KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 39.427/1

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, eerste kamer, op 18 november 2005 door de Vlaamse minister van Werk, Onderwijs en Vorming verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering "tot invoering van een tijdelijk project betreffende vervangingen van korte afwezigheden, bedrijfsstages en mentorschap", heeft op 8 december 2005 het volgende advies gegeven:

Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, heeft de afdeling wetgeving zich beperkt 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.

*

* *

STREKKING EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

1. Het om advies voorgelegde ontwerp strekt tot het organiseren van zogenaamde tijdelijke projecten om bezoldigde vervangingen in het basis- en secundair onderwijs mogelijk te maken in geval van korte afwezigheden, bedrijfsstages of mentorschap. In een bij de adviesaanvraag gevoegde nota aan de leden van de Vlaamse regering wordt de draagwijdte van het project als volgt toegelicht:

> "Als leerkrachten vandaag ziek of afwezig zijn voor minder dan 10 werkdagen, wordt hun vervanging doorgaans niet betaald door de overheid. De korte vervanging wordt dan vaak onbezoldigd opgenomen door een collega die dit bovenop zijn dagtaak doet of in de plage. Soms wordt er ook geen vervanger aangesteld en krijgen de leerlingen studie of worden zij samen gezet in grotere klassen.
>
> De hier voorgestelde maatregel wil terzake een oplossing aanreiken. Door extra middelen te voorzien voor deze korte vervangingen worden er stappen gezet naar:
> - een vermindering van de werkdruk van de leerkrachten
> - naar een verbetering van het comfort van de leerlingen.
>
> Het voorstel laat verder toe om schoolgemeenschappen of groepen van scholen zelf een geresponsabiliseerd en flexibel beleid te laten voeren betreffende deze korte vervangingen, op maat en in functie van de eigen, lokale noden en prioriteiten.
>
> Met hoofdstuk II van dit ontwerp van besluit wordt beoogd dat in de toekomst leerkrachten op bedrijfsstage kunnen gaan wat ten goede komt aan de verdere professionalisering van leerkrachten.
>
> Leerkrachten in het secundair onderwijs moeten zich voortdurend bijscholen om bij te blijven op het vakgebied en moeten ook de ontwikkelingen in onze kennismaatschappij op de voet volgen. Daarenboven is het in het kader van hun verdere professionalisering van zeer groot belang dat zij op de hoogte blijven

van de diverse evoluties in een arbeidsmilieu. In de secundaire scholen is de wil aanwezig om hier aan te werken. Het probleem dat zich stelt is dat een leerkracht die op bedrijfsstage is, ook vervangen moet worden in de school. Door hiervoor middelen te voorzien, wordt tegemoet gekomen aan de vraag van de scholen in deze".

2.1. In de aanhef van het ontwerpbesluit wordt als rechtsgrond verwezen naar de artikelen 76 en 77 van het decreet van 27 maart 1991 betreffende de rechtspositie van bepaalde personeelsleden van het gemeenschapsonderwijs, de artikelen 50 en 51 van het decreet van 27 maart 1991 betreffende de rechtspositie van bepaalde personeelsleden van het gesubsidieerd onderwijs en de gesubsidieerde centra voor leerlingenbegeleiding, hoofdstuk II van het decreet van 8 juni 2000 houdende dringende maatregelen betreffende het lerarenambt, de artikelen IX.3 en IX.6 van het decreet van 13 juli 2001 betreffende het onderwijs-XIII-Mozaïek en het decreet betreffende de organisatie van tijdelijke projecten in het onderwijs (hierna ook: proeftuinendecreet [(1)]) [(2)].

2.1.1. Artikel 76 van het decreet rechtspositieregeling personeel gemeenschapsonderwijs en artikel 50 van het decreet rechtspositieregeling personeel gesubsidieerd onderwijs bepalen dat, behoudens uitdrukkelijk strijdige bepaling, het personeelslid in dienstactiviteit recht heeft op een wedde en op verhoging in wedde en het zijn aanspraak kan doen gelden op een selectie- en bevorderingsambt [(3)].

---

(1) In de memorie van toelichting is de term "proeftuinen" als synoniem voor tijdelijke projecten gebruikt (*Parl. St.*, Vl. Parl., 2004-2005, 472/1, 3).

(2) Voor de tekst van dit decreet zoals die door het Vlaams Parlement is aangenomen, zie: *Parl. St.*, Vl. Parl., 2004-2005, nr. 472/3. Voor zover bekend is het decreet, op het ogenblik dat dit advies wordt verleend, nog niet bekrachtigd en afgekondigd.

(3) Artikel 77 van het decreet rechtspositieregeling personeel gemeenschapsonderwijs en artikel 51 van het decreet rechtspositieregeling personeel gesubsidieerd onderwijs bepalen dat het personeelslid onder de door de Vlaamse regering te bepalen voorwaarden, verlof krijgt gelijkgesteld met dienstactiviteit (eerste lid) en dat, in afwachting van de uitvaardiging door de regering van deze verlofstelsels de op het ogenblik van het van kracht worden van deze decreten geldende wettelijke of reglementaire verlofstelsels van toepassing blijven (tweede lid). Deze artikelen blijken geen van de bepalingen van het ontwerp tot rechtsgrond te strekken.

.../...

2.1.2. De bepalingen van hoofdstuk II (artikelen 2 tot 6) van het decreet van 8 juni 2000, hebben betrekking op het overwerk en een bijbetrekking uitgeoefend door bepaalde categorieën personeelsleden die een wervingsambt geheel of gedeeltelijk als hoofdambt uitoefenen in de categorie van het bestuurs- en onderwijzend personeel.

2.1.3. Artikel IX.3 van het decreet van 13 juli 2001 stipuleert, enerzijds, dat de Vlaamse regering de wijze bepaalt waarop het salaris van de personeelsleden wordt vastgesteld (eerste lid), en anderzijds, dat bij het vaststellen van het salaris van een personeelslid, naast de salarisschaal, kan rekening gehouden worden met de andere activiteiten die het personeelslid uitoefent of heeft uitgeoefend, zowel in als buiten het onderwijs, dat de Vlaamse Regering de wijze bepaalt waarop met deze elementen rekening wordt gehouden voor het vaststellen van het salaris van een personeelslid en dat zij eveneens de wijze bepaalt waarop met het volume van de geleverde prestaties rekening wordt gehouden (tweede lid).

Artikel IX.6 van hetzelfde decreet van 13 juli 2001 bepaalt dat, in afwijking van de bepalingen van hoofdstuk IX (geldelijke rechtspositie), een personeelslid dat tijdelijk een personeelslid genoemd in artikel IX.1 vervangt, slechts een salaris krijgt als de vervanging voldoet aan de specifieke voorwaarden die de Vlaamse Regering bepaalt.

2.1.4. De hiervoor, onder 2.1.1 tot 2.1.3 vermelde bepalingen, doch inzonderheid ook de bepalingen van het proeftuinendecreet, strekken het ontwerp tot rechtsgrond.

Luidens artikel 2 van het proeftuinendecreet zijn de bepalingen ervan onder meer van toepassing op de gefinancierde of gesubsidieerde instellingen voor basis- en secundair onderwijs. Artikel 3 van hetzelfde decreet luidt:

> "§ 1. De Vlaamse Regering kan tijdelijke projecten opzetten of scholen en centra de mogelijkheid verlenen tijdelijke projecten te organiseren. Die tijdelijke projecten bieden het hoofd aan dringende problemen of testen experimenten uit.
>
> De Vlaamse Regering bepaalt onder welke voorwaarden scholen en centra kunnen toetreden tot tijdelijke projecten die zij opzet en/of onder welke voorwaarden scholen en centra zelf tijdelijke projecten kunnen organiseren.
>
> De Vlaamse Regering zal er zich telkens van vergewissen of de scholen en centra die tot tijdelijke projecten willen toetreden of zelf tijdelijke projecten willen organiseren, deze tijdelijke projecten hebben overlegd en/of onderhandeld in de bevoegde participatieorganen. Indien een project sterk ingrijpt op arbeidsorganisatie en arbeidsvoorwaarden, dan zal de aanwezigheid van een

protocol van akkoord of een protocol van niet-akkoord met betrekking tot de onderhandelingen in de bevoegde participatieorganen, voor de Vlaamse Regering een zeer belangrijk element vormen.

§ 2.Zowel in het geval dat de Vlaamse Regering zelf tijdelijke projecten opzet als in het geval dat ze de scholen en centra de mogelijkheid geeft om zelf tijdelijke projecten te organiseren, legt de Vlaamse Regering de inhoud en de doelstellingen van de tijdelijke projecten vast, bepaalt de tijdsduur ervan, alsook de voorwaarden waaronder de tijdelijke projecten eenmaal kunnen worden verlengd. Deze verlenging kan niet langer duren dan de oorspronkelijke tijdsduur van het tijdelijke project.

§ 3. De Vlaamse Regering informeert het Vlaams Parlement over de tijdelijke projecten waarover ze een beslissing zal nemen".

Luidens artikel 4, § 1, van dit decreet kunnen tijdelijke projecten afwijken of afwijkingen toestaan van wettelijke of decretale bepalingen onder de in artikel 4 gestelde voorwaarden. Artikel 4, § 2, somt de gevallen op waarin een afwijking mogelijk is, terwijl in artikel 4, § 3, de elementen worden bepaald waarop de afwijkingen geen betrekking kunnen hebben. Artikel 4, § 4, bepaalt dat, als het tijdelijke project aanleiding geeft tot het uitvaardigen van afwijkende regelgeving, deze regelgeving in elk geval een aantal uitdrukkelijk in het decreet opgesomde aangelegenheden waarborgt. Artikel 4, § 5, voorziet in een systeem van bekrachtiging van besluiten die afwijken of die afwijkingen toestaan van wettelijke en decretale bepalingen.

Artikel 5, § 1, van het proeftuinendecreet voorziet in extra ondersteuning aan de scholen en centra die deelnemen aan de tijdelijke projecten. Artikel 5, § 2, bevat aanvullende bepalingen met betrekking tot de rechtspositieregeling van het personeelslid dat in extra betrekkingen wordt aangesteld. Artikel 6 van het decreet bevat regels met betrekking tot de evaluatie van de tijdelijke projecten.

2.2. Opdat een beroep zou kunnen worden gedaan op het proeftuinendecreet als rechtsgrond, moet het om tijdelijke projecten in de zin van dat decreet gaan, dat wil zeggen om tijdelijke projecten die het hoofd bieden aan dringende problemen of die experimenten uittesten (artikel 3, § 1, eerste lid, tweede zin, van het decreet) [(4)].

---

(4) Zie in dit verband ook Arbitragehof, arrest nr. 19/99 van 17 februari 1999, inzonderheid B.6.1. tot B.6.6, en de memorie van toelichting bij het ontwerp dat het proeftuinendecreet geworden is (*Parl. St.*, Vl. Parl., 2004-2005, nr. 472/1, 4).

Uit de artikelen 1, § 1, 7, § 1, en 13, § 1, van het ontwerp blijkt dat de drie tijdelijke projecten in de tijd beperkt zijn tot enkele schooljaren. Aan de voorwaarde die betrekking heeft op het tijdelijk karakter qua duurtijd is derhalve voldaan.

De vraag rijst evenwel of de drie projecten die in het ontwerpbesluit worden georganiseerd ook "inhoudelijk" als tijdelijk te beschouwen zijn. In de artikelen 1, § 1, 7, § 1, en 13, § 1, van het ontwerp wordt wel een omschrijving gegeven van de inhoud van de projecten, doch daaruit blijkt niet meteen dat het gaat om tijdelijke projecten die het hoofd bieden aan dringende problemen of die experimenten uittesten, zoals vereist is door artikel 3, § 1, eerste lid, tweede zin, van het proeftuinendecreet. Uit de documenten gevoegd bij de adviesaanvraag kan niet met zekerheid worden afgeleid dat het in werkelijkheid ook inhoudelijk om tijdelijke projecten gaat waarmee het hoofd wordt geboden aan dringende problemen of waarmee experimenten worden uitgetest.

Daarover ondervraagd door het lid van het auditoraat dat met het onderzoek was belast, heeft de gemachtigde ambtenaar volgende toelichting gegeven:

"In CAO VII is in punt 3.1. Vervangingen het volgende opgenomen:

«Bij wijze van experiment zullen een aantal scholen en/of instellingen regionale proeftuinen vormen waarin het mogelijk zal zijn om personeelsleden die minder dan 10 werkdagen afwezig zijn (dit zijn "korte afwezigheden") te vervangen. Daartoe zullen aan deze proeftuinen middelen worden toegekend onder de vorm van uren omkadering, die vervangingen in deze korte afwezigheden mogelijk maken. De wijze waarop in deze proeftuinen dergelijke vervangingen zullen gebeuren, wordt vastgesteld in een convenant die op niveau van deze proeftuinen wordt afgesloten tussen de vakorganisaties en de betrokken inrichtende machten. Deze convenant biedt specifiek de mogelijkheid om ter plaatse voor korte vervangingen regels vast te leggen die beantwoorden aan lokale prioriteiten. Van de bepalingen van zulke convenant kan niet eenzijdig worden afgeweken.

Er wordt een tijdspad uitgetekend dat erin bestaat dat:

- op 1 september 2005 de regionale proeftuinen circa 10 % van het veld zullen omvatten;
- op 1 september 2006 de regionale proeftuinen circa 20 % van het veld zullen omvatten;
- op 1 september 2007 het systeem veralgemeend ingevoerd wordt.

Voor elke 10 % van het veld wordt op jaarbasis een bedrag van 630.000 euro ter beschikking gesteld.

Dit experiment zal gedurende twee schooljaren opgevolgd worden door een gemengde werkgroep (overheid, vakorganisaties en inrichtende machten) en dit met het oog op een eventuele noodzakelijke bijsturing na evaluatie.

.../...

Inwerkingtreding: 01.09.2005»

Dit ontwerp van besluit, deel korte vervangingen, geeft dus uitvoering aan dit punt in CAO VII opgenomen. Daarnaast is de invoering van de vervanging voor korte afwezigheden ook een maatregel die tegemoet komt aan een betere organisatie van het onderwijs zoals geformuleerd in artikel 4, § 2, 1°, c), van het decreet betreffende de organisatie van tijdelijke projecten in het onderwijs.

Wat de bedrijfsstages en het mentorschap betreft, kunnen we stellen dat de doelstellingen van deze projecten gericht zijn op de voorbereiding van een eventuele wijziging van de onderwijswetgeving met het oog op het ontwikkelen van specifieke maatregelen voor specifieke doelgroepen en dus beantwoorden aan artikel 4, § 2, 1°, b)".

Uit het voorgaande blijkt dat de regeling die het voorwerp is van het ontwerp een uitvoering is van CAO VII - waarin de veralgemening van het systeem vanaf 1 september 2007 reeds is opgenomen -, en vrij algemeen is opgevat [(5)]. Het is daarom niet duidelijk waarom niet meteen in een organieke, decretale regeling wordt voorzien. Onder het voorbehoud dat het inhoudelijk werkelijk om tijdelijke projecten gaat, kan in beginsel worden aangenomen dat de bepalingen van het ontwerpbesluit in hoofdorde rechtsgrond vinden in de artikelen 2 tot 6 van het proeftuinendecreet.

VORMVEREISTEN

Op 22 maart 2005 heeft de inspecteur van financiën een gunstig advies uitgebracht met betrekking tot een voorontwerp van besluit van de Vlaamse regering tot invoering van een tijdelijk project rond vervangingen van korte afwezigheden van de personeelsleden die behoren tot een wervingsambt van het onderwijzend personeel in het basis- en secundair onderwijs. Op 3 mei 2005 heeft de Vlaamse minister van Financiën en Begroting zijn voorwaardelijk begrotingsakkoord voor dat ontwerp gegeven.

Uit de bij de adviesaanvraag gevoegde stukken blijkt dat naderhand heel wat wijzigingen zijn aangebracht aan het eerste voorontwerp. Die wijzigingen hebben onder meer betrekking op de juridische grondslag, het toepassingsgebied, de definitie van

---

(5) Met toepassing van artikel 2 van het ontwerp bijvoorbeeld kunnen voor het basisonderwijs alle scholen deelnemen en kan voor het secundair onderwijs het totale aantal uren-leraar van de projectscholen maximaal 33 % bedragen van het totale aantal uren-leraar in het secundair onderwijs.

samenwerkende scholen, het sluiten van een convenant [6], de omvang van het tijdelijke project van korte afwezigheden in het secundair onderwijs, de omvang en aanwending van de middelen voor de tijdelijke projecten, de toevoeging van hoofdstuk III betreffende het mentorschap, en de datum van inwerkingtreding. Het ontwerp zoals het door de Vlaamse Regering op 21 oktober 2005 principieel is goedgekeurd, verschilt derhalve vrij fundamenteel van de tekst op grond waarvan de begrotingsimplicaties zijn ingeschat door de inspectie van financiën en de minister bevoegd voor begroting. Toch is het aangepaste ontwerp niet opnieuw om advies en begrotingsakkoord voorgelegd. Om in overeenstemming te zijn met de bepalingen van het besluit van de Vlaamse Regering van 19 januari 2001 houdende regeling van de begrotingscontrole en -opmaak, dient het ontwerp alsnog opnieuw te worden voorgelegd aan de bevoegde instanties.

ANDERE OPMERKINGEN

Artikel 2

Op grond van artikel 2, § 2, van het ontwerp zal het aan de Vlaamse minister van Onderwijs toekomen om, op voorstel van het gemeenschapsonderwijs en van de representatieve verenigingen van inrichtende machten en na advies van de stuurgroep, de projectscholen aan te duiden. Aangezien het om financiering en subsidiëring van het onderwijs gaat, kan die bevoegdheid op grond van artikel 24, § 5, van de Grondwet niet zonder meer aan de uitvoerende macht - in dit geval een lid van de regering - worden overgelaten. De ontworpen regeling legt enkel een "billijke spreiding" op over het gewoon en buitengewoon onderwijs, over Vlaanderen, over de onderwijsnetten en naar schaalgrootte, doch bepaalt geen criteria op grond waarvan de projectscholen moeten worden gekozen [7].

---

(6) De gemachtigde ambtenaar heeft verklaard dat een convenant "een overeenkomst (is) waarin de contractanten via een aantal afspraken en verplichtingen tot elkaar gebonden zijn. Het convenant kan nooit indruisen tegen de wetgeving en de regelgeving en kan er bijgevolg nooit hiërarchisch boven staan. Er kan niet eenzijdig van afgeweken worden".

(7) In beginsel komt het aan de decreetgever toe om de criteria vast te stellen. Aangezien de regeling evenwel voor de inwerkingtreding ervan bij decreet zal moeten worden bekrachtigd op grond van artikel 4 § 5, van het proeftuinendecreet, zal het om een decretale regeling gaan.

Artikel 3

Luidens artikel 3, § 2, van het ontwerp worden de vervangingseenheden toegekend op voorwaarde dat een convenant wordt gesloten tussen de inrichtende machten en één of meer vakorganisaties "op het niveau van het samenwerkingsverband".

Indien die bepaling in die zin moet worden gelezen dat zij de beslissingsvrijheid van de inrichtende macht beperkt doordat het akkoord terzake van minstens één vakorganisatie noodzakelijk is, staat zij op gespannen voet met de door de Grondwet gewaarborgde vrijheid van onderwijs (artikel 24, § 1, van de Grondwet). Niet alleen kan een beperking op die vrijheid slechts bij of op grond van een decreet worden ingesteld [(8)], zij kan slechts doorgang vinden indien zij niet op onredelijke of onevenredige wijze ingrijpt in de organisatie en de werking van de gesubsidieerde instellingen [(9)]. Om één en ander te kunnen beoordelen, zou een nadere verantwoording voor de noodzaak van deze beperking van de vrijheid van onderwijs moeten voorliggen.

Artikel 4

Aangezien artikel 4, § 6, 1°, van het ontwerp voorziet in een afwijking van artikel 3 van het decreet van 8 juni 2000, is artikel 4, § 5, eerste lid, van het proeftuinendecreet van toepassing. Het besluit zal binnen een maand na de goedkeuring

---

(8) In artikel 3, § 1, derde lid, van het proeftuinendecreet wordt bepaald dat de Vlaamse Regering er zich telkens van vergewist of de scholen en centra die tot tijdelijke projecten willen toetreden of zelf tijdelijke projecten willen organiseren, daarover overlegd of onderhandeld hebben in de bevoegde participatieorganen. In de betrokken bepaling komt voorts volgende zin voor: "Indien een project sterk ingrijpt op arbeidsorganisatie en arbeidsvoorwaarden, dan zal de aanwezigheid van een protocol van akkoord of een protocol van niet-akkoord met betrekking tot de onderhandelingen in de bevoegde participatieorganen, voor de Vlaamse Regering een zeer belangrijk element vormen". Nog afgezien van de vraag of deze bepaling niet eerder een aanbeveling dan wel een verplichting inhoudt, moet worden vastgesteld dat zij in elk geval geen rechtsgrond biedt aan de Regering om beperkingen aan de vrijheid van onderwijs aan te brengen.
Gelet echter op het gegeven dat de ontworpen regeling bij decreet dient te worden bekrachtigd, vormt deze voorwaarde geen probleem: na bekrachtiging krijgen de bepalingen van het ontwerp decretale waarde.

(9) Voor een voorbeeld van die toets, zie *Parl. St.*, Vl. Parl., 2003-2004, nr. 1955/1, 182 en volgende.

.../...

ervan ter bekrachtiging aan het Vlaams Parlement moeten worden voorgelegd. De bekrachtiging bij decreet dient binnen zes maanden na de goedkeuring en vóór de inwerkingtreding van het besluit te gebeuren [10].

Gelet op die laatste voorwaarde, kunnen de met het ontwerp geconcipieerde tijdelijke projecten niet aanvangen op 1 november 2005 (artikelen 6 en 12 van het ontwerp). Ook de datum van inwerkingtreding voor het derde tijdelijke project, namelijk 1 januari 2006, zal aanpassing behoeven omdat het zeer onwaarschijnlijk is dat het voorliggende besluit nog voor die datum wordt genomen en bij decreet wordt bekrachtigd.

Artikel 5

Artikel 5, § 4, van het ontwerp, bepaalt dat de taken van de stuurgroep vermeld in paragraaf 2 geen afbreuk doen aan de evaluatie bedoeld in artikel 6 van het proeftuinendecreet.

Omwille van de rechtszekerheid zal duidelijk moeten worden gemaakt wat daar precies mee wordt bedoeld. De gemachtigde ambtenaar heeft in dat verband verklaard dat het om een verkeerd woordgebruik gaat en dat moet worden geschreven: "Onverminderd de bepalingen ...".

---

(10) In dit geval kan geen beroep worden gedaan op het bepaalde in artikel 4, § 5, tweede lid, van het proeftuinendecreet, dat luidt: "Besluiten die betrekking hebben op het schooljaar 2005-2006 worden voor dat schooljaar als bekrachtigd beschouwd". De decreetgever - inzonderheid het Vlaams Parlement - heeft immers slechts kunnen bekrachtigen wat reeds bestond en waar hij kennis van had. Het voorliggende ontwerp, dat nog moet worden aangenomen, kan dus niet als bekrachtigd worden beschouwd (zie *Parl. St.*, Vl. Parl., 2004-2005, nr. 472/1, 68, en nr. 472/2, 5 en de bijlage met een overzicht van de te bekrachtigen proeftuinen).

De kamer was samengesteld uit

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

Het verslag werd uitgebracht door de H. R. AERTGEERTS, eerste auditeur-afdelingshoofd.

DE GRIFFIER, DE VOORZITTER,

A. BECKERS M. VAN DAMME