

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 38.515/1

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, eerste kamer, op 2 juni 2005 door de Vlaamse minister van Werk, Onderwijs en Vorming verzocht hem, binnen een termijn van vijf werkdagen, van advies te dienen over een voorontwerp van decreet "betreffende het onderwijs XV", heeft op 7 juni 2005 het volgende advies gegeven:

Volgens artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State moeten in de adviesaanvraag de redenen worden opgegeven tot staving van het spoedeisende karakter ervan.

In het onderhavige geval wordt het verzoek om spoedbehandeling als volgt gemotiveerd:

"De hoogdringendheid steunt op de volgende vaststellingen:

1. Het voorontwerp van decreet voorziet in decretale grondslagen voor een aantal afspraken die recent zijn genomen in de CAO VII, de CAO I en de beleidsnota en die voor het volgende schooljaar gepland zijn: impulsen voor sterke voor scholengemeenschappen, verlenging van de tijdelijke projecten uit het decreet gelijke kansen, plage-uren en deeltijdse prestaties van het onderwijspersoneel, CAO I bepalingen voor de hogescholen.
2. Het voorontwerp omvat de noodzakelijke en urgente remediëring van bestaande decreten om discussie en gerechtelijke dossiers te voorkomen: vrije keuze buitengewoon onderwijs, technische correcties decreet volwassenenonderwijs, rechten van het onderwijspersoneel bij wijzigingen samenstelling scholengemeenschappen en bij concordantie.
3. Het voorontwerp voorziet in een aantal vereenvoudigingsmaatregelen die met het schooljaar 2005-2006 moeten worden ingevoerd om het door het regeerakkoord opgelegde stappenplan inzake vereenvoudiging van de regelgeving te kunnen verwezenlijken. In dit verband is er onder meer de vermindering van het aantal teldata in het basisonderwijs, de vereenvoudiging inzake de vervangingspool, de verminderde lasten inzake schoolboekhouding, de betere samenwerking inzake ICT tussen basis- en secundair onderwijs, de coördinatie van de onderwijsdecreten.
4. Omwille van het legaliteitsbeginsel kunnen een aantal noodzakelijke maatregelen niet genomen worden bij gebrek aan bepalingen in een decreetsvorm: het onderwijs aan huis voor zieke kinderen in het basis- en secundair onderwijs, de regelgeving inzake internaten en ook de bepalingen inzake concordantie.
5. Gelet op de eigenheid van het onderwijsveld dienen de decretale innovaties voor het zomerreces aan de onderwijsinstellingen te worden bekendgemaakt. De ingangsdatum van de meeste bepalingen van het voorontwerp van decreet is vastgelegd in de toekomst en namelijk op 1 september 2005".

*

* *

.../...

Overeenkomstig artikel 84, § 3, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, heeft de afdeling wetgeving zich moeten beperken tot het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond, alsmede van de vraag of aan de voorgeschreven vormvereisten is voldaan ⁽¹⁾.

*

* *

VOORAFGAANDE VORMVEREISTEN

1. De bij de adviesaanvraag gevoegde stukken en de stukken die op vraag van het bevoegde lid van het auditoraat aan de Raad van State, afdeling wetgeving, zijn bezorgd, doen ervan blijken dat het voorontwerp van decreet in de loop van de totstandkoming ervan nog ingrijpende wijzigingen heeft ondergaan.

Aanvankelijk werd het voorontwerp door de Vlaamse Regering op 25 maart 2005 principieel goedgekeurd, nadat het advies van de Inspectie van Financiën en het begrotingsakkoord waren ingewonnen. Daarna is het voorontwerp om advies voorgelegd aan de Sociaal-Economische Raad van Vlaanderen (SERV) en de Vlaamse Onderwijsraad (VLOR), die respectievelijk op 13 en 21 april 2005 advies hebben gegeven. In het Vlaams Onderhandelingscomité is over het hoofdstuk hogescholen onderhandeld op 25 april en 17 mei 2005. Op 20 mei 2005 heeft de Vlaamse Regering haar goedkeuring gehecht aan een reeks voorstellen tot wijziging van het voorontwerp, die in de nota aan de leden van de Vlaamse Regering worden omschreven als "grondige wijzigingen". Op 1 juni 2005 zijn de protocollen met de conclusies van de onderhandelingen ⁽²⁾ met de representatieve vakorganisaties ondertekend. Dezelfde dag heeft de Vlaamse Regering het voorontwerp van decreet opnieuw principieel goedgekeurd met het oog op de adviesvraag aan de Raad van State.

⁽¹⁾ Aangezien het om een voorontwerp van decreet gaat, kan er van worden uitgegaan dat onder rechtsgrond wordt verstaan de overeenstemming met de hogere rechtsregels.

⁽²⁾ Die onderhandelingen hebben geduurd van 26 april 2005 tot 24 mei 2005.

Uit de stukken en uit het verloop van de raadplegingen blijkt niet dat is voldaan aan alle vormvereisten. Met name kan niet worden vastgesteld dat voor elk onderdeel van het voorontwerp de verplichte vormen zijn nageleefd.

2. Volgens artikel 5 van de wet van 29 mei 1959 tot wijziging van sommige bepalingen van de onderwijswetgeving (hierna: schoolpactwet), moet aan fundamentele onderwijshervormingen een "overleg onder de afgevaardigden van de inrichtende machten" voorafgaan. Onder "fundamentele hervorming" dient volgens dezelfde bepaling te worden verstaan "een wijziging in de algemene oriëntering of de duur van de studiën en in de voorwaarden van toelating en overgang van de leerlingen".

Het komt de Raad van State voor dat alvast het vaststellen van de in het ontwerp opgenomen nieuwe instapdatum voor kleuters (zie artikel II.2 van het ontwerp) en van sommige bepalingen inzake het onderwijs aan huis voor zieke jongeren (artikel III.15) te beschouwen zijn als fundamentele hervormingen in de zin van artikel 5 van de schoolpactwet.

De Raad van State, afdeling wetgeving, heeft reeds herhaaldelijk opgemerkt dat het gegeven dat de inrichtende machten ook vertegenwoordigd zijn in de VLOR of bij de syndicale onderhandelingen met de vakorganisaties, dit gebrek niet kan verhelpen ⁽³⁾.

De conclusie luidt dan ook dat over de fundamentele onderwijshervormingen vervat in het ontwerp een overleg onder de afgevaardigden van de inrichtende machten dient te worden georganiseerd. Mochten als gevolg van dit overleg nog wijzigingen aan het ontwerp worden aangebracht, dan zullen deze om advies aan de afdeling wetgeving moeten worden voorgelegd.

⁽³⁾ Zie, bij wijze van voorbeeld, het advies 31.453/2 van 10 april 2001, *Parl. St.*, Fr. Gem. R. 2000-01, nr. 168/1 ("La législation en matière d'enseignement distingue deux types de concertation qui doivent être menées avec les pouvoirs organisateurs. Dans le premier cas, la concertation se déroule avec les organes de représentation des pouvoirs organisateurs (...). Dans le second cas, elle se déroule avec l'ensemble des pouvoirs organisateurs et, comme la section de législation du Conseil d'Etat l'a rappelé à maintes reprises, le Gouvernement ne peut lui substituer une concertation avec les organes de représentation et de coordination (...). L'article 5 de la loi précitée du 29 mai 1959 impose le second type de concertation").

ALGEMENE OPMERKINGEN

1. Legaliteitsbeginsel in onderwijszaken

Artikel 24, § 5, van de Grondwet bepaalt dat de inrichting ⁽⁴⁾, erkenning of subsidiëring van het onderwijs door de gemeenschap wordt geregeld door de wet of het decreet. Volgens de rechtspraak van het Arbitragehof ⁽⁵⁾ vereist artikel 24, § 5, van de Grondwet dat de door de decreetgever verleende opdrachten slechts op de tenuitvoerlegging van de door de decreetgever zelf vastgestelde beginselen betrekking hebben. Via die opdrachten kan een gemeenschapsregering of een andere overheid de onnauwkeurigheid van die beginselen niet opvangen of onvoldoende omstandige beleidskeuzes niet verfijnen.

Gelet op het legaliteitsbeginsel in onderwijszaken, stellen een aantal bepalingen van het ontwerp problemen.

Artikel II.6

In het licht van de bovenstaande beginselen is de delegatie aan de Vlaamse Regering om de programmatiernorm vast te stellen voor één nieuwe school voor buitengewoon onderwijs indien er voor een bepaalde groep nog geen school bestaat, te weinig afgebakend.

Artikel III.10

Uit de memorie van toelichting blijkt dat het de bedoeling is artikel 96, § 6, van het decreet van 14 juli 1998 houdende diverse maatregelen met betrekking tot het secundair onderwijs en tot wijziging van het decreet van 25 februari 1997 betreffende het basisonderwijs, derwijze te wijzigen dat, binnen de budgettaire mogelijkheden, de

⁽⁴⁾ De inrichting van een bepaalde vorm van onderwijs sluit de financiering ervan in (*Parl. St.*, Senaat, B.Z. 1988, nr. 100-1/2°, 91).

⁽⁵⁾ Zie bijvoorbeeld Arbitragehof, arrest nr. 41/2004, 17 maart 2004, B.3.2.

Vlaamse Regering niet enkel de coëfficiënten voor de puntenenveloppe van het ondersteunend personeel kan wijzigen, maar ook de wijze waarop de puntenenveloppe wordt berekend, namelijk de formule. Een dergelijk ruime delegatie staat op gespannen voet met artikel 24, § 5, van de Grondwet.

Artikel III.15

Artikel III.15 beoogt in het decreet van 31 juli 1990 betreffende het onderwijs-II een afdeling "onderwijs aan huis voor zieke jongeren" in te voegen, bestaande uit de artikelen 74*bis* tot 74*quinqüies*. Het nieuwe artikel 74*ter*, § 1, bepaalt dat leerlingen voor wie het door ziekte of ongeval tijdelijk onmogelijk is om secundair onderwijs te volgen in hun school, onder de voorwaarden bepaald door de Vlaamse Regering, recht hebben op tijdelijk onderwijs aan huis voor zieke jongeren. Het nieuwe artikel 74*ter*, § 3, eerste lid, bepaalt dat de Vlaamse Regering, vaststelt: ten eerste de voorwaarden om in aanmerking te komen voor tijdelijk onderwijs aan huis voor zieke jongeren, ten tweede hoe het onderwijs aan huis wordt georganiseerd, en ten derde welke vorm van hulp de school krijgt om het onderwijs aan huis te organiseren. Het nieuwe artikel 74*ter*, § 3, tweede lid, bepaalt dat de Vlaamse Regering ook vastlegt wat onder langdurige afwezigheid moet worden begrepen, met dien verstande dat een afwezigheid van minder dan 21 kalenderdagen geen langdurige afwezigheid is voor de toepassing van dit artikel, tenzij het gaat om een afwezigheid vanwege een chronische ziekte. Het nieuwe artikel 74*quinqüies*, bepaalt dat de Vlaamse Regering vaststelt op welke wijze het permanent onderwijs aan huis wordt georganiseerd en welke vorm van hulp de school krijgt om het permanent onderwijs aan huis te organiseren.

Deze delegatiebepalingen laten teveel beleidsruimte aan de Vlaamse Regering om in overeenstemming te zijn met artikel 24, § 5, van de Grondwet. De enige beperking die terzake in het ontwerp is opgenomen, is het vastleggen van de ondergrens voor langdurige afwezigheid bij niet chronisch zieken.

Artikelen VII.10 en VII.18

De artikelen VII.10 en VII.18 van het ontwerp bevatten wijzigingen aan de rechtspositiedecreten van 27 maart 1991. Ze voegen een hoofdstuk toe inzake concordantie. De paragrafen 1 en 2 van deze artikelen bevatten telkens delegaties aan de Vlaamse Regering om allerlei administratieve en geldelijke bepalingen voor de betrokken personeelsleden vast te leggen, inzonderheid inzake de draagwijdte van vaste benoeming, de prestaties geleverd als tijdelijk personeelslid, de rechten met betrekking tot de tijdelijke aanstelling van doorlopende duur, de terbeschikkingstelling wegens ontstentenis van betrekking, reffectatie en wedertewerkstelling, de vacantverklaring van betrekkingen met het oog op vaste benoeming, de bekwaamheidsbewijzen en de weddenschalen.

Indien het louter de bedoeling zou zijn de Vlaamse Regering te machtigen om de benamingen te veranderen ⁽⁶⁾, en om de administratieve en geldelijke bepalingen daarmee formeel in overeenstemming te brengen, kan de delegatie worden aanvaard ⁽⁷⁾ ⁽⁸⁾.

In het andere geval is de delegatie in strijd met artikel 24, § 5, van de Grondwet, inzonderheid in de mate dat ze de Regering toelaat het administratief statuut van het personeel naar eigen inzicht te wijzigen op de in de ontworpen bepaling opgesomde vlakken.

2. Retroactiviteit

Heel wat bepalingen uit het ontwerp hebben terugwerkende kracht.

⁽⁶⁾ Dat zou kunnen worden afgeleid uit de definitie van "ambtshalve concordantie", nl. "de omzetting van de bestaande benaming (...) naar een nieuwe benaming", en uit de redactie van de aanvang van de tweede paragraaf ("Voor de toepassing van dit artikel ...").

⁽⁷⁾ Vergelijk met R.v.St., Van Waeyenberghe en consorten, nr. 59.901, 5 juni 1996, overweging 7.

⁽⁸⁾ De memorie van toelichting maakt niet duidelijk welke van beide interpretaties de juiste is.

Zoals het Arbitragehof er reeds meermaals heeft op gewezen, is de niet-retroactiviteit van wetten of decreten een waarborg ter voorkoming van rechtsonzekerheid en vereist die waarborg dat het recht voorzienbaar en toegankelijk is, zodat eenieder in redelijke mate de gevolgen van een welbepaalde handeling kan voorzien op het tijdstip dat de handeling wordt verricht ⁽⁹⁾. Nog volgens het Arbitragehof kan de terugwerkende kracht van wetten of decreten enkel worden verantwoord wanneer zij onontbeerlijk is voor de verwezenlijking van een doelstelling van algemeen belang; indien bovendien blijkt dat de terugwerkende kracht tot gevolg heeft dat de afloop van gerechtelijke procedures in een welbepaalde zin wordt beïnvloed of dat rechtscolleges worden verhinderd zich uit te spreken over een bepaalde rechtsvraag, vergt de aard van het in het geding zijnde beginsel dat uitzonderlijke omstandigheden een verantwoording bieden voor het optreden van de wet- of decreetgever dat ten nadele van een categorie burgers inbreuk maakt op de jurisdictionele waarborgen die aan allen worden geboden ⁽¹⁰⁾.

Voor een aantal bepalingen van het ontwerp heeft de gemachtigde van de Vlaamse Regering, op vraag van het bevoegde lid van het auditoraat, toelichting verstrekt bij de terugwerkende kracht. Voor de retroactiviteit van andere bepalingen is geen verantwoording gegeven, ook niet in de memorie van toelichting.

Gelet op de spoedeisendheid van de adviesaanvraag is het de Raad van State, afdeling wetgeving, niet mogelijk om een duidelijk inzicht te krijgen in, en zich een gefundeerd oordeel te vormen omtrent de juridische en feitelijke gegevens die zouden kunnen worden ingeroepen om te besluiten dat in de betrokken artikelen van het ontwerp, een afwijking van het beginsel van de niet-retroactiviteit van het decreet toelaatbaar is.

In ieder geval verdient het aanbeveling om in de memorie van toelichting op een concrete en omstandige wijze uiteen te zetten waarom, naar het oordeel van de Vlaamse Regering, een afwijking van de niet-retroactiviteit van het decreet voor elk van

⁽⁹⁾ Zie o.m.: Arbitragehof, nr. 49/98, 20 mei 1998, B.4; Arbitragehof, nr. 17/2000, 9 februari 2000, B.4; Arbitragehof, nr. 36/2000, 29 maart 2000, B.5.

⁽¹⁰⁾ Zie, naast de in de vorige voetnoot geciteerde arresten : Arbitragehof, nr. 64/97, 6 november 1997, B.5; Arbitragehof, nr. 3/98, 14 januari 1998, B.7; Arbitragehof, nr. 97/99, 15 september 1999, B.2.3; Arbitragehof, nr. 89/2000, 13 juli 2000, B.15; Arbitragehof, nr. 38/2001, 13 maart 2001, B.14.1; Arbitragehof, nr. 98/2001, 13 juli 2001, B.8.1; Arbitragehof, nr. 159/2001, 19 december 2001, B.13.1; Arbitragehof, nr. 6/2003, 22 januari 2003, B.8; Arbitragehof, nr. 40/2003, 9 april 2003, B.7.1.

de (groepen van) bepalingen die terugwerken verantwoord is. Die verantwoording zal naderhand door het Arbitragehof op haar deugdelijkheid getoetst kunnen worden.

3. Mozaïekwetgeving

Het ontwerp is een voorbeeld van mozaïekwetgeving. Eerder stelde de Raad van State, afdeling wetgeving, over die manier van wetgeven:

"In de mozaïekwetten is geen sprake meer van een harmonische aaneenschakeling van complementaire bepalingen die normaal voor de samenhang van de wetgeving zorgt; door bepalingen die niet hetzelfde belang hebben naast elkaar te plaatsen, en door bijvoorbeeld over te stappen van louter redactionele bepalingen naar materiële bepalingen, wordt eveneens afgeweken van de normale manier van wetgeven; tenslotte hebben de programmawetten, wat vele bepalingen ervan betreft, niet de duurzaamheid die kenmerkend zou moeten zijn voor de wet. Dit is een van de gevolgen van deze wetgevingstechniek : het vooruitzicht dat er op korte termijn opnieuw wijzigingen kunnen worden aangebracht, kan een stimulans zijn om eerder gedeeltelijke aanpassingen van de teksten voor te bereiden dan alomvattende hervormingen" ⁽¹¹⁾.

De meeste bepalingen van het ontwerp zijn wijzigings- of opheffingsbepalingen, maar het ontwerp bevat ook een aantal autonome bepalingen (zie hoofdstuk X).

De stellers van het ontwerp zullen moeten nagaan of sommige bepalingen van het ontwerp, die als autonome bepalingen zijn geconcipieerd, niet beter als afzonderlijk ontwerp aan het Vlaams Parlement worden voorgelegd of worden geïntegreerd in andere decreten waarin bepalingen van dezelfde aard of in verband met dezelfde aangelegenheid zijn opgenomen.

⁽¹¹⁾ *Parl. St.*, Senaat, 1989-90, nr. 806/2, p. 37. Zie ook: H. COREMANS en M. VAN DAMME, *Beginselen van wetgevingstechniek en behoorlijke regelgeving*, Brugge, die Keure, 2001, nr. 18; A. MAST en J. DUJARDIN, *Overzicht van het Belgisch grondwettelijk recht*, 1985, nr. 194; A. PARISIS, "Les lois-programmes en Belgique : tendances et contenu", *R.I.S.A.*, 1981, 95-104; PH. QUERTAINMONT, "Le déclin de l'Etat de droit", *J.T.*, 1984, 275; J.-CH. SAVIGNAC en S. SALON, "Des mosaïques législatives ?", *Act.Jur.D.A.*, 1986, 3-9; P. WÉRY en H. VUYE, "Een voorbeeld van programmawetgeving: artikel 2277bis B.W.", *R.W.*, 1995-96, 440-444.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel V.4

Dit artikel bevat een regeling voor het politiek verlof van het administratief en technisch personeel van de hogescholen. Aldus wordt beoogd een decretale grondslag uit te werken voor de regeling, aangezien de algemene regeling vervat in artikel 72, 4°, van het decreet van 13 juli 1994 betreffende de hogescholen in de Vlaamse Gemeenschap (hierna : hogescholendecreet) niet voldoende precies is en derhalve in strijd met het legaliteitsbeginsel van artikel 24, § 5, van de Grondwet. Aldus komt het ontwerp tegemoet aan de bezwaren die geopperd werden in het advies 37.755/1 van 18 november 2004 ⁽¹²⁾.

De ontworpen regeling is niet van toepassing op het onderwijzend personeel. Gelet op de nota aan de Vlaamse regering, gevoegd bij het ontwerp van besluit 37.755/1, gaat de regering er blijkbaar vanuit dat "voor het onderwijzend personeel (...) het uitoefenen van een politiek mandaat geregeld (is) via de cumulatieregeling" in artikel 147 e.v. van het hogescholendecreet. Of dit uitgangspunt correct is, kon binnen het korte tijdsbestek niet worden onderzocht.

Evenmin kan worden nagegaan of, gelet op dit nieuwe artikel, geen andere bepalingen van het hogescholendecreet dienen te worden aangepast (in het bijzonder de artikelen 72 en 337bis van het hogescholendecreet en de artikelen 29 tot 36bis van het decreet van 28 april 1993 betreffende het onderwijs IV).

Artikelen VII.10 en VII.18

Het ontworpen artikel 56ter, § 3, van het decreet van 27 maart 1991 betreffende de rechtspositie van bepaalde personeelsleden van het gemeenschapsonderwijs, bepaalt dat "onverminderd de krachtens artikel 146 van de Grondwet door de wet georganiseerde rechtsbescherming", de concordanties die voor 1 september 2005 werden vastgelegd, beschouwd worden als zijnde vastgelegd

⁽¹²⁾ Advies over een ontwerp van besluit "betreffende het politiek verlof voor de leden van het administratief en technisch personeel van de hogescholen in de Vlaamse Gemeenschap en van de Hogere Zeevaartschool".

"overeenkomstig dit artikel". De gemachtigde van de Vlaamse Regering heeft aan het bevoegde lid van het auditoraat laten weten dat "de bekrachtiging enkel de besluiten uit het verleden (betreft), aangezien voor de toekomst de machtiging ingeschreven wordt om de zaken bij besluit te regelen".

Artikel X.1

De ontworpen bepaling bekrachtigt twee besluiten, die wijzigingen aanbrengen in het koninklijk besluit nr. 456 van 10 september 1986 houdende rationalisatie en programmatie van de internaten van het door de Staat georganiseerde of gesubsidieerde onderwijs.

De voorgenomen bekrachtiging heeft uitwerking met ingang van 1 september 2002. Het besluit van 19 september 2003 had inderdaad uitwerking met ingang van 1 september 2002. Het besluit van 15 april 2005 is nog niet bekendgemaakt. Indien de tekst ervan overeenstemt met het ontwerp zoals dat aan de Raad van State, afdeling wetgeving, voor advies werd voorgelegd, dan is dat besluit in werking getreden niet op 1 september 2002, doch op 1 september 2004. Gelet op dit laatste, is niet duidelijk waarom de bekrachtiging van het besluit van 15 april 2005 uitwerking moet hebben met ingang van 1 september 2002.

Het valt niet uit te sluiten dat met de bekrachtiging tussengekomen wordt in hangende rechtsgedingen, in het kader waarvan de onwettigheid van deze besluiten wordt ingeroepen. In verband met die problematiek wordt verwezen naar de algemene opmerkingen inzake de retroactiviteit.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	M. VAN DAMME,	kamervoorzitter,
	J. BAERT, J. SMETS,	staatsraden,
Mevrouw	A. BECKERS,	griffier.

De verslagen werden uitgebracht door de HH. R. AERTGEERTS, eerste auditeur-afdelingshoofd en W. PAS, auditeur.

DE GRIFFIER,

DE VOORZITTER,

A. BECKERS

M. VAN DAMME