KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 47.587/1
VAN 14 JANUARI 2010

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling Wetgeving, eerste kamer, op 14 december 2009 door de Vlaamse minister van Onderwijs, Jeugd, Gelijke Kansen en Brussel verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, verlengd tot 22 januari 2010, van advies te dienen over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering "tot uitvoering van het decreet van 8 mei 2009 betreffende de kwaliteit van onderwijs wat de rechtspositie betreft", heeft het volgende advies gegeven:

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 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 uitvoering te geven aan een aantal bepalingen van het decreet van 8 mei 2009 betreffende de kwaliteit van onderwijs, wat de rechtspositie van het personeel van de inspectie en de pedagogische begeleidingsdiensten betreft.

Het ontwerp heeft onder meer betrekking op de berekening van de dienstanciënniteit, het vastleggen van de generieke competenties, de samenstelling van de selectiecommissies, de samenstelling en werking van de raad van beroep en de beroepsprocedures. Daarnaast worden de salarisschalen van de inspecteurs en de leden van de pedagogische begeleidingsdiensten vastgelegd. Als gevolg van de reductie van het aantal ambten bij de inspectie, wordt voor de leden van de inspectie een nieuwe verloningsregeling ingevoerd. Verder worden de bedragen van de forfaitaire vergoedingen bepaald. Tot slot wordt ook de prestatie- en vakantieregeling vastgelegd.

RECHTSGROND

1. In de eerste twee leden van de aanhef wordt als rechtsgrond verwezen naar verschillende bepalingen van het decreet van 13 juli 2001 betreffende het onderwijs-XIII-Mozaïek en van het decreet van 8 mei 2009. Die bepalingen [(1)] strekken het ontwerp tot rechtsgrond, behoudens wat hierna wordt opgemerkt.

[(1)] In het tweede lid van de aanhef dient evenwel verwezen te worden naar artikel 105, zesde lid, van het decreet van 8 mei 2009, in plaats van naar het vijfde lid. Bovendien moet in plaats van naar artikel 133, tweede lid, verwezen worden naar het eerste lid van dat artikel.

2. Voor de artikelen 65 tot 68 van het ontwerp moet rechtsgrond worden gezocht in artikel IX.8, tweede lid, van het decreet van 13 juli 2001.

3. Ook nog andere bepalingen van het decreet van 8 mei 2009 moeten als rechtsgrond worden ingeroepen. Dat geldt voor:

- artikel 2 van het ontwerp: artikel 46, § 3, eerste lid, van het decreet;

- artikel 15 van het ontwerp: artikel 72, eerste lid, van het decreet, gelezen in samenhang met de algemene uitvoeringsbevoegdheid (artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen);

- artikel 55 van het ontwerp: hiervoor dient ook een beroep te worden gedaan op de artikelen 73, vierde lid, 96, eerste lid, 105, eerste lid, 117, § 4, en 126, vijfde lid, van het decreet, gelezen in samenhang met artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980.

4. Voor artikel 76 van het ontwerp dient als rechtsgrond te worden verwezen naar artikel 3, 9/, van het decreet van 27 maart 1991 betreffende de rechtspositie van bepaalde personeelsleden van het gemeenschapsonderwijs en naar artikel 5, 11/, van het decreet van 27 maart 1991 betreffende de rechtspositie van sommige personeelsleden van het gesubsidieerd onderwijs en de gesubsidieerde centra voor leerlingenbegeleiding.

Voor artikel 80 van het ontwerp dient als rechtsgrond te worden verwezen naar artikel 77, eerste lid, van het decreet rechtspositie personeelsleden gemeenschapsonderwijs en naar artikel 51, eerste lid, van het decreet rechtspositie personeelsleden gesubsidieerd onderwijs.

Voor artikel 81 van het ontwerp dient als rechtsgrond te worden verwezen naar artikel 3, 12/, van het decreet rechtspositie personeelsleden gemeenschapsonderwijs en naar artikel 5, 13/, van het decreet rechtspositie personeelsleden gesubsidieerd onderwijs.

5. Voor de artikelen 82 tot 90 van het ontwerp kan rechtsgrond worden gevonden in de artikelen 16, 19, 21 en 26 van het decreet van 1 december 1993 betreffende de inspectie en de begeleiding van de levensbeschouwelijke vakken.

6. Andere opmerkingen inzake de rechtsgrond worden hierna, bij de artikelsgewijze bespreking, gemaakt.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Opschrift

Uit het opschrift blijkt dat het ontwerp betrekking heeft op de uitvoering van het decreet van 8 mei 2009 betreffende de kwaliteit van onderwijs "wat de rechtspositie betreft".

Het is wenselijk om met het opschrift de strekking meer nauwkeurig en volledig weer te geven, zodat geen verwarring kan ontstaan bij de lezer. Dat kan bijvoorbeeld door het als volgt aan te vullen: "besluit van de Vlaamse Regering tot uitvoering van het decreet van 8 mei 2009 betreffende de kwaliteit van onderwijs, wat de rechtspositieregeling van het personeel van de inspectie en de pedagogische begeleidingsdiensten betreft".

Aanhef

1. Gelet op wat over de rechtsgrond is uiteengezet, zullen in de aanhef de verwijzingen naar de decretale bepalingen die rechtsgrond bieden, moeten worden gecorrigeerd en aangevuld. Telkens zal ook melding dienen te worden gemaakt van de nog van kracht zijnde wijzigingen van de betrokken bepalingen [(2)].

---

(2) *Beginselen van de wetgevingstechniek. Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, Raad van State, 2008, nr. 27, te raadplegen op de internetsite van de Raad van State (www.raadvst-consetat.be).

2. In de aanhef wordt geen melding gemaakt van de besluiten die door de ontworpen bepalingen gewijzigd, opgeheven of ingetrokken worden. Na eerst te hebben verwezen naar de teksten die de rechtsgrond van het besluit vormen, dient in de aanhef van een besluit achtereenvolgens melding te worden gemaakt van alle teksten die erdoor gewijzigd worden, alsmede van alle teksten die door het besluit opgeheven of ingetrokken worden [(3)].

3. De verwijzing naar het advies van de Raad van State, afdeling Wetgeving, stelle men als volgt:

"Gelet op advies 47.587/1 van de Raad van State, gegeven op 14 januari 2010, met toepassing van artikel 84, § 1, eerste lid, 1/, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;".

Titel II - Inspectie

Artikel 4

Artikel 4, eerste lid, van het ontwerp parafraseert artikel 64, § 1, van het decreet van 8 mei 2009, in de mate erin wordt bepaald dat de oproep voor de test van de generieke competenties wordt bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad (artikel 4, eerste lid, eerste zin, van het ontwerp) en die bekendmaking de voorwaarden vermeldt waaraan de kandidaten moeten voldoen, alsook de vormvereisten en de termijn die voor het indienen van de kandidaturen opgelegd zijn (artikel 4, eerste lid, tweede zin, van het ontwerp).

Het overnemen in een lagere regeling van bepalingen van een hogere regeling dient te worden vermeden. Niet alleen is een dergelijke werkwijze op het normatieve vlak overbodig aangezien ze geen nieuwe norm tot stand brengt, maar bovendien kan ze tot verwarring leiden over de precieze aard van het in de lagere regeling opgenomen voorschrift en kan ze inzonderheid aanleiding ertoe zijn dat later uit het oog verloren wordt dat alleen de hogere regelgever het betrokken voorschrift kan wijzigen.

---

(3) *Ibidem*, nr. 29.

Het overnemen van decretale bepalingen in een besluit van de Vlaamse Regering kan dan ook alleen maar worden gedoogd in zoverre zulks noodzakelijk is voor de leesbaarheid van het besluit, in welk geval een uitdrukkelijke verwijzing naar de betrokken decreetsbepaling het aangewezen middel zal zijn om de aard van de betrokken bepaling herkenbaar te houden ("Overeenkomstig artikel 64, § 1, van het decreet van 8 mei 2009 ...").

Deze opmerking geldt eveneens voor andere bepalingen van het ontwerp (zie bijvoorbeeld de artikelen 12, tweede lid, 18, eerste lid, en 25, tweede lid, van het ontwerp).

Artikel 36

1. Artikel 36 van het ontwerp bepaalt dat een bij tuchtmaatregel ontslagen of afgezet personeelslid niet meer bij de inspectie kan worden aangesteld. Volgens de gemachtigde dient de rechtsgrond voor die bepaling te worden gezocht in artikel 133 van het decreet.

Aangezien deze bepaling niet als een nadere regel voor de uitoefening van de tuchtmacht of als een procedureregel kan worden beschouwd, kan daarvoor geen rechtsgrond worden gevonden in artikel 133 van het decreet van 8 mei 2009. Het gaat om een bepaling die, gelet op artikel 24, § 5, van de Grondwet, door de decreetgever zou moeten worden vastgesteld, voor zover ruimte bestaat om een dergelijk beroepsverbod uit te vaardigen [(4)].

2. Subsidiair kan worden aangestipt dat in artikel 36 ook de gelding van artikel 131 van het decreet wordt bevestigd ("met behoud van de toepassing van artikel 131 van het decreet van 8 mei 2009"). Het staat niet aan de Vlaamse Regering te bevestigen wat uit het decreet zelf voortvloeit.

---

(4) Een dergelijk beroepsverbod lijkt immers in beginsel niet verenigbaar met de hogere rechtsnormen. Het Grondwettelijk Hof heeft in een aantal arresten bepalingen in strijd met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet verklaard wegens het instellen van automatische en niet in de tijd beperkte beroepsverboden (Grondwettelijk Hof, nr. 57/98, 27 mei 1998; Grondwettelijk Hof, nr. 87/98, 15 juli 1998; Grondwettelijk Hof, nr. 119/2000, 16 november 2000).

Artikel 38

Artikel 137, eerste lid, van het decreet van 8 mei 2009 bepaalt dat de Vlaamse Regering de nadere regelen bepaalt inzake de samenstelling en de uitoefening van het mandaat van de leden van de raad van beroep, met dien verstande dat de raad van beroep wordt voorgezeten door een onafhankelijk persoon en er een pariteit is tussen de vertegenwoordigers van de representatieve vakorganisaties en de vertegenwoordigers van de inspectie.

Het ontwerp bevat een aantal regels die de pariteitseis moeten garanderen (zie bijvoorbeeld artikel 50).

Geen bepaling van het ontwerp geeft echter uitvoering aan de verplichting dat de raad van beroep wordt voorgezeten door een onafhankelijk persoon. Wat die voorwaarde concreet inhoudt, blijkt niet uit de parlementaire voorbereiding van het decreet. Het gegeven dat die eis in artikel 38, § 1, 1/, van het ontwerp niet wordt herhaald, betekent niet dat die decretale verplichting niet moet worden nageleefd. Vraag is of het ontwerp op dit punt dan ook niet moet worden aangevuld met regels die de onafhankelijkheid van de voorzitter en de plaatsvervangend voorzitter gestalte geven en moeten garanderen, niet alleen bij aanwijzing ervan maar ook tijdens de gehele duur van hun mandaat, onder meer door te voorzien in onverenigbaarheden.

Artikel 46

Artikel 138 van het decreet van 8 mei 2009 draagt de Vlaamse Regering op om "de redenen tot wraking" te bepalen.

Artikel 46, eerste lid, van het ontwerp bepaalt dat die gevallen zijn bepaald in artikel 828 van het Gerechtelijk Wetboek en dat, behalve om die redenen tot wraking, beide partijen één lid ongemotiveerd kunnen wraken.

Gelet op de formulering van 138, tweede zin, van het decreet moeten er redenen zijn voor een wraking. De ontworpen bepaling laat echter de mogelijkheid om één lid te wraken zonder daartoe enige reden te moeten opgeven. In dat opzicht strijdt het ontwerp met de rechtsgrond.

Artikel 54

Uit artikel 136, tweede lid, van het decreet van 8 mei 2009 blijkt dat indien de raad van beroep een eenparig advies uitbrengt, dit bindend is, zodat in dat geval de raad de eindbeslissing neemt in plaats van de Vlaamse Regering [(5)]. De ontworpen bepaling kan dan ook in overeenstemming worden geacht met het decreet.

Artikel 55

Uit artikel 55, eerste lid, tweede zin, van het ontwerp volgt dat de Vlaamse Regering "elke beslissing die niet met het advies van de raad van beroep overeenstemt", dient te motiveren. Die bepaling is 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 de 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 geldt buiten de gevallen waarin die verplichting uitdrukkelijk in de ontworpen regeling is voorgeschreven.

Artikel 74

Artikel 74 van het ontwerp bepaalt dat de houder van een mandaat in het ambt van coördinerend inspecteur of inspecteur-generaal elke vorm van verlof, terbeschikkingstelling, afwezigheid of non-activiteit kan verkrijgen als hij voldoet aan alle voorwaarden die ter zake gelden.

---

(5) In die zin wijkt artikel 136, tweede lid, van het decreet af van artikel 126, vierde lid, van het decreet. Daaruit volgt dat bij eenparig advies inzake de voorgestelde tuchtstraf, de Vlaamse Regering de tuchtstraf niet definitief uitspreekt.

De gemachtigde situeert de rechtsgrond voor deze bepaling in artikel 142, eerste lid, van het decreet van 8 mei 2009. Die bepaling verleent de Vlaamse Regering evenwel slechts de bevoegdheid om, naast de prestatieregeling van het personeel van de inspectie, de voorwaarden te bepalen waaronder verlof gelijkgesteld met dienstactiviteit kan worden verkregen. Het is derhalve niet duidelijk welke artikelen van het decreet de nodige rechtsgrond kunnen bieden voor de ontworpen bepaling voor zover er meer mee wordt geregeld dan verlof gelijkgesteld met dienstactiviteit.

Titel III - De pedagogische begeleidingsdiensten

Hoofdstuk III

In het opschrift van het derde hoofdstuk dient men te schrijven: "Hoofdstuk III. Vakantie- en prestatieregeling" (niet: hoofdstuk IV).

Titel IV

Het opschrift van titel IV "Wijzigings- en opheffingsbepalingen" dient te worden verbeterd in "Wijzigingsbepalingen". De enige opheffingsbepaling (artikel 91) is immers opgenomen in titel V.

Artikel 86

Aan het einde van het ontworpen artikel 6, § 4, derde lid, van het besluit van de Vlaamse Regering van 15 december 1993 [(6)] (zie artikel 86, 3/, van het ontwerp) wordt verwezen naar "de gecoördineerde wetten van 3 augustus 1919 en 27 mei 1947 betreffende de prioriteiten" (lees: samengevatte wetten van 3 augustus 1919-27 mei 1947 tot verzekering van de wederopneming der gemobiliseerde Belgen in hun bediening en tot toekenning aan de oorlogsinvaliden, oudstrijders, leden van de Weerstand, politieke

(6) Besluit van de Vlaamse Regering van 15 december 1993 tot uitvoering van het decreet van 1 december 1993 betreffende de inspectie en de begeleiding van de levensbeschouwelijke vakken.

gevangenen, oorlogsweduwen en -wezen, gedeporteerden, arbeidsweigeraars en andere slachtoffers van de oorlogen 1914-1918 en 1940-1945, van een prioriteitsrecht voor de toegang tot de openbare betrekkingen). Meer bepaald wordt bevestigd dat artikel 13 van die wetten van toepassing blijft ("met behoud van").

Zoals reeds is opgemerkt, staat het niet aan de Vlaamse Regering om in een besluit de gelding van een norm met decretale waarde te bevestigen.

Titel V

Het opschrift van titel V "Overgangs- en slotbepalingen" dient te worden verbeterd in "Opheffings-, overgangs- en slotbepalingen".

Artikel 93

De ontworpen regeling werkt terug tot 1 september 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.

Om uitleg gevraagd over de beoogde terugwerkende kracht, heeft de gemachtigde ambtenaar volgende toelichting gegeven:

> "Het besluit moet met terugwerkende kracht worden getroffen omdat het enerzijds uitvoering geeft aan het decreet van 8 mei 2009 betreffende de kwaliteit van onderwijs (met als ingangsdatum 1 september 2009) en anderzijds omdat de

loonsverhoging en de vergoedingen, vermeld in het voorliggend ontwerpbesluit in de praktijk al vanaf 1 september 2009 worden toegepast.

De terugwerkende kracht van het ontwerp is dus verantwoord en noodzakelijk omdat het de in de praktijk uitgevoerde maatregelen bekrachtig[t]. De terugwerkende kracht is nodig voor de goede werking van de diensten en er zullen in geen enkel geval verkregen situaties worden aangetast. Integendeel de toegekende voordelen (oa. loonsverhogingen voor sommige personeelsleden van de inspectie en de pedagogische begeleidingsdiensten) worden hierdoor bekrachtigd".

Voor zover het gaat om het toekennen van voordelen (bijv. loonsverhoging) of regels die reeds uit het decreet van 8 mei 2009 voortvloeien, stelt de terugwerkende kracht geen probleem.

Voor zover het gaat om minder gunstige of nieuwe regels (zie bijv. de regels voor het instellen van een procedure van beroep, artikel 43 van het ontwerp) kan de retroactiviteit echter geen doorgang vinden.

De inwerkingtreding op 1 september 2009 kan voor het gehele ontwerp dus niet behouden worden. Er zal een onderscheid moeten worden gemaakt tussen bepalingen waarvoor de retroactiviteit kan worden aanvaard, en de andere bepalingen die slechts voor de toekomst kunnen worden uitgevaardigd.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	M. VAN DAMME,	kamervoorzitter,
	J. BAERT, W. VAN VAERENBERGH,	staatsraden,
	M. TISON, L. DENYS,	assessoren van de afdeling Wetgeving,
Mevrouw	M. VERSCHRAEGHEN,	toegevoegd griffier.

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

DE GRIFFIER DE VOORZITTER

M. VERSCHRAEGHEN M. VAN DAMME