KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 43.970/1
VAN 10 JANUARI 2008

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, eerste kamer, op 20 december 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 "betreffende het ziekteverlof, het verlof voor verminderde prestaties wegens ziekte en de terbeschikkingstelling wegens ziekte voor bepaalde personeelsleden van het onderwijs en de centra voor leerlingenbegeleiding", heeft 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 toegespitst op 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 ertoe om voor verschillende personeelscategorieën van het onderwijs een uniforme regeling tot stand te brengen inzake het ziekteverlof, het verlof voor verminderde prestaties wegens ziekte en de terbeschikkingstelling wegens ziekte. De nieuwe regeling komt in de plaats van een aantal verspreide bepalingen die tot nu toe de aangelegenheid voor de verschillende personeelscategorieën regelen.

Met het ontwerp wil de Vlaamse Regering in de eerste plaats afspraken uit de CAO's IV en VIII in regels omzetten. Van de gelegenheid wordt ook gebruik gemaakt om de bestaande regelingen te vereenvoudigen en uniform te maken.

In vergelijking met de vigerende bepalingen zijn de belangrijkste inhoudelijke wijzigingen aan de bestaande verlofstelsels wegens ziekte, de volgende:

- een nieuwe wijze van berekening van de "sociale anciënniteit" die voor alle onderwijsniveaus en alle categorieën van vastbenoemde prsoneelsleden dezelfde is, waarbij geen rekening meer wordt gehouden met het onderscheid tussen diensten gepresteerd in hoofdambt of bijambt;
- het uitbreiden van de zogenaamde regeling inzake buitendienstongeval of ongeval veroorzaakt door een aansprakelijke derde tot alle vastbenoemde personeelsleden;
- het uitbreiden van de wijze van berekening van het recht op ziekteverlof voor tijdelijke personeelsleden tot het tijdelijk administratief en tijdelijk technisch personeel;
- een wijziging van de regeling die misbruik van ziekteverlof aansluitend op een vakantieperiode moet tegengaan.

RECHTSGROND

1. In het eerste lid van de aanhef van het ontwerp wordt melding gemaakt van artikel 83, § 7, vijfde lid, van de wet van 5 augustus 1978 houdende economische en budgettaire hervormingen. Luidens die bepaling is de Vlaamse Regering ertoe gemachtigd "deze paragraaf te wijzigen, geheel of gedeeltelijk op te heffen en/of te vervangen".

Deze bepaling biedt rechtsgrond voor artikel 39 van het ontwerp, dat artikel 83, § 7, van de wet opheft.

2. Voor de bepalingen opgenomen in de hoofdstukken II en III van het ontwerp, die betrekking hebben op het ziekteverlof en het verlof voor verminderde prestaties wegens ziekte, met uitzondering van de afdeling die betrekking heeft op de contractuele personeelsleden, lijkt rechtsgrond te kunnen worden gevonden, naargelang van de personeelscategorie, in artikel 77, eerste lid, van het decreet van 27 maart 1991 betreffende de rechtspositie van bepaalde personeelsleden van het gemeenschapsonderwijs (hierna: decreet rechtspositie personeelsleden gemeenschapsonderwijs), artikel 51, eerste lid, van het decreet van 27 maart 1991 betreffende de rechtspositie van sommige personeelsleden van het gesubsidieerd onderwijs en de gesubsidieerde centra voor leerlingenbegeleiding (hierna: decreet rechtspositie personeelsleden gesubsidieerd onderwijs), en artikel 68, eerste lid, van het decreet van 17 juli 1991 betreffende inspectie, Dienst voor Onderwijsontwikkeling en pedagogische begeleidingsdiensten (hierna: inspectiedecreet). Krachtens deze bepalingen stelt de Vlaamse Regering de voorwaarden vast waaronder de betrokken personeelsleden verlof gelijkgesteld met dienstactiviteit krijgen.

Voor de bepalingen van hoofdstuk IV van het ontwerp, die betrekking hebben op de terbeschikkingstelling wegens ziekte, lijkt rechtsgrond te kunnen worden gevonden, naargelang van de personeelscategorie, in artikel 82, eerste lid, c), van het decreet rechtspositie personeelsleden gemeenschapsonderwijs, artikel 56, eerste lid, c), van het decreet rechtspositie personeelsleden gesubsidieerd onderwijs, en in artikel 73, eerste lid, 3/, van het inspectiedecreet. Krachtens voormelde artikelen bepaalt de Vlaamse Regering onder welke voorwaarden een personeelslid zonder opzegging ter beschikking kan worden gesteld wegens ziekte of gebrekkigheid.

De voormelde bepalingen kunnen als rechtsgrond voor de ontworpen regeling worden aanvaard voor zover die regeling geen fundamentele hervorming van de betrokken stelsels betreft. Gelet op het legaliteitsbeginsel in onderwijszaken dat volgt uit artikel 24, § 5, van de Grondwet [(1)], dienen de essentiële regels inzake het statuut immers door het decreet te worden vastgesteld zodat algemene machtigingen aan de regering niet volstaan [(2)].

3. Luidens de aanhef wordt voor het ontwerp ook rechtsgrond gezocht in artikel 192, vierde lid, van het decreet van 1 december 1998 betreffende de centra voor leerlingenbegeleiding (hierna: CLB-decreet). Krachtens deze bepaling is de Vlaamse Regering ertoe gemachtigd artikel 192 van het CLB-decreet "geheel of gedeeltelijk op te heffen".

Deze machtigingsbepaling biedt rechtsgrond voor artikel 44 van het ontwerp, dat het tweede lid van artikel 192 van het CLB-decreet opheft.

4. In de aanhef wordt tenslotte ook melding gemaakt van artikel X.58 van het decreet van 14 februari 2003 betreffende het onderwijs XIV.

---

(1) Volgens de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof (zie bijvoorbeeld Arbitragehof, arrest nr. 130/98 van 9 december 1998, B.1.3) drukt die bepaling de wil uit van de Grondwetgever om aan de bevoegde wetgever de zorg voor te behouden een regeling te treffen voor de essentiële aspecten van het onderwijs, wat de inrichting, de erkenning of subsidiëring betreft, doch verbiedt zij niet dat onder bepaalde voorwaarden opdrachten aan andere overheden worden gegeven. Artikel 24, § 5, vereist volgens het Grondwettelijk Hof 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.

(2) Zie ook R.v.St., vzw Gerfa, nrs. 63.463 en 63.464 van 9 december 1996.

.../...

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" [3].

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) [4] en om "nadere uitbetalingsvoorwaarden" te bepalen (§ 3). Die laatste omschrijving moet in zijn gebruikelijke betekenis worden opgevat, zodat eronder dient te worden verstaan voorwaarden waaraan moet zijn voldaan vooraleer tot betaling kan worden overgegaan.

Artikel X.58, § 2, van het onderwijsdecreet XIV maakt de bepalingen van hoofdstuk IX ("Geldelijke rechtspositie") [5] 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 van het onderwijsdecreet XIV lijkt daarom de rechtsgrond te vormen voor de artikelen opgenomen in afdeling III van hoofdstuk II van het ontwerp.

---

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

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

(5) Inzonderheid kan worden gewezen op volgende machtigingen aan de Vlaamse Regering vervat in het onderwijsdecreet XIII: 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 gewaarborgde minimumbezoldiging, een haard- of standplaatstoelage, een jaarlijks vakantiegeld en een eindejaarstoelage; de regering bepaalt de voorwaarden).

VORMVEREISTEN

De minister van begroting heeft voor sommige aspecten van de ontworpen regeling zijn akkoord verleend op 12 december 2007. Die datum dient derhalve in het zeventiende lid van de aanhef te worden toegevoegd.

ALGEMENE OPMERKING

Krachtens artikel 24, § 4, van de Grondwet zijn alle personeelsleden gelijk voor de wet of het decreet, wat volgens het Grondwettelijk Hof inhoudt dat de gelijke behandeling van personeelsleden het uitgangspunt is.

Het voorliggend ontwerp heeft tot gevolg dat de personeelsleden van de hogescholen, die volgens de gemachtigde onderworpen blijven aan de bestaande besluiten in afwachting van een nieuwe regeling voor het personeel van de hogescholen, en de personeelsleden van de overige onderwijsniveaus aan een verschillend ziekteverlofregime zijn onderworpen. Zodoende worden personeelsleden die tot nog toe aan een gelijkaardige regeling waren onderworpen, voortaan ongelijk behandeld. De ongelijke behandeling houdt trouwens ook in dat de personeelsleden die door het ontwerp worden beoogd, nadeliger worden behandeld aangezien de regeling met betrekking tot de ziekteverlofperiode die aansluit op een vakantieperiode strenger is geworden.

De vraag rijst of voor deze ongelijke behandeling een voldoende verantwoording bestaat.

In de nota aan de Vlaamse Regering VVR/2007/2007/DOC.0803 wordt hierover het volgende gezegd:

> "De stap naar een totale uniformering is voorlopig nog niet gezet. De overheid erkent dat er voor de ziekteverlofregeling in het hoger onderwijs ook duidelijkheid moet komen. Zij engageert zich om de principes die in het ontwerp zijn opgenomen voor te leggen aan de werkgroep die de harmonisatie van de regelgeving in het hoger onderwijs zal bestuderen. Het is de bedoeling om na te gaan of de inhoud van dit ontwerp ook in het hoger onderwijs van toepassing kan worden gemaakt".

Op zich lijkt dergelijke verantwoording onvoldoende in het licht van het gelijkheidsbeginsel.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Algemene opmerkingen

1. Voor sommige omschrijvingen die in het ontwerp worden aangewend en waarvan de betekenis niet meteen duidelijk is, moet preciezer worden aangegeven wat eronder wordt verstaan. In dit verband kan worden verwezen naar "MST-equipes" (artikel 3, § 2, 1/, van het ontwerp) en "Bestuur van de Medische Expertise (Medex)" (artikel 31, § 1, tweede lid).

2. Sommige bepalingen van het ontwerp zijn nagenoeg dezelfde voor de vastbenoemde en de tijdelijke personeelsleden, bv. de regeling om misbruiken van het ziekteverlof tegen te gaan rond korte vakanties (artikelen 4, eerste en derde lid, en 13), afwezigheden die zonder tijdsbeperking worden toegestaan (artikelen 6 en 16), toezicht door het controleorgaan (artikelen 7 en 17), en de regeling voor de afwezigheid als gevolg van een ongeval veroorzaakt door een fout van een derde (artikelen 9 en 22). De stellers van het ontwerp hebben ervoor gekozen om die bepalingen voor beide personeelscategorieën te hernemen.

Gelet op de doelstelling van de stellers van het ontwerp om de regeling te vereenvoudigen is het daarom beter deze bepalingen slechts eenmaal op te nemen en toepasselijk te maken op beide personeelscategorieën. In dat geval zal de indeling van het ontwerp vanzelfsprekend moeten worden herzien.

Artikelsgewijze opmerkingen

Artikel 3

Voor twee categorieën van personeelsleden wordt voor een bepaalde periode in het verleden een afwijking van de berekening van het aantal dagen bezoldigd ziekteverlof bepaald. Uit de nota aan de Vlaamse Regering blijkt dat dit een bevestiging is van een bestaande regeling. De vraag of deze verantwoording volstaat in het licht van het gelijkheidsbeginsel (artikel 24, § 4, van de Grondwet) klemt des te meer aangezien voor één van deze twee categorieën het aantal dagen verlof dat thans geldt, wel degelijk wordt verhoogd.

.../...

Artikel 7

Artikel 7 van het ontwerp bepaalt dat het personeelslid dat afwezig is wegens ziekte, onder het geneeskundig toezicht staat van het controleorgaan dat de Vlaamse minister bevoegd voor het onderwijs heeft aangewezen. Uit het ontwerp blijkt niet wat de decretale rechtsgrond voor deze bepaling is.

Aangezien het echter louter de bedoeling blijkt te refereren aan de bestaande regeling, wordt, ter wille van de duidelijkheid, de ontworpen bepaling beter aangevuld met de woorden "ter uitvoering van artikel 57 van het decreet van 15 december 1993 betreffende het onderwijs-V".

Artikel 46

De ontworpen regeling werkt terug tot 1 september 2007, terwijl een viertal artikelen terugwerken tot 1 september 2003. 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 regeling 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,
	M. RIGAUX, M. TISON,	assessoren van de afdeling wetgeving,
Mevrouw	A. BECKERS,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de H. B. STEEN, auditeur.

DE GRIFFIER, DE VOORZITTER,

A. BECKERS M. VAN DAMME