

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 39.880/1

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, eerste kamer, op 13 februari 2006 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 regeling van sommige verloven en terbeschikkingstellingen voor de personeelsleden van de hogescholen in de Vlaamse Gemeenschap en van de Hogere Zeevaartschool", heeft op 2 maart 2006 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 in hoofdzaak 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 VAN HET ONTWERP

Het om advies voorgelegde ontwerp strekt er in de eerste plaats toe uitvoering te geven aan sommige bepalingen van de "CAO I Hoger Onderwijs". De in het ontwerp opgenomen wijzigingen inzake de moederschapsbescherming, het vaderschapsverlof en het loslaten van de maximum- en minimumgrens bij verminderde prestaties hebben daarop betrekking. Daarnaast beoogt het ontwerp het ziekteverlof van bepaalde tijdelijke personeelsleden en de terbeschikkingstelling wegens persoonlijke aangelegenheden te regelen.

BEVOEGDHEID

De Raad van State, afdeling wetgeving, heeft reeds herhaaldelijk opgemerkt dat met toepassing van artikel 92*bis*, § 4, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, de gemeenschappen in ieder geval een samenwerkingsakkoord moeten sluiten voor de regeling van de aangelegenheden die betrekking hebben op de Hogere Zeevaartschool ⁽¹⁾. Men leze in dat verband de beschouwingen daaromtrent in het advies 27.531/1 van de afdeling wetgeving van 24 maart 1998 over een voorontwerp van decreet betreffende de Hogere Zeevaartschool ⁽²⁾.

⁽¹⁾ Althans naar de letter van die bepaling genomen. Over de grondwettigheid ervan zal, in voorkomend geval, het Arbitragehof uitspraak dienen te doen.

⁽²⁾ *Parl. St.*, Vl. Parl., 1997-98, nr. 1006/1, 62 e.v.

VORMVEREISTEN

Uit de stukken van het administratief dossier blijkt dat de inspecteur van financiën op 25 augustus 2005 een gunstig advies heeft gegeven en dat het begrotingsakkoord van 25 oktober 2005 dateert. Op 28 november 2005 hechtte de Vlaamse Regering dan haar principiële goedkeuring aan het ontwerp. Naar aanleiding van de onderhandelingen die op 22 en 29 november en 13 en 20 december 2005 zijn gevoerd in de vergadering van het Vlaams onderhandelingscomité voor het hoger onderwijs, comité regelgeving, heeft het ontwerp echter nog talrijke wijzigingen ondergaan. Die wijzigingen blijken echter niet meer te zijn onderzocht door de Inspectie van Financiën. Wel wordt in de begeleidende nota die met het oog op de nieuwe bespreking ervan op 3 februari 2006, aan de Vlaamse Regering is voorgelegd, opgemerkt:

"De wijzigingen brengen geen budgettaire weerslag met zich mee".

Op grond van artikel 15, § 1, van het besluit van de Vlaamse Regering van 19 januari 2001 houdende regeling van de begrotingscontrole en -opmaak, is het voorafgaand advies van de inspecteur van financiën verplicht voor ieder voorstel dat ter beslissing aan de Vlaamse Regering wordt voorgelegd. Het staat dus aan de Inspectie van Financiën om te oordelen of de wijzigingen die naderhand, naar aanleiding van de onderhandelingen in het onderhandelingscomité, zijn doorgevoerd, geen budgettaire weerslag hebben, in welk geval de functioneel bevoegde minister niet het gemotiveerd begrotingsakkoord diende in te winnen van de Vlaamse minister bevoegd voor de begroting. Op dit punt lijken de vormvereisten derhalve niet te zijn gerespecteerd.

RECHTSGROND

1. In het eerste, tweede en derde lid van de aanhef van het ontwerp wordt als rechtsgrond verwezen naar:

- de artikelen 39, 41, 41bis, 42, 43, en 43bis van de arbeidswet van 16 maart 1971;
- artikel 68 van het decreet van 13 juli 1994 betreffende de hogescholen in de Vlaamse Gemeenschap (hierna: "hogescholendecreet");
- artikel 6 van het decreet van 9 juni 1998 betreffende de Hogere Zeevaartschool.

.../...

1.1. De in het eerste lid van de aanhef vermelde artikelen van de arbeidswet van 16 maart 1971 hebben betrekking op de moederschapsbescherming. Zij vormen als dusdanig geen rechtsgrond voor het ontwerpbesluit.

Het eerste lid van de aanhef dient derhalve geschrapt te worden.

1.2. Luidens artikel 68 van het hogescholendecreet bepaalt de Vlaamse Regering de voorwaarden waaronder een personeelslid verlof gelijkgesteld met dienstactiviteit kan krijgen.

Op grond van artikel 6 van het decreet van 9 juni 1998 betreffende de Hogere Zeevaartschool is voormeld artikel 68 van het hogescholendecreet van overeenkomstige toepassing op de personeelsleden van de Hogere Zeevaartschool die behoren tot de categorieën van het bestuurs- en onderwijzend personeel en het administratief en technisch personeel.

Beide bepalingen vormen de rechtsgrond voor de verlofregelingen die in het ontwerp zijn opgenomen.

1.3. Het ontwerp bevat evenwel niet enkel bepalingen in verband met de verloven, doch ook bepalingen met betrekking tot de terbeschikkingstelling wegens persoonlijke aangelegenheden (zie de artikelen 19 en 20 van het ontwerp).

Als rechtsgrond voor die bepalingen dient een beroep te worden gedaan op artikel 74, eerste lid, 3°, van het hogescholendecreet. In de aanhef van het ontwerp zal derhalve ook naar die bepaling dienen te worden verwezen.

1.4. Artikel 23, 1°, van het ontwerp beoogt de opheffing van het koninklijk besluit nr. 76 van 20 juli 1982 betreffende de terbeschikkingstelling wegens persoonlijke aangelegenheden voor de personeelsleden van het gesubsidieerd onderwijs, "voor zover [het] betrekking [heeft] op de in artikel 1 vermelde personeelsleden". Een dergelijk besluit, dat is genomen op grond van bijzondere machten, kan in beginsel niet bij besluit van de regering worden opgeheven, behoudens indien de decreetgever daarvoor een uitdrukkelijke, specifieke machtiging heeft gegeven.

Artikel 27, 2°, van het decreet van 5 juli 1989 betreffende het onderwijs heft het koninklijk besluit nr. 76 van 20 juli 1982 op een door de Vlaamse Regering te bepalen datum op. Daaraan is nog geen uitvoering gegeven. Het volstaat dus op grond van die bepaling de - gedeeltelijke - opheffing van dat besluit vast te stellen. Om die reden moet in de aanhef ook een verwijzing worden opgenomen naar artikel 27, 2°, van het decreet van 5 juli 1989, en moet artikel 23, 1°, van het ontwerp in die zin worden herschreven.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Aanhef

1. Gelet op wat over de rechtsgrond is opgemerkt, dient het eerste lid van de aanhef te worden geschrapt en dient in het tweede lid van de aanhef tevens verwezen te worden naar artikel 74, eerste lid, 3°, van het hogescholendecreet van 13 juli 1994.
2. Aan de aanhef dient ook een verwijzing te worden toegevoegd naar artikel 27, 2°, van het decreet van 5 juli 1989 betreffende het onderwijs.

Artikel 1

1. Artikel 1 van het ontwerp omschrijft het toepassingsgebied. Het besluit is in beginsel van toepassing op:
 - 1° de personeelsleden van de hogescholen bedoeld in het hogescholendecreet "voor zover ze worden betaald ten laste van de werkingsuitkeringen, met uitzondering van de gastprofessoren";
 - 2° de personeelsleden van de Hogere Zeevaartschool, bedoeld in het decreet van 9 juni 1998;
 - 3° de personeelsleden vermeld in de artikelen 182, § 1, 1° tot 3°, en 195bis, § 8, van het hogescholendecreet "die effectief in een hogeschool zijn tewerkgesteld".

Gevraagd om een toelichting in verband met het toepassingsgebied van de ontworpen regeling, heeft de gemachtigde ambtenaar het volgende verklaard:

"Artikel 1, 1° en 2° zijn de personeelsleden die betaald worden door de hogescholen, ten laste van de werkingsmiddelen. Dit zijn ook de personeelsleden die via de cel personeel worden betaald. We mogen ervan uitgaan dat deze personeelsleden, gelet op de financiële verantwoordelijkheid van de hogescholen met de enveloppen-financiering, door de hogeschool belast werden met een opdracht.

Artikel 1, 3° zijn de personeelsleden die een centrale betaling ontvangen (dus niet ten laste van de werkingsmiddelen van de hogeschool) en die op grond van allerlei mechanismen voorzien in het hogescholendecreet (artikel 339 en volgende) ook buiten het hogescholenonderwijs een tewerkstelling kunnen krijgen. De personeelsleden bedoeld in artikel 182 van het hogescholendecreet, krijgen deze afwijkende tewerkstelling mits instemming van de betrokken partijen (hogeschool van herkomst, nieuwe plaats van tewerkstelling) en mits bekrachtiging van de afwijkende tewerkstelling via een besluit van de Vlaamse Regering. Voor de personeelsleden van artikel 195bis § 8 dienen de hogescholen jaarlijks hun plaats van tewerkstelling (binnen de hogeschool, buiten de hogeschool, buiten het hogescholenonderwijs) in bij de cel personeel.

Indien deze personeelsleden geen opdracht hebben binnen een hogeschool, zijn de regels van omstandigheidsverlof en de werktijdverminderingregeling van de nieuwe tewerkstellingsplaats van toepassing. Zij zullen bijvoorbeeld in geval van het overlijden van een familielid niet afwezig zijn in de hogeschool, maar op hun nieuwe werkplaats. Het is dan ook logisch dat de regeling van het ontwerp niet op hen van toepassing is, maar wel de regeling van de nieuwe werksituatie. Op hun salaris heeft dit geen effect, aangezien deze groep allemaal benoemde personeelsleden omvat".

2. Uit artikel 1, § 2, van het ontwerp blijkt dat hoofdstuk III (omstandigheidsverlof) en hoofdstuk IV (verlof voor verminderde prestaties) niet van toepassing zijn op de personeelsleden vermeld in de bepalingen bedoeld in artikel 1, § 1, 3°, van het ontwerp "die niet in een hogeschool zijn tewerkgesteld".

Gevraagd naar een motivering in het licht van artikel 24, § 4, van de Grondwet voor die verschillende behandeling, heeft de gemachtigde ambtenaar volgende toelichting verstrekt:

"Het verschil in behandeling heeft enkel betrekking op de verschillende regeling die van toepassing is in deze specifieke situaties. Personeelsleden die niet meer onder het gezag van de hogeschool prestaties uitoefenen, maar deze uitoefenen onder het gezag van hun nieuwe werkgever, verliezen niet de band met de hogeschool, zij blijven benoemd, blijven hun salaris doorbetaald krijgen, de hogeschool kan over de terugbetaling van dit salaris modaliteiten afspreken met de nieuwe tewerkstellende instantie, maar voor de concrete uitoefening van hun job, hun afwezigheid ingevolge omstandigheden of vermindering van werktijd wordt er rekening gehouden met hun gewijzigde arbeidsplaats. Het objectieve criterium waarom er een verschil in behandeling is (wat niet noodzakelijk als gevolg heeft dat er in realiteit verschillen zijn) is dus terug te vinden in de gewijzigde tewerkstellingsplaats".

Artikel 8

1. Artikel 8, § 1, 7°, kan beter worden weggelaten, vermits de regeling inzake de familieraad is opgeheven bij de wet van 29 april 2001 tot wijziging van verscheidene wetsbepalingen inzake de voogdij over minderjarigen.

2. Punten 9 en 10 van artikel 8, § 1, van het ontwerp zijn geheel identiek, zodat een van beide overbodig is. Daarenboven moet worden vastgesteld dat een regeling voor ambten in stemopnemingsbureaus ontbreekt, zodat die wellicht in de opsomming opgenomen dient te worden.

3. In artikel 8, § 2, vierde lid, wordt gewag gemaakt van een uitkering via het ziekenfonds en een aanvullende uitkering "tot aan het nettosalair" ten laste van de hogeschool voor tijdelijke personeelsleden. Indien het de bedoeling is om bijkomende verplichtingen op te leggen aan de ziekenfondsen, ziet de Raad van State, afdeling wetgeving, niet welke de rechtsgrond daarvoor is. Indien dit niet de bedoeling is en wordt gerefereerd aan verplichtingen die uit andere wettelijke regelingen voortvloeien, dient de bepaling zo te worden geredigeerd dat dit eruit blijkt.

Artikel 9

Uit artikel 9, § 2, tweede zin, blijkt dat als het verzoek om een opdracht met verminderde prestaties niet geheel wordt ingewilligd, de beslissing "omstandig en schriftelijk" gemotiveerd moet zijn.

.../...

In zoverre hiermee wordt bedoeld op de verplichting tot formele motivering van de betrokken weigeringsbeslissing, is dergelijke bepaling tegelijk overbodig en misleidend. Zij is overbodig omdat dergelijke beslissingen onder de toepassing vallen van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen en de verplichting tot formele motivering van de weigeringsbeslissingen reeds uit die wet voortvloeit. Zij is misleidend omdat dergelijke bepaling de indruk wekt dat de formele motiveringsverplichting niet bestaat zonder dat zulks uitdrukkelijk wordt voorgeschreven in de ontworpen wettekst.

Aangezien door het woord "omstandig" een grondiger motivering wordt vereist, kan deze bepaling echter worden behouden. Er dient derhalve te worden geschreven: "..., wordt de beslissing omstandig gemotiveerd".

Artikel 21

In artikel 21 van het ontwerp dient te worden geschreven: "In afwijking van artikel 8, § 2, vierde lid, wordt ...".

Artikel 22

In artikel 22 van het ontwerp dient duidelijkheidshalve te worden geschreven: "In afwijking van artikel 8, § 1, 2°, wordt ...".

Artikel 24

De ontworpen regeling werkt terug tot 1 januari 2006, met uitzondering van de hoofdstukken II en V, die uitwerking hebben met ingang van 1 juli 2004, en van artikel 8, § 1, 2°, dat uitwerking heeft met ingang van 1 september 2005. Alle bepalingen van het ontwerp zullen derhalve terugwerken. In dat verband moet worden opgemerkt dat het verlenen van terugwerkende kracht aan besluiten slechts onder bepaalde voorwaarden toelaatbaar kan worden geacht.

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 bepalingen in één van de opgesomde gevallen valt in te passen, kan deze worden gebillijkt.

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	G. VERBERCKMOES,	griffier.

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

DE GRIFFIER,

DE VOORZITTER,

G. VERBERCKMOES

M. VAN DAMME