KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 46.568/1
VAN 11 JUNI 2009

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling Wetgeving, eerste kamer, op 30 april 2009 door de Vlaamse minister van Werk, Onderwijs en Vorming verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, verlengd tot 19 juni 2009, van advies te dienen over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering "tot wijziging van het besluit van de Vlaamse Regering van 22 mei 1991 betreffende de preventieve schorsing en de tucht, alsmede omtrent het ontslag van sommige tijdelijke personeelsleden in het gesubsidieerd onderwijs en in de gesubsidieerde centra voor leerlingenbegeleiding", heeft het volgende advies gegeven:

Rekening houdend met het tijdstip waarop dit advies gegeven wordt, vestigt de Raad van State de aandacht op het feit dat, wegens het ontslag van de Vlaamse Regering, de bevoegdheid van deze laatste beperkt is tot het afhandelen van de lopende zaken. Dit advies wordt evenwel gegeven zonder dat wordt nagegaan of dit ontwerp in die beperkte bevoegdheid kan worden ingepast, aangezien de afdeling Wetgeving geen kennis heeft van het geheel van de feitelijke gegevens welke de Regering in aanmerking kan nemen als zij te oordelen heeft of het vaststellen of wijzigen van een verordening noodzakelijk is.

*
* *

Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, 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.

Gelet op de aard en de moeilijkheidsgraad van het ontwerp heeft de Raad van State binnen de tijd die hem voor zijn advies is gelaten en tijdens welke ook over tal van andere ontwerpen advies diende te worden verleend, zelfs dat beperkte onderzoek niet grondig en volledig kunnen doen. Noodgedwongen heeft hij zich moeten beperken tot de meest in het oog springende problemen.

*
* *

STREKKING EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

1. Het om advies voorgelegde ontwerp strekt ertoe, ter uitvoering van het decreet van 13 juli 2007 houdende dringende maatregelen met betrekking tot functiebeschrijving en evaluatie in het onderwijs, een aantal wijzigingen door te voeren in het besluit van de Vlaamse Regering van 22 mei 1991 omtrent [(1)] de preventieve schorsing en de tucht, alsmede omtrent het ontslag van sommige tijdelijke

(1) Niet: "betreffende", zoals ten onrechte in het opschrift van het ontwerp is vermeld.

personeelsleden in het gesubsidieerd onderwijs en in de gesubsidieerde centra voor leerlingenbegeleiding. Aan al die wijzigingen wordt terugwerkende kracht verleend (zie artikel 12 van het ontwerp).

De ontworpen wijzigingen hebben betrekking zowel op de preventieve schorsing (artikel 3), de tuchtmacht (artikel 4), de kamer van beroep (artikelen 7 tot 10) en de procedure in beroep (artikel 11). Er wordt in het besluit van 22 mei 1991 ook een hoofdstuk ingevoegd in verband met het beroep tegen het ontslag om dringende redenen (artikelen 5 en 6). Daarenboven worden de definities en het toepassingsgebied van het besluit van 22 mei 1991 aangepast (artikelen 1 en 2).

2.1. Voor de ontworpen wijzigingen wordt in het eerste lid van de aanhef rechtsgrond gezocht in artikel 25 en hoofdstuk IX van het decreet van 27 maart 1991 betreffende de rechtspositie van sommige personeelsleden van het gesubsidieerd onderwijs en de gesubsidieerde centra voor leerlingenbegeleiding (hierna: rechtspositiedecreet).

De gemachtigde heeft evenwel laten weten dat in het eerste lid van de aanhef meer specifiek moet worden verwezen naar de artikelen 25, 70 en 72 van het rechtspositiedecreet.

2.2. Voor de wijzigingen in verband met de preventieve schorsing kan rechtsgrond worden gevonden in artikel 67 van het rechtspositiedecreet, gelezen in samenhang met artikel 25, vierde lid, van hetzelfde decreet.

De wijzigingsbepalingen inzake tuchtmacht kunnen worden aangenomen op basis van artikel 68, § 3, van het rechtspositiedecreet.

Artikel 25 van het rechtspositiedecreet heeft betrekking op het ontslag om dringende redenen van het personeelslid dat tijdelijk is aangesteld voor bepaalde duur. Artikel 25, vijfde lid, machtigt de Vlaamse Regering om de nadere regels van de beroepsprocedure te bepalen, en biedt aldus rechtsgrond voor de artikelen 5 en 6 van het ontwerp.

Voor de wijzigingen in verband met de kamer van beroep kan rechtsgrond worden gevonden in de artikelen 70 en 71 van het rechtspositiedecreet.

De rechtsgrond voor het regelen van de procedure in beroep inzake tucht en ontslag om dringende redenen kan worden gevonden in de artikelen 25, vijfde lid, en 72 van het rechtspositiedecreet.

De door de gemachtigde vermelde bepalingen, aangevuld met de artikelen 67, 68 en 71 van het rechtspositiedecreet, strekken het ontwerp derhalve in beginsel tot rechtsgrond, behoudens wat hierna wordt opgemerkt.

2.2.1. Artikel 70 van het rechtspositiedecreet draagt de Vlaamse Regering op om de vergoedingen te bepalen waarop de voorzitter recht heeft. Krachtens artikel 71 van het rechtspositiedecreet bepaalt de Vlaamse Regering de nadere regels inzake het secretariaat en de werkingskosten van de kamers van beroep.

2.2.1.1. Het ontworpen artikel 9, § 6, van het besluit van 22 mei 1991 (artikel 7 van het ontwerp) regelt de vergoeding voor de effectieve en de plaatsvervangende voorzitters. Het ontworpen artikel 9, § 5, bepaalt dat ook de leden van de kamers van beroep aanspraak kunnen maken op de reis- en dagvergoeding voor binnenlandse reizen overeenkomstig de geldende reglementering die van toepassing is op de personeelsleden van de Vlaamse overheid.

Uit artikel 70 van het rechtspositiedecreet blijkt echter dat de Vlaamse Regering alleen gemachtigd is om vergoedingen toe te kennen aan de voorzitter. Voor het ontworpen artikel 9, § 5, blijkt er dan ook geen rechtsgrond te zijn.

2.2.1.2. Het ontworpen artikel 11, tweede lid, van het besluit van 22 mei 1991 (artikel 9 van het ontwerp) bepaalt dat de secretarissen van de kamers van beroep een jaarlijkse forfaitaire vergoeding ontvangen als de zittingen geheel of gedeeltelijk plaatsvinden buiten de normale diensttijd.

Ook daarvoor blijkt geen rechtsgrond voorhanden in de artikelen 70 en 71 van het rechtspositiedecreet.

2.2.2. Artikel 72, eerste lid, van het rechtspositiedecreet draagt de Vlaamse Regering op om de nadere regels betreffende de werkwijze van de kamer van beroep te bepalen, met dien verstande dat voor het vaststellen van "de redenen tot wraking" van de voorzitter en de leden zal worden uitgegaan van het bepaalde in artikel 828 van het Gerechtelijk Wetboek.

Luidens de ontworpen artikelen 15, eerste lid, en 17*quater*, eerste lid, van het besluit van 22 mei 1991 (artikel 11 van het ontwerp) zijn de redenen tot wraking bepaald in artikel 828 van het Gerechtelijk Wetboek. Er wordt echter aan toegevoegd: "Behalve om die redenen tot wraking, kunnen beide partijen één lid ongemotiveerd wraken".

Gelet op de formulering van artikel 72, eerste lid, van het decreet, moeten er redenen zijn voor een wraking. De ontworpen bepalingen laten echter de mogelijkheid om één lid te wraken zonder daartoe enige reden te moeten opgeven. In dat opzicht strijdt het ontwerp met de rechtsgrond.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Aanhef

Gelet op wat over de rechtsgrond is opgemerkt, zal het eerste lid van de aanhef moeten worden aangepast.

Artikel 1

Artikel 1, 1/, van het ontwerp beoogt de definitie van "raadsman" in artikel 1, 2/, van het besluit van 22 mei 1991 zo te wijzigen dat, wat de werknemer betreft, niet langer "een vertegenwoordiger van de vakorganisaties", doch enkel nog "een vertegenwoordiger van een erkende vakorganisatie" als raadsman kan worden beschouwd.

Gelet op de artikelen 5, 19/, en 17*ter* van het rechtspositiedecreet is het onnodig te bevestigen dat de bijstand door een raadsman mogelijk is. Er dient zelfs

vermeden te worden om in een besluit regels van hogere rang over te nemen. De bepalingen inzake de bijstand door een raadsman kunnen derhalve in het besluit van 22 mei 1991 beter opgeheven worden en de daarop betrekking hebbende wijzigende bepalingen dienen te worden geschrapt in het ontwerp [(2)].

Artikel 4

Uit artikel 8, § 9, tweede lid, van het besluit van 22 mei 1991 volgt dat de brief waarmee de beslissing van de tuchtoverheid aan het personeelslid ter kennis wordt gebracht, de beroepsmogelijkheden dient te vermelden. Uit het ontworpen artikel 8, § 9, derde lid, volgt dat bij ontstentenis daarvan, de beroepstermijn niet begint te lopen.

Deze leden zijn overbodig gelet op het bepaalde in artikel 35 van het decreet van 26 maart 2004 betreffende de openbaarheid van bestuur, dat op grond van artikel 3, 1/, c), van het decreet ook van toepassing is op de vrije onderwijsinstellingen [(3)]:

> "Een beslissing of een administratieve handeling met individuele strekking, die beoogt rechtsgevolgen te hebben voor één of meer bestuurden of voor een ander bestuur, wordt slechts geldig ter kennis gebracht als tevens de beroepsmogelijkheden en de modaliteiten van het beroep worden vermeld. Bij ontstentenis daarvan neemt de termijn voor het indienen van het beroep geen aanvang".

Deze opmerking geldt eveneens voor het ontworpen artikel 8*bis* (artikel 6 van het ontwerp).

---

(2) De omschrijving "een vertegenwoordiger van een representatieve vereniging van inrichtende machten" is overigens niet in overeenstemming met artikel 5, 19/, van het rechtspositiedecreet ("een vertegenwoordiger van een overkoepelende vereniging van inrichtende machten").

(3) *Parl. St.* Vl. Parl., 2002-03, nr. 1732/1, 10.

Artikel 10

Het ontworpen artikel 12, § 2, eerste zin, en § 3, dienen te vervallen aangezien het een herhaling is van artikel 70, eerste lid, 3/ en 4/, van het rechtspositiedecreet.

Artikel 12

De ontworpen wijzigingsbepalingen werken terug tot 1 september 2007, 1 september 2008 of 1 januari 2009. 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.

Bij een begunstigende regeling (zie bijvoorbeeld artikel 7 van het ontwerp, ontworpen artikel 9, § 6, van het besluit van 22 mei 1991) is de terugwerkende kracht aanvaardbaar, doch bij tal van bepalingen van het ontwerp is de retroactiviteit problematisch. Bijgevolg zal voor sommige bepalingen van het ontwerp in voorkomend geval van de retroactiviteit dienen te worden afgezien.

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	G. VERBERCKMOES,	griffier.

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

DE GRIFFIER, DE VOORZITTER,

G. VERBERCKMOES M. VAN DAMME