



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 68.828/1
van 15 februari 2021

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘over de loopbaanonderbreking voor mantelzorg, over de omzetting van lestijden in uren kinderverzorging, over de erkenning van beroepskwalificaties voor gereguleerde beroepen in het onderwijs in het kader van de Europese Richtlijn 2005/36 en over een meelooptraject voor directeur in het basisonderwijs, deeltijds kunstonderwijs, secundair onderwijs, volwassenenonderwijs en de centra voor leerlingenbegeleiding’

Op 8 februari 2021 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Onderwijs, Sport, Dierenwelzijn en Vlaamse Rand verzocht binnen een termijn van vijf werkdagen een advies te verstrekken over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘over de loopbaanonderbreking voor mantelzorg, over de omzetting van lestijden in uren kinderverzorging, over de erkenning van beroepskwalificaties voor gereglementeerde beroepen in het onderwijs in het kader van de Europese Richtlijn 2005/36 en over een meelooptraject voor directeur in het basisonderwijs, deeltijds kunstonderwijs, secundair onderwijs, volwassenenonderwijs en de centra voor leerlingenbegeleiding’.

Het ontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 11 februari 2021. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Bert THYS en Wouter PAS, staatsraden, Michel TISON en Johan PUT, assessoren, en Greet VERBERCKMOES, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Brecht STEEN, eerste auditeur-afdelingshoofd.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 15 februari 2021.

*

ONTVANKELIJKHEID VAN DE ADVIESAANVRAAG

1. Volgens artikel 84, § 1, eerste lid, 3°, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, moeten in de adviesaanvraag de redenen worden opgegeven tot staving van het spoedeisende karakter ervan.

In het onderhavige geval wordt het verzoek om spoedbehandeling gemotiveerd door de omstandigheid dat

“een aantal maatregelen van dit besluit van de Vlaamse Regering retroactief ingevoerd worden op 1 september 2020 en daarom zo snel mogelijk effectief in werking moeten treden. Deze retroactiviteit betreft de maatregelen in de hoofdstukken 1 tot en met 7 van het ontwerp van besluit. Snelle inwerkingtreding van dit besluit zorgt er voor dat alle betrokkenen snel de nodige juridische zekerheid krijgen met betrekking tot de maatregelen die genomen worden in dit besluit en die hierna gemotiveerd worden.

Daarnaast voert hoofdstuk 8 een tijdelijke maatregel betreffende de organisatie van een meelooptraject voor directeur met als ingangsdatum 1 maart 2021. Om een inrichtende macht of bestuur toe te laten tijdig van start te kunnen gaan met de organisatie en implementatie van een meelooptraject voor directeur is een tijdige goedkeuring van voorliggend ontwerp van besluit noodzakelijk. Dergelijk meelooptraject moet immers een maand voor de startdatum aangevraagd worden bij de respectieve diensten van het beleidsdomein Onderwijs en Vorming, wat betekent dat een inrichtende macht of bestuur die dergelijk traject al op of snel na 1 maart 2021 wil organiseren deze aanvraag eigenlijk al begin februari zou moeten indienen.

Aangezien deze maatregel door de overgrote meerderheid van de sociale partners na onderhandelingen met een akkoord is aanvaard en er ons ook al heel wat vragen van geïnteresseerde inrichtende machten en besturen bereiken om snel te starten met dergelijke trajecten, achten we het noodzakelijk dat de regelgeving waarop deze trajecten zullen steunen definitief goedgekeurd is op de voorziene ingangsdatum.

Op deze wijze hebben alle betrokkenen de nodige juridische zekerheid bij de implementatie van een meelooptraject voor directeur”.

Wat de bepalingen van hoofdstuk 1 tot 7 van het ontwerp betreft,¹ vermeldt de aangehaalde verantwoording geen enkel concreet en voldoende pertinent gegeven dat verantwoordt waarom de nodige rechtszekerheid niet voldoende zou kunnen worden gewaarborgd bij het volgen van de adviesprocedure bedoeld in artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State (advies mee te delen binnen een termijn van dertig dagen) en dat daartoe noodzakelijk een beroep moet worden gedaan op de procedure van artikel 84, § 1, eerste lid, 3°, van dezelfde wetten (advies mee te delen binnen een termijn van vijf werkdagen). Deze vaststelling is des te pertinenter in het licht van de terugwerkende kracht die aan de betrokken maatregelen zal worden verleend.

¹ Het betreft veelal wijzigingsbepalingen die verband houden met het invoeren van de loopbaanonderbreking voor mantelzorg.

In tegenstelling tot wat kan worden aangenomen met betrekking tot het hoofdstuk van het ontwerp dat betrekking heeft op het verlof voor het meelooptraject voor directeur, kan de motivering van het spoedeisend karakter van de adviesaanvraag niet als voldoende worden beschouwd, wat de hoofdstukken 1 tot 7 van het ontwerp betreft, zodat de adviesaanvraag onontvankelijk is wat deze laatste hoofdstukken betreft.

Om die reden blijft het hierna volgende onderzoek beperkt tot de bepalingen van hoofdstuk 8 van het ontwerp (artikelen 10 tot 16) dat met de daaraan voorafgaande hoofdstukken niet dermate inhoudelijk verknocht is dat eraan geen afzonderlijk onderzoek zou kunnen worden gewijd. Dat onderzoek zal overeenkomstig artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, bovendien beperkt blijven 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 EN RECHTSGROND VAN HOOFDSTUK 8 VAN HET ONTWERP

2. In hoofdstuk 8 van het ontwerp wordt in een tijdelijke regeling voorzien met betrekking tot het verlof voor een meelooptraject voor de directeur in de verschillende onderwijsniveaus.

Als rechtsgrond daarvoor wordt door de gemachtigde verwezen naar de artikelen 77 van het decreet rechtspositie personeelsleden gemeenschapsonderwijs van 27 maart 1991, 51 van het decreet rechtspositie personeelsleden gesubsidieerd onderwijs van 27 maart 1991, en 17 van het decreet Rechtspositie Basiseducatie van 7 juli 2017. Wat de aanstelling van de zij-instromers betreft, wordt gerefereerd aan de artikelen 17, §§ 1 en 2, van het decreet rechtspositie personeelsleden gemeenschapsonderwijs van 27 maart 1991, 19, § 1, van het decreet rechtspositie personeelsleden gesubsidieerd onderwijs van 27 maart 1991 en 27 van het decreet Rechtspositie Basiseducatie van 7 juli 2017. Voor zover een salaris(toelage) wordt toegekend voor een vervanging, kan rechtsgrond worden gevonden in de artikelen V.41 tot en met V.53 van de Codificatie sommige bepalingen voor het onderwijs van 28 oktober 2016, bekrachtigd bij het decreet van 23 december 2016.

De voornoemde decretale bepalingen kunnen worden geacht rechtsgrond te bieden voor het ontworpen hoofdstuk 8 van het ontwerp. Wel rijst de vraag of dit ook het geval is voor de regeling die in artikel 14 van het ontwerp is uitgewerkt voor het aanstellen van een zij-instromer tijdens het meelooptraject als een tijdelijk personeelslid in een wervingsambt. De gemachtigde verwijst in dat verband weliswaar naar een aantal van de reeds genoemde decretale bepalingen die evenwel enkel voorwaarden bevatten waaronder een persoon als tijdelijk personeelslid kan worden aangesteld in het algemeen, maar die niet aangeven in welke gevallen de inrichtende machten of centrubesturen voor externe personen een nieuw wervingsambt als tijdelijk personeelslid kunnen creëren. De bepalingen van de Codificatie sommige bepalingen voor het onderwijs van 28 oktober 2016 waarvan melding wordt gemaakt, bevatten bovendien enkel algemene machtigingen om onder meer de salarisschaal vast te stellen en bijgevolg geen machtiging om bijkomende ambten te subsidiëren. De rechtsgrond voor het betrokken onderdeel van de ontworpen regeling is derhalve onzeker. De stellers van het ontwerp zouden er dan ook

goed aan doen om te onderzoeken of met betrekking tot het betrokken onderdeel van de regeling niet op een andere, al bestaande decretale rechtsgrond een beroep kan worden gedaan, dan wel om zich te beijveren voor het tot stand laten brengen van een meer duidelijke en rechtszekere decretale rechtsgrond.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

VOORAFGAANDE OPMERKING

3. Indien er als gevolg van de opmerking die in dit advies omtrent de ontvankelijkheid van de adviesaanvraag is gemaakt, zou voor worden geopteerd om het ontwerp van besluit te beperken tot de artikelen die tot hoofdstuk 8 van het ontwerp behoren, zal dit uiteraard leiden tot een andere opmaak van de ontworpen tekst, zowel wat het opschrift, de aanhef als het beschikkend gedeelte ervan betreft.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

Artikel 10

4. In artikel 10, 3°, van het ontwerp, wordt melding gemaakt van “centra voor basiseducatie”, terwijl bijvoorbeeld in artikel 11, § 1, eerste lid, van het ontwerp, wordt verwezen naar “een bestuur vermeld in artikel 10”, alhoewel deze laatste term formeel gesproken niet voorkomt in artikel 10. Ter wille van de duidelijkheid zou het dan ook aanbeveling verdienen om in artikel 10, 3°, van het ontwerp, te verwijzen naar de “centrumbesturen” bedoeld in het decreet van 7 juli 2017 ‘betreffende de rechtspositie van de personeelsleden in de basiseducatie’ in plaats van naar de centra zelf, en om in de overige bepalingen van het ontworpen hoofdstuk 8 dan telkens de meer geëigende term “centrumbestuur” te gebruiken. Dergelijke werkwijze wordt bijgetreden door de gemachtigde waar die verklaarde:

“De term centrumbestuur wordt inderdaad gedefinieerd in het decreet rechtspositie basiseducatie van 2017, meer bepaald in artikel 5, 4°. Als dat volstaat als rechtsgrond kan daar inderdaad naar worden verwezen en kan de term centrumbestuur gebruikt worden in voorliggend ontwerp van besluit.”

Artikel 11

5. In artikel 11, § 1, eerste lid, van het ontwerp, wordt onder meer bepaald dat een personeelslid ook zelf aan een inrichtende macht of een bestuur kan vragen om een meelooptraject te organiseren. Externe personen die geen personeelslid zijn, beschikken derhalve niet over de mogelijkheid om dergelijke vraag tot een inrichtende macht of een bestuur te richten. De gemachtigde verstrekke in dat verband de volgende toelichting:

“Het is inderdaad niet mogelijk voor een externe om expliciet om een meelooptraject te vragen. Het meelooptraject voor een zijinstromer kan enkel door de inrichtende macht of bestuur aangeboden worden aan een externe die ze al hebben

geselecteerd met het oog op een aanwerving als directeur. Een externe persoon is (nog) geen werknemer van een inrichtende macht of bestuur en desgevallend heeft die inrichtende macht of bestuur dan ook geen verplichtingen t.a.v. die persoon. We voorzien het meelooptraject dan ook enkel als mogelijkheid voor een inrichtende macht of bestuur als er al een engagement is met het oog op een aanwerving als directeur.”

Het verschil in behandeling dat voortvloeit uit artikel 11, § 1, eerste lid, van het ontwerp, kan als verantwoord worden beschouwd in het licht van de door de gemachtigde verstrekte toelichting.

Artikel 12

6. Artikel 12, § 2, van het ontwerp, doet ervan blijken dat, wanneer het personeelslid zijn traject uitoefent bij een andere inrichtende macht of een ander (centrum)bestuur, hij “arbeidsrechtelijk” onder de verantwoordelijkheid blijft vallen van zijn oorspronkelijke inrichtende macht of oorspronkelijk (centrum)bestuur. Het verdient aanbeveling om de term “arbeidsrechtelijk” te vervangen door een andere omschrijving aangezien in de instellingen of centra van het gemeenschapsonderwijs en het officieel gesubsidieerd onderwijs geen sprake is van een “arbeidsrechtelijke” arbeidsverhouding, maar wel van een statutaire verhouding.

In dat verband verklaarde de gemachtigde:

“De term wordt gebruikt om aan te duiden dat de oorspronkelijke inrichtende macht de werkgever blijft van het personeelslid tijdens het meelooptraject en vanuit dat oogpunt ook verantwoordelijk blijft voor dat personeelslid. Het personeelslid dat met verlof is en een meelooptraject opneemt, wordt immers vrijgesteld van zijn opdracht en neemt dan geen daadwerkelijke statutaire betrekking op bij de andere inrichtende macht. Het personeelslid neemt wel een vorm van opdracht op die in de schriftelijke overeenkomst is vastgelegd, maar heeft geen arbeidsovereenkomst of statutaire aanstelling bij de andere inrichtende macht.

Een mogelijke omschrijving kan dan zijn om dit daadwerkelijk ook zo op te nemen in artikel 12, §2: ‘De inrichtende macht of het bestuur waar het personeelslid is aangesteld en dat het verlof voor het meelooptraject van directeur aan het personeelslid toekent, blijft als werkgever verantwoordelijk voor het personeelslid tijdens de uitoefening van het meelooptraject’?”.

Mede gelet op de aldus beschreven bedoeling die aan de ontworpen bepaling ten grondslag ligt, kan het door de gemachtigde gedane tekstvoorstel worden bijgetreden.

Artikel 14

7. Onder voorbehoud van hetgeen *sub* 2 is opgemerkt met betrekking tot de rechtsgrond voor artikel 14 van het ontwerp, rijst de vraag welke “overleg, vermeld in het eerste lid,” precies wordt bedoeld in artikel 14, § 1, derde lid, van het ontwerp. In artikel 14, § 1, eerste lid, wordt immers geen melding gemaakt van enig “overleg”. Dit is wel het geval in onder meer artikel 12, § 1, eerste lid, van het ontwerp. Indien op dat laatste overleg wordt gedoeld in artikel 14, § 1, derde lid, dient op een correcte wijze te worden verwezen naar de betrokken bepaling van het ontwerp.

Artikel 15

8. Er valt uit artikel 15 van het ontwerp, niet duidelijk af te leiden waaruit de financiering of subsidiëring zal bestaan wanneer aan een personeelslid een verlof voor meelooptraject wordt toegekend.

Hierover om nadere toelichting verzocht, verklaarde de gemachtigde:

“De financiering of subsidiëring van het meelooptraject van een personeelslid dat in onderwijs is aangesteld en daar een verlof voor een meelooptraject voor krijgt, betreft inderdaad de vervanging van dit personeelslid tijdens de duur van het verlof. Als er geen vervanging is, dan zal er uiteindelijk inderdaad geen financiële kostprijs zijn, maar we gaan er van uit dat een inrichtende macht of centrubestuur het meelooptraject en verlof niet zal toewijzen als ze geen vervanging voor het betrokken personeelslid heeft.”

Het verdient aanbeveling om de tekst van het ontwerp op dat punt te expliciteren.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Greet VERBERCKMOES

Marnix VAN DAMME