

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 43.728/1
VAN 31 OKTOBER 2007

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, eerste kamer, op 16 oktober 2007 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 wijziging van het besluit van de Vlaamse Regering van 27 januari 2006 tot invoering van een tijdelijk project betreffende vervangingen van korte afwezigheden, bedrijfsstages en mentorschap", heeft het volgende advies gegeven:

STREKKING EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

1. Het om advies voorgelegde ontwerp strekt ertoe het tijdelijk project "vervangingen van korte afwezigheden" te verlengen en aan te passen.

Hoofdstuk I van het besluit van de Vlaamse Regering van 27 januari 2006⁽¹⁾ waarmee aan dit project vorm werd gegeven, is in werking getreden op 1 november 2005 en heeft opgehouden uitwerking te hebben op 31 augustus 2007⁽²⁾. Het is bekrachtigd bij artikel IX.1, 1/, van het decreet van 7 juli 2006 betreffende het onderwijs XVI.

Het voorliggende ontwerp beoogt het bedoelde project met één jaar te verlengen, tot 31 augustus 2008.

Wat het basisonderwijs betreft wordt de formule voor de aanwending van de vervangingseenheden aangepast (ontworpen artikel 4, § 3) en wordt bepaald dat de aanstelling op basis van vervangingseenheden enkel kan starten bij afwezigheid van een titularis (ontworpen artikel 4, § 2).

Wat het secundair onderwijs betreft wordt het experiment uitgebreid. In alle secundaire scholen wordt het mogelijk onderwijzend personeel voor afwezigheden van minimum zes en maximum negen werkdagen te vervangen (ontworpen artikel 5, § 1). Vervangingen worden toegestaan tot 90% van het beschikbare budget is opgebruikt (ontworpen artikel 7, § 2).

2. Als rechtsgrond voor het ontwerp wordt in de aanhef 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 sommige personeelsleden van

⁽¹⁾ Besluit van de Vlaamse Regering van 27 januari 2006 tot invoering van een tijdelijk project betreffende vervangingen van korte afwezigheden, bedrijfsstages en mentorschap, gewijzigd bij het besluit van de Vlaamse Regering van 27 oktober 2006. De wijziging had geen betrekking op de bepalingen van hoofdstuk I.

⁽²⁾ Zie artikel 6 van het te wijzigen besluit.

het gesubsidieerd onderwijs en de gesubsidieerde centra voor leerlingenbegeleiding, de artikelen IX.3 en IX.6 van het decreet van 13 juli 2001 betreffende het onderwijs-XIII-Mozaïek en artikel IX.6 van het decreet van 7 juli 2006.

2.1. Artikel IX.1, 1/, van het decreet van 7 juli 2006 bepaalt dat het besluit van de Vlaamse Regering van 27 januari 2006 wordt bekrachtigd, terwijl artikel IX.6 van hetzelfde decreet de Vlaamse Regering machtigt om het aldus bekrachtigde besluit te wijzigen.

Voormeld artikel IX.6 - zonder hetwelk alleen de decreetgever het besluit zou kunnen wijzigen - vormt een formele rechtsgrond, doch bevat als dusdanig geen materiële rechtsgrond voor de ontworpen wijzigingen. Gelet op de noodzaak van een materiële rechtsgrond, dient in de aanhef ook te worden verwezen naar het decreet van 9 december 2005 betreffende de organisatie van tijdelijke projecten in het onderwijs, inzonderheid naar artikel 3 dat 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" ⁽³⁾.

2.2. 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 ⁽⁴⁾.

2.3. 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.

⁽³⁾ Luidens zijn artikel 2 is het decreet van 9 december 2005 onder meer van toepassing op de gefinancierde of gesubsidieerde instellingen voor basis- en secundair onderwijs.

⁽⁴⁾ 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.

2.4. De hiervoor onder 2.1 tot 2.3 vermelde bepalingen strekken het ontwerp tot rechtsgrond.

VORMVEREISTEN

Artikel 70, eerste lid, 3/, van het decreet van 2 april 2004 betreffende participatie op school en de Vlaamse Onderwijsraad bepaalt dat de regering verplicht is advies te vragen aan de Vlaamse Onderwijsraad (VLOR) over ontwerpen van besluit houdende tijdelijke projecten van onderwijskundige aard.

Uit het administratief dossier blijkt niet dat dit advies werd gevraagd, zodat alsnog aan die formaliteit zal moeten worden voldaan. Het spreekt voor zich dat, mocht het vermelde advies leiden tot wijzigingen aan de tekst van het ontwerp, die wijzigingen alsnog aan de Raad van State, afdeling wetgeving, zullen dienen te worden voorgelegd.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

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 van de projectscholen".

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⁽⁵⁾, zij kan slechts doorgang vinden indien zij niet op onredelijke of onevenredige wijze ingrijpt in de organisatie en de werking van de gesubsidieerde instellingen⁽⁶⁾. Om één en ander te kunnen beoordelen, zou een nadere verantwoording voor de noodzaak van deze beperking van de vrijheid van onderwijs moeten voorliggen.

Artikelen 4 en 8

Luidens de artikelen 4, § 5, en 8 van het ontwerp worden aanstellingen of vervangingen die gebeurden in de periode van 1 september 2007 tot en met 31 oktober 2007 beschouwd als zijnde in overeenstemming met de bepalingen van afdeling I, respectievelijk afdeling II.

Daarmee lijkt de Regering te willen anticiperen op mogelijke juridische betwistingen en gedingen. Zij heeft evenwel geen bevoegdheid voor de rechtsbescherming of de rechterlijke organisatie, zodat die bepalingen uit het ontwerp dienen te worden weggelaten. Het is overigens zeer de vraag of deze bepalingen enig nut zouden hebben, gelet op het gegeven dat de ontworpen regeling terugwerkt tot 1 september 2007 (zie artikel 10 van het ontwerp).

⁽⁵⁾ In artikel 3, § 1, derde lid, van het decreet van 9 december 2005 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.

⁽⁶⁾ Voor een voorbeeld van die toets, zie *Parl. St.*, Vl. Parl., 2003-2004, nr. 1955/1, 182 en volgende.

De kamer was samengesteld uit

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

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

DE GRIFFIER,

DE VOORZITTER,

G. VERBERCKMOES

M. VAN DAMME