opgevat, zodat eronder dient te worden verstaan voorwaarden waaraan moet zijn voldaan vooraleer tot betaling kan worden overgegaan.

Artikel X.58, § 1, tweede lid, van het onderwijsdecreet XIV biedt aldus rechtsgrond voor artikel 1, 3°, van het ontwerp, waarin wordt bepaald wie als contractueel personeelslid ten laste van het departement Onderwijs dient te worden beschouwd.

⁽¹⁾ Parl. St., Vl. Parl., 2002-2003, nr. 1355/1, 96-97.

⁽²⁾ De vraag kan worden gesteld of deze machtiging verenigbaar is met artikel 24, § 5, van de Grondwet.

Artikel X.58, § 2, van het onderwijsdecreet XIV maakt de bepalingen van hoofdstuk IX ("Geldelijke rechtspositie") ⁽³⁾ van het onderwijsdecreet XIII toepasselijk op de in paragraaf 1 bedoelde personeelsleden, dit zijn de « categorieën van personeelsleden van het onderwijs die zijn aangesteld via een arbeidsovereenkomst in de zin van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten », waarvoor de Vlaamse Gemeenschap een jaarsalaris of een jaarsalaristoelage uitbetaalt.

Artikel X.58, § 2, van het onderwijsdecreet XIV en hoofdstuk IX van het onderwijsdecreet XIII, vormen aldus de rechtsgrond voor de artikelen 4 tot 7, 10, 16 en 17 van het ontwerp.

3. Artikel X.26 van het onderwijsdecreet XIV luidt:

"§ 1. Tot een door de Vlaamse regering te bepalen datum betaalt de Vlaamse Gemeenschap rechtstreeks het salaris uit aan de personeelsleden bedoeld in deze afdeling ⁽⁴⁾, overeenkomstig volgende bepalingen:

1° aan de personeelsleden bedoeld in deze afdeling worden de volgende weddenschaal toegekend:

- weddenschaal 151 voor wie in het ambt van kinderverzorger is aangesteld op basis van een vereist of voldoende geacht bekwaamheidsbewijs;
- weddenschaal 229 voor wie in het ambt van kinderverzorger is aangesteld op basis van een ander bekwaamheidsbewijs;
- weddenschaal 356 voor wie in het ambt van verpleger is aangesteld.

⁽³⁾ Inzonderheid kan worden gewezen op volgende machtigingen aan de Vlaamse regering vervat in het onderwijsdecreet XIII: artikel IX.2, §§ 2 (het bepalen voor elk ambt van de salarisschaal), en 3 (het bepalen van de voorwaarden van overgang naar de trappen binnen eenzelfde salarisschaal, met inbegrip van de anciënniteitsvoorwaarden), artikel IX.3 (bij het vaststellen van het salaris kan rekening gehouden worden met de andere activiteiten die het personeelslid uitoefent of heeft uitgeoefend, zowel in als buiten het onderwijs; de regering bepaalt de wijze waarop met deze elementen rekening wordt gehouden voor het vaststellen van het salaris en de wijze waarop met het volume van de geleverde prestaties rekening wordt gehouden), artikel IX.8, eerste lid (het personeelslid heeft recht op een jaarlijks vakantiegeld en een eindejaarstoelage; de regering bepaalt de voorwaarden).

⁽⁴⁾ Luidens zijn opschrift heeft die afdeling betrekking op "Kinderdagverblijven van het gemeenschapsonderwijs gelegen in het tweetalig hoofdstedelijk gebied Brussel".

Indien de aldus vastgestelde wedde lager is dan de wedde die het personeelslid genoot bij de inwerkingtreding van dit hoofdstuk, blijft het deze laatste wedde genieten totdat het een ten minste gelijke wedde bekomt overeenkomstig bovenvermelde weddenscalen.

De voornoemde bekwaamheidsbewijzen zijn deze vastgelegd door de Vlaamse regering voor het overeenkomstige ambt in het gewoon of buitengewoon onderwijs;

2° de prestatieregeling van de personeelsleden bedoeld in dit hoofdstuk bedraagt voor een volledige betrekking 36 uren per week.

§ 2. De Vlaamse regering bepaalt de nadere regels met betrekking tot bezoldiging van de personeelsleden bedoeld in artikel X. 24 ⁽⁵⁾ en X. 25 ⁽⁶⁾.

Dit artikel vormt de rechtsgrond voor de artikelen 5 tot 7 en 12 van het ontwerp.

4. Artikel IV.3, § 3, van het decreet van 28 juni 2002 betreffende gelijke onderwijskansen-I luidt :

"De Vlaamse regering voorziet, rekening houdend met artikel IV.2, § 2, eerste lid, in de financiering of subsidiëring van een deskundige die de inhoudelijke en organisatorische ondersteuning van het lokaal overlegplatform waarneemt. Zij bepaalt de nadere aanwervings- en functioneringsvoorwaarden van de deskundige. De deskundige kan niet worden aangesteld als voorzitter".

In de memorie van toelichting wordt de draagwijdte van die bepaling als volgt toegelicht:

"De Vlaamse regering voorziet in de ondersteuning van de lokale overlegplatforms door een deskundige. Deze vervult zowel een organisatorische als een inhoudelijke rol, die wordt vastgelegd in het huishoudelijk reglement.

⁽⁵⁾ Het gaat om "de personeelsleden die in de Brusselse peuterscholen en kinderdagverblijven van het gemeenschapsonderwijs tewerkgesteld zijn als verpleger of kinderverzorger en die niet benoemd zijn bij toepassing van artikel X. 23, §§ 1 en 2", en die door de scholengroep 8-Brussel aangeworven zijn als contractuele personeelsleden.

⁽⁶⁾ Het gaat om de vervangers van de personeelsleden bedoeld in artikel X. 23 en X. 24, die als contractuele personeelsleden worden aangeworven.

De deskundige levert onder meer de nodige knowhow inzake "good practices" binnen een gelijkekansenbeleid en het omgaan met een statistisch apparaat inzake leerlingenstromen.

De Vlaamse regering bepaalt de aanwervings- en functioneringsvoorwaarden voor de deskundige. Een belangrijk element van de functioneringsvoorwaarden moet bestaan uit een duidelijke deontologische werkingscode" ⁽⁷⁾.

Er kan worden aanvaard dat deze bepaling rechtsgrond biedt voor het vaststellen van het geldelijk statuut van de deskundige. In die bepaling kan derhalve rechtsgrond gevonden worden voor de artikelen 13 (salarisschaal) en 14 (periodieke salarisverhogingen) van het ontwerp. Ook artikel 15 van het ontwerp (vaststellen prestatieregeling) vindt rechtsgrond in voormelde bepaling.

5.1. Artikel 65, § 2, van het bijzonder decreet van 14 juli 1998 luidt :

"De Vlaamse Gemeenschap betaalt rechtstreeks de wedde uit van de krachtens de geldende wetten en reglementen in dienst genomen personeelsleden".

Het is de Raad van State, afdeling wetgeving, niet duidelijk in welk opzicht deze bepaling rechtsgrond zou bieden voor het ontwerp. Wellicht wordt ervan melding gemaakt, gelet op het bepaalde in artikel 3 van het ontwerp ("De Vlaamse Gemeenschap betaalt rechtstreeks het salaris uit aan de contractuele personeelsleden"). De in die bepaling van het ontwerp opgenomen regel volgt echter reeds uit artikel 65, § 2, van het bijzonder decreet ⁽⁸⁾.

Ook artikel 36, § 2, van de wet van 29 mei 1959 tot wijziging van sommige bepalingen van de onderwijswetgeving (hierna: schoolpactwet) bepaalt dat de Vlaamse Gemeenschap de weddetoelagen rechtstreeks aan de leden van het personeel van de gesubsidieerde instellingen uitbetaalt. Artikel 36 van de schoolpactwet is echter met ingang van 1 september 1997 opgeheven voor wat het basisonderwijs betreft, door het

⁽⁷⁾ Parl. St., Vl. Parl., 2001-2002, nr. 1143/1, 15.

⁽⁸⁾ De rechtstreekse uitbetaling van het salaris aan de contractuele personeelsleden in de Brusselse kinderdagverblijven - die personeelsleden van het gemeenschapsonderwijs zijn -, gebeurt overigens ook op grond van artikel X.26, § 1, inleidende zin, van het onderwijsdecreet XIV.

decreet basisonderwijs van 25 februari 1997. In plaats daarvan geldt artikel 154, § 2, laatste lid, van het decreet basisonderwijs, waarin hetzelfde wordt bepaald.

Artikel 3 van het ontwerp blijkt dus enkel tot doel te hebben het rechtstreeks uitbetalen van het salaris aan de contractuele deskundigen in een lokaal overlegplatform mogelijk te maken. Vraag is evenwel wat de rechtsgrond hiervoor is.

6. Artikel 18 van het ontwerp regelt het aantal dagen ziekte- of gebrekkigheidsverlof. Voor die bepaling kan als rechtsgrond een beroep worden gedaan op artikel 77 van het decreet van 27 maart 1991 betreffende de rechtspositie van bepaalde personeelsleden van het gemeenschapsonderwijs en op artikel 51 van het decreet van 27 maart 1991 betreffende de rechtspositie van sommige personeelsleden van het gesubsidieerd onderwijs en de gesubsidieerde centra voor leerlingenbegeleiding.

7. Voor het vaststellen van een prestatie- en vakantieregeling voor de contractuele personeelsleden ten laste ⁽⁹⁾ van het departement Onderwijs en de contractuele personeelsleden in de Brusselse kinderdagverblijven (artikelen 8 en 11 van het ontwerp), kon de gemachtigde van de regering geen rechtsgrond aanwijzen.

Wat de contractuele personeelsleden ten laste van het departement Onderwijs betreft, wordt in de memorie van toelichting bij artikel X.58 van het onderwijsdecreet XIV weliswaar gewag gemaakt van het vastleggen, door de Vlaamse regering, in een uitvoeringsbesluit van "nadere bepalingen in verband met het arbeidsreglement (bijvoorbeeld vakantieregeling)" ⁽¹⁰⁾, maar daarvan is geen spoor in het artikel terug te vinden.

⁽⁹⁾ In artikel 11 wordt melding gemaakt van "de personeelsleden die tewerkgesteld zijn bij het departement Onderwijs", terwijl elders in het ontwerp de uitdrukking "de personeelsleden ten laste van het departement Onderwijs" wordt gebruikt. Vraag is of dit onderscheid gewild is.

⁽¹⁰⁾ Parl. St., Vl. Parl., 2002-2003, nr. 1355/1, 97.

8. In de bij het ontwerp gevoegde "toelichtende nota" wordt daarenboven opgemerkt dat de rechtsgrond voor de financiering of subsidiëring van de contractuele personeelsleden steunt op artikel X.27, § 1, van het onderwijsdecreet XIV. Ook die bepaling blijkt geen rechtsgrond te bieden; het verband met het ontwerp ontgaat de Raad van State ten enenmale.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Aanhef

1. De aanhef zal in de eerste plaats aangepast moeten worden aan de opmerkingen inzake de rechtsgrond van het ontwerp.

2. In het tweede lid van de aanhef dient het correcte opschrift van het onderwijsdecreet XIII te worden vermeld: "decreet van 13 juli 2001 betreffende het onderwijs-XIII-Mozaïek".

3. Het is niet duidelijk waarom in de achtste aanhefverwijzing melding wordt gemaakt van het besluit van de Vlaamse regering van 28 juni 2002, dat door het ontwerp niet wordt gewijzigd.

4. In de aanhef zal melding moeten worden gemaakt van het begrotingsakkoord.

5. De verwijzing naar het advies van de Raad van State, afdeling wetgeving, stelle men als volgt:

"Gelet op advies 36.120/1 van de Raad van State, gegeven op 4 december 2003, met toepassing van artikel 84, § 1, eerste lid, 1°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State;"

.../...

Artikel 1

1. In de inleidende zin van artikel 1 zijn de woorden "van de hoofdstukken I tot en met IV" overbodig. Hetzelfde geldt voor de woorden "zoals bedoeld in de artikelen X.22 tot artikel X.30 van het decreet van 14 februari 2003 betreffende het onderwijs XIV" in 1°.

2. De voorwaarde voor het toepasselijk zijn van het ontwerp, namelijk "en die betaald worden door het departement Onderwijs" (2°), dient te worden ingevoegd in artikel 2 van het ontwerp, waarin het toepassingsgebied wordt omschreven. Voor het overige is 2° overbodig en kan het worden weggelaten.

3. Welke personeelsleden als "contractuele personeelsleden ten laste van het departement Onderwijs" dienen te worden beschouwd, dient in het ontwerp zelf te worden geregeld. De verwijzing in 3° naar een "mededeling" (in casu de omzendbrief 13BC/MB/CODO van 7 december 2001, die overigens op zijn beurt verwijst naar "de onderwijsconventie 8285"), volstaat daartoe niet.

Artikel 3

Zoals hiervoor reeds werd aangestipt, is deze bepaling ten dele overbodig omdat ze herhaalt wat reeds uit het bijzonder decreet, de wet en het decreet blijkt, en voor het overige is niet duidelijk of er een rechtsgrond voor kan worden aangewezen. Vraag is dan ook of de bepaling in het ontwerp kan worden gehandhaafd.

Artikel 6

Luidens het tweede lid van artikel 6 van het ontwerp worden, anders dan voor de vastbenoemde personeelsleden van het onderwijs, op de eindejaarstoelage van de contractuelen bijdragen voor sociale zekerheid ingehouden.

Uit artikel 6, § 1, VI, vijfde lid, 12°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen blijkt dat alleen de federale overheid bevoegd is voor "de sociale zekerheid". Het staat derhalve niet aan de regering om terzake regels te bepalen, zodat het tweede lid van artikel 6 van het ontwerp dient te vervallen.

Artikelen 8 en 9

1. Bij de bespreking van de rechtsgrond is opgemerkt dat voor artikel 8 geen rechtsgrond is aangeduid. Vraag is dus of deze bepaling in het ontwerp kan worden gehandhaafd.

2. Subsidiair kan worden opgemerkt dat artikel 8 van het ontwerp een prestatie- en vakantieregeling bevat, en valt onder hoofdstuk III ("Algemene bepalingen") waarin de voor de drie categorieën van contractuele personeelsleden geldende bepalingen zijn opgenomen. Uit de artikelen 11 en 15 blijkt echter dat de regeling van artikel 8 enkel betrekking heeft op de contractuele personeelsleden in de Brusselse kinderdagverblijven. Aldus gaat het niet om een algemene bepaling, en wordt ze beter ondergebracht in hoofdstuk IV ("Specifieke bepalingen").

3. Artikel 9 dient in elk geval uit het ontwerp te worden weggelaten. Afwijken van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten zou alleen bij decreet kunnen.

Artikelen 11 en 15

1. Bij de bespreking van de rechtsgrond is opgemerkt dat voor artikel 11 geen rechtsgrond is aangeduid. Vraag is dus of deze bepaling in het ontwerp kan worden gehandhaafd.

2. Subsidiair dient te worden opgemerkt dat in de artikelen 11 en 15 van het ontwerp wordt verwezen naar het besluit van de Vlaamse regering van 24 november 1993 houdende organisatie van het ministerie van de Vlaamse Gemeenschap en de regeling van de rechtspositie van het personeel. Dat besluit is met ingang van 1 juli 2002 opgeheven en vervangen door het besluit van de Vlaamse regering van 15 juli 2002 houdende organisatie van het ministerie van de Vlaamse Gemeenschap en de regeling van de rechtspositie van het personeel.

Er zal derhalve naar dit laatste besluit dienen te worden verwezen ⁽¹¹⁾ en de verwijzing zal dienen te worden gespecificeerd door vermelding van de bedoelde artikelen of onderdelen van het besluit.

Artikelen 16 tot 18

De wijzigingsbepalingen dienen chronologisch te worden gerangschikt, op basis van de datum van het te wijzigen koninklijk besluit.

Artikel 19

1. De stellers van het ontwerp zijn niet ingegaan op de opmerkingen die de Raad van State, afdeling wetgeving, reeds in zijn advies 35.887/1 van 18 september 2003 heeft gemaakt bij artikel 19 van het ontwerp. Het gaat nochtans duidelijk om materiële vergissingen, die hoe dan ook dienen te worden verholpen:

- uit artikel 19, tweede gedachtestreepje, blijkt dat artikel 16 uitwerking zal hebben vanaf 1 september 2002, terwijl in het derde gedachtestreepje wordt bepaald dat "artikel 16, § 1, § 2, § 3 en § 6" in werking treden met ingang van 1 september 2003;
- artikel 16 telt slechts drie paragrafen; er komt geen "§ 6" in voor.

⁽¹¹⁾ Een probleem daarbij is evenwel dat artikel 11 uitwerking heeft met ingang van 1 januari 2002, terwijl het besluit van 15 juli 2002 pas op 1 juli 2002 in werking is getreden.

2. Aan alle bepalingen van het ontwerp wordt terugwerkende kracht verleend. Uit de door de gemachtigde van de regering verstrekte toelichting kon niet worden opgemaakt of alle in het ontwerp opgenomen wijzigingen een begunstigend effect hebben.

Het verlenen van terugwerkende kracht aan besluiten is enkel toelaatbaar ingeval voor de retroactiviteit een wettelijke grondslag bestaat, de retroactiviteit betrekking heeft op een regeling die, met inachtneming van het gelijkheidsbeginsel, voordelen toekent of in zoverre de retroactiviteit noodzakelijk is voor de goede werking van de diensten 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. De stellers van het ontwerp wordt daarom ter overweging gegeven artikel 19 van het ontwerp vanuit dit oogpunt nog eens te bekijken.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	M. VAN DAMME,	kamervoorzitter,
	J. BAERT, J. SMETS,	staatsraden,
	A. SPRUYT, M. RIGAUX,	assessoren van de afdeling wetgeving,
Mevrouw	A. BECKERS,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de H. W. PAS, auditeur.

DE GRIFFIER,

DE VOORZITTER,

A. BECKERS

M. VAN DAMME