

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 37.755/1

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAADVAN STATE, afdeling wetgeving, eerste kamer, op 25 oktober 2004 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 politiek verlof voor de leden van het administratief en technisch personeel van de hogescholen in de Vlaamse Gemeenschap en van de Hogere Zeevaartschool", heeft op 18 november 2004 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 te vervullen vormvereisten.

Daarnaast bevat dit advies ook een aantal opmerkingen over andere punten. Daaruit mag echter niet worden afgeleid dat de afdeling wetgeving binnen de haar toegemeten termijn een exhaustief onderzoek van het ontwerp heeft kunnen verrichten.

*
* *

STREKKING VAN HET ONTWERP

Het om advies voorgelegde ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering strekt tot het bepalen van de voorwaarden waaronder leden van het administratief en technisch personeel van de hogescholen in de Vlaamse Gemeenschap en van de Hogere Zeevaartschool zich in de stand non-activiteit bevinden wanneer zij met politiek verlof zijn.

Artikel 1 van het ontwerp bepaalt op wie de regeling van toepassing is. Artikel 2 somt de gevallen op waarin de personeelsleden verplicht politiek verlof genieten, dit is verlof van ambtswege. Artikel 3 daarentegen voorziet in facultatief verlof - hetzij voltijds, hetzij halftijds - voor specifieke politieke mandaten. Voor de berekening van het aantal inwoners waarvan gewag wordt gemaakt in artikel 2 van het ontwerp, verwijst artikel 4 naar de Nieuwe Gemeentewet. Artikel 5 regelt de administratieve en geldelijke toestand van het personeelslid dat politiek verlof geniet, terwijl artikel 6 bepaalt wanneer het politiek verlof een einde neemt. In artikel 7 tenslotte wordt bepaald dat de regeling uitwerking heeft met ingang van 1 januari 1996.

VORMVEREISTEN

Bij de adviesaanvraag is het protocol nr. 533 van 14 juli 2004 gevoegd. Dat protocol bevat de conclusies van de onderhandelingen die gevoerd werden op 18 mei

.../...

2004 in de gemeenschappelijke vergadering van sectorcomité X en van onderafdeling "Vlaamse Gemeenschap" van afdeling 2 van het Comité voor de provinciale en plaatselijke overheidsdiensten. Het is ondertekend door de afvaardiging van de overheid (Vlaamse Regering), door de afvaardiging van de inrichtende macht of de vereniging van inrichtende macht (in dit geval het Provinciaal Onderwijs Vlaanderen) en door de afvaardiging van de drie representatieve vakorganisaties.

Uit geen enkel element van het voorgelegde dossier blijkt dat over het ontwerp is onderhandeld in het Vlaams Onderhandelingscomité voor het hoger onderwijs, subcomité Regelgeving ⁽¹⁾, dat is ingesteld bij titel IV van deel II van het decreet van 19 maart 2004 betreffende de rechtspositieregeling van de student, de participatie in het hoger onderwijs, de integratie van bepaalde afdelingen van het hoger onderwijs voor sociale promotie in de hogescholen en de begeleiding van de herstructurering van het hoger onderwijs in Vlaanderen ⁽²⁾. Anders dan bij de onderhandelingen tussen de overheid en de representatieve vakorganisaties van het personeel in de gemeenschappelijke vergadering van sectorcomité X en van onderafdeling "Vlaamse Gemeenschap" van afdeling 2 van het Comité voor de provinciale en plaatselijke overheidsdiensten, gaat het bij de onderhandelingen in het Vlaams Onderhandelingscomité voor het hoger onderwijs om een "driepartijenmodel" of een "driepartijenoverleg" tussen alle onderwijsactoren,

⁽¹⁾ Krachtens artikel II.82 van het decreet van 19 maart 2004 wordt in het subcomité Regelgeving van het Vlaams Onderhandelingscomité "bij uitsluiting van enig ander orgaan" onderhandeld over de voorontwerpen van decreet en de ontwerpen van besluit met betrekking tot

"1° de grondregelen van de rechtspositieregeling van het personeel die bij dan wel krachtens decreet worden vastgelegd. Deze regelen betreffen de wezenskenmerken van:

- de administratieve rechtspositieregeling;
- de geldelijke rechtspositieregeling;
- de regeling van de collectieve arbeidsverhoudingen in het hoger onderwijs;

2° onderwijsorganisatorische maatregelen met een rechtstreeks effect op de arbeidsduur en/of de organisatie van het werk".

Uit de memorie van toelichting bij het ontwerp van decreet blijkt dat alleen dit subcomité bevoegd is om ontwerpregelgeving te bespreken (*Parl. St.*, Vl. Parl., 2003-2004, nr. 1960/1, 41-42), terwijl het andere subcomité bevoegd is voor het uitwerken van akkoorden inzake sociale programmatie. Zie ook de verklaringen van de minister van Onderwijs in de betrokken commissie van het Vlaams Parlement (*Parl. St.*, Vl. Parl., 2003-2004, nr. 1960/7, 6 e.v.).

⁽²⁾ Deel II, titel IV van het decreet van 19 maart 2004 is in werking getreden op 1 september 2004 (zie artikel II.92 van het decreet: "De bepalingen van deze titel treden in werking op een door de Vlaamse regering te bepalen datum en uiterlijk op 1 september 2004").

namelijk overheid (Vlaamse Regering), personeel (werknemers) en besturen (werkgevers) ⁽³⁾. De besturen werden derhalve niet formeel betrokken bij de onderhandelingen die van vóór het van kracht worden van de nieuwe regeling dateren.

Het voorliggende ontwerp regelt het politiek verlof van het administratief en technisch personeel van de hogescholen in de Vlaamse Gemeenschap en van de Hogere Zeevaartschool, en betreft derhalve "grondregelen van de (administratieve en geldelijke) rechtspositie(regeling) van het personeel" ⁽⁴⁾.

Het gegeven dat de Vlaamse regering het betrokken subcomité nog niet heeft samengesteld ⁽⁵⁾, belet niet dat de verplichting tot onderhandelen zoals die uit artikel II.82 van het decreet voortvloeit, sedert 1 september 2004 geldt. De decreetgever heeft daarenboven niet voorzien in een overgangsregeling.

Het ontwerp kan derhalve niet worden aangenomen dan nadat erover is onderhandeld in het Vlaams Onderhandelingscomité voor het hoger onderwijs, subcomité Regelgeving.

⁽³⁾ *Parl. St.*, Vl. Parl., 2003-2004, nr. 1960/1, 41; *Parl. St.*, Vl. Parl., 2003-2004, nr. 1960/7, 7.

⁽⁴⁾ In de parlementaire voorbereiding wordt niet verduidelijkt wat onder de termen "grondregelen" en "wezenskenmerken" in artikel II.82 dient te worden begrepen. Wel zijn er daarin een aantal indicaties te vinden dat de decreetgever de bevoegdheid van het Onderhandelingscomité niet restrictief heeft bedoeld (zie bijvoorbeeld *Parl. St.*, Vl. Parl., 2003-2004, nr. 1960/1, 9: "het begrip «personeel» wordt ruim opgevat"; idem, 42: "rechtspositie sensu lato"; idem, 44: "Ontwerpen van decretale of reglementaire bepalingen inzake personeelsaangelegenheden (...), worden onderhandeld binnen het subcomité Regelgeving"; *Parl. St.*, Vl. Parl., 2003-2004, nr. 1960/7, 7 (verklaring minister van Onderwijs): "In het subcomité «regelgeving» worden ontwerpdecreten en ontwerpbesluiten met personeelseffecten behandeld"). Ook in de regeling die gold vóór 1 september 2004, werden de regels tot vaststelling van "de administratieve standen, de omstandigheden waardoor ze worden bepaald en hun gevolgen op de toestand van de personeelsleden, met inbegrip van de regeling inzake vakantie, verlof of ter beschikking stelling", als grondregelingen in verband met het administratief statuut beschouwd (zie artikel 3, 12°, van het koninklijk besluit van 29 augustus 1985 tot aanwijzing van de grondregelingen in de zin van artikel 2, § 2, 1°, van de wet van 19 december 1974 tot regeling van de betrekkingen tussen de overheid en de vakbonden van haar personeel).

⁽⁵⁾ Zie in dit verband: R.v.St., Boitquin en consorten, nr. 25.814, 6 november 1985; R.v.St., Boitquin, nr. 27.554, 18 februari 1987.

Indien de aan de Raad van State voorgelegde tekst ten gevolge van deze onderhandeling nog wijzigingen zou ondergaan, moeten de gewijzigde bepalingen, ter inachtneming van het voorschrift van artikel 3, § 1, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, voor een nieuw onderzoek aan de afdeling wetgeving worden voorgelegd.

ALGEMENE OPMERKINGEN

1. In de eerste twee leden van de aanhef worden als rechtsgrond vermeld: artikel 72 van het decreet van 13 juli 1994 betreffende de hogescholen in de Vlaamse Gemeenschap (hierna ook: hogescholendecreet) en artikel 6 van het decreet van 9 juni 1998 betreffende de Hogere Zeevaartschool.

Artikel 72 van het hogescholendecreet luidt:

"Onder de door de Vlaamse regering bepaalde voorwaarden bevindt het personeelslid zich in de stand non-activiteit:
(...);
4° wanneer het met politiek verlof is met inbegrip van de periode van eventuele uitgestelde indiensttreding na het beëindigen van het mandaat;
(...)".

Op grond van artikel 6 van het decreet van 9 juni 1998 zijn de bepalingen van titel III van het hogescholendecreet in verband met de rechtspositieregeling van het personeel van de hogescholen (inbegrepen voormeld artikel 72) van overeenkomstige toepassing op de personeelsleden van de Hogere Zeevaartschool die behoren tot de categorie van het administratief en technisch personeel, behoudens een aantal artikelen die hier niet ter zake doen. Gelet op de specifieke situatie van de Hogere Zeevaartschool wordt het onderzoek hierna toegespitst op de situatie van de hogescholen zoals die uit het hogescholendecreet volgt ⁽⁶⁾.

2. Artikel 72, 4°, van het hogescholendecreet verleent aan de Vlaamse Regering de bevoegdheid om het politiek verlof van de personeelsleden van de hogescholen te regelen. De enige inhoudelijke richtlijn die het decreet bevat is dat het

⁽⁶⁾ De opmerkingen die verder worden gemaakt, zijn van overeenkomstige toepassing voor de Hogere Zeevaartschool. Zie in dat verband artikel 18, § 2, van het decreet van 9 juni 1998, dat de tegenhanger is van artikel 315, § 2, van het hogescholendecreet.

personeelslid dat politiek verlof heeft, zich in die mate in de stand non-activiteit bevindt. Voor het overige wordt aan de Regering de vrije hand gelaten om het politiek verlof naar eigen inzicht te regelen.

Artikel 24, § 5, van de Grondwet bepaalt dat de inrichting ⁽⁷⁾, erkenning of subsidiëring van het onderwijs door de gemeenschap wordt geregeld door de wet of het decreet. Volgens de rechtspraak van het Arbitragehof ⁽⁸⁾ vereist artikel 24, § 5, van de Grondwet dat de essentiële aspecten door de decreetgever worden geregeld en dat de 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.

In de rechtsleer wordt de verenigbaarheid van artikel 72, 4°, van het hogescholendecreet met artikel 24, § 5, van de Grondwet bekritiseerd. Professor R. VERSTEGEN stelt in dit verband het volgende:

"De delegatie aan de regering die besloten ligt in artikel 72, 4° van het Hogescholendecreet, is niet te verzoenen met [het] grondwettelijk legaliteitsbeginsel. Deze bepaling krijgt net haar volle betekenis wanneer het gaat om de bescherming van de fundamentele rechten en vrijheden ⁽⁹⁾, waar het al dan niet kunnen uitoefenen van een politiek mandaat ongetwijfeld toe behoort. Er kan verder nog worden verwezen naar de cumulatieregeling in het onderwijs - voor de universiteiten overigens (...) een alternatief voor het politiek verlof - die eveneens in die mate de fundamentele rechten van het personeel raakt dat enkel de decreetgever daarvoor bevoegd is. Er is maar een conclusie mogelijk: artikel 72, 4° Hogescholendecreet dat de regering machtigt om de voorwaarden voor het toekennen van politiek verlof vast te stellen, is ongrondwettig" ⁽¹⁰⁾.

De grondwettigheid van artikel 72, 4°, van het hogescholendecreet, is gezien het legaliteitsbeginsel vervat in artikel 24, § 5, van de Grondwet, zeker niet

⁽⁷⁾ De inrichting van een bepaalde vorm van onderwijs sluit de financiering ervan in (*Parl. St.*, Senaat, B.Z. 1988, nr. 100-1/2°, 91).

⁽⁸⁾ Zie bijvoorbeeld Arbitragehof, arrest nr. 41/2004, 17 maart 2004, B.3.2.

⁽⁹⁾ Zie daarover B. STEEN, "Het legaliteitsbeginsel in onderwijsaangelegenheden (art. 24 § 5 G.W.): een stand van zaken", *T.O.R.B.*, 2000-2001, 372-374.

⁽¹⁰⁾ R. VERSTEGEN, "Politiek verlof in het (hoger) onderwijs", *T.O.R.B.*, 2004-2005, 52-53.

evident. Gelet daarop zal de Vlaamse regering moeten uitmaken of zij het ontwerp kan aannemen. In geval het ontwerp toch wordt aangenomen, staat het in laatste instantie aan het Arbitragehof, via de techniek van de prejudiciële vraag, om uit te maken of er een conflict bestaat tussen het artikel 24, § 5, van de Grondwet en artikel 72, 4°, van het decreet van 13 juli 1994 en, in voorkomend geval, dat conflict te beslechten.

3. De Raad van State, afdeling wetgeving, heeft reeds herhaaldelijk opgemerkt dat met toepassing van artikel 92*bis*, § 4, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, de gemeenschappen in ieder geval een samenwerkingsakkoord moeten sluiten voor de regeling van de aangelegenheden die betrekking hebben op de Hogere Zeevaartschool ⁽¹¹⁾. Men leze in dat verband de beschouwingen daaromtrent in het advies 27.531/1 van de afdeling wetgeving van 24 maart 1998 over een voorontwerp van decreet betreffende de Hogere Zeevaartschool ⁽¹²⁾.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Aanhef

1. In de derde aanhefverwijzing dient te worden geschreven:

"Gelet op het advies van de Inspectie van Financiën, gegeven op 20 april 2004;"

2. In het vierde lid van de aanhef dient de datum van protocol nr. 533, zijnde 14 juli 2004, te worden vermeld.

⁽¹¹⁾ Althans naar de letter van die bepaling genomen. Over de grondwettigheid ervan zal, in voorkomend geval, het Arbitragehof uitspraak dienen te doen.

⁽¹²⁾ *Parl. St.*, Vl. Parl., 1997-1998, nr. 1006/1, 62 e.v.

3. Het vijfde lid van de aanhef stelle men als volgt:

"Gelet op advies 37.755/1 van de Raad van State, gegeven op 18 november 2004, met toepassing van artikel 84, § 1, eerste lid, 1°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State;"

Artikel 1

In het tweede lid van artikel 1 moet het opschrift van het hogescholendecreet worden vermeld.

Artikel 3

Artikel 3 voorziet in de mogelijkheid van een facultatief verlof, in die zin dat het slechts kan worden toegestaan na een aanvraag daartoe uitgaande van het personeelslid.

Anders dan in de thans geldende regeling ⁽¹³⁾, lijkt het ontwerp - inzonderheid door het gebruik van het woord "kan" - een discretionaire bevoegdheid van het hogeschoolbestuur te impliceren om het verlof al of niet toe te staan. Volgens de gemachtigde ambtenaar is dat echter niet de bedoeling, zodat het ontwerp op dat punt moet worden aangepast.

⁽¹³⁾ Krachtens van artikel 315, § 2, van het hogescholendecreet, blijft de regeling die van kracht was op 1 januari 1996, van toepassing, in afwachting dat de Vlaamse Regering een nieuwe regeling vaststelt. Wat het administratief en technisch personeel betreft gaat het om de regeling opgenomen in titel II, hoofdstuk III, van het decreet van 28 april 1993 betreffende het onderwijs IV. Op grond van artikel 31 van het decreet van 28 april 1993 is het toekennen van het politiek verlof een automatisch gevolg van het verzoek van het personeelslid.

Artikel 4

Het is de Raad van State, afdeling wetgeving, niet geheel duidelijk waarom in artikel 4, in verband met het bepalen van het aantal inwoners van de gemeenten, ook wordt verwezen naar artikel 29 van de Nieuwe Gemeentewet ⁽¹⁴⁾. Het gaat om de regeling waarbij de gemeenten die behoren tot de klassen 1 tot 19 op hun verzoek door de Koning worden ingedeeld bij een hogere klasse dan die waartoe zij behoren op grond van hun bevolkingscijfer. Die regeling geldt krachtens artikel 29 echter slechts "voor de vaststelling van de weddeschaal verbonden aan het ambt van gemeentesecretaris". Indien het de bedoeling zou zijn voor het vaststellen van het aantal inwoners rekening te houden met een eventuele "klasseverheffing", volstaat een loutere verwijzing naar artikel 29 van de Nieuwe Gemeentewet derhalve niet.

Artikel 7

Uit artikel 7 blijkt de bedoeling aan de regeling uitwerking te verlenen met ingang van 1 januari 1996. De gemachtigde ambtenaar heeft die bedoeling als volgt toegelicht:

"De terugwerkende kracht heeft als bedoeling de toestand van personeelsleden ATP te regulariseren die vanaf 1 januari 1996 (inwerkingtreding nieuwe rechtspositieregeling) een politiek mandaat opnamen en hiervoor een TBS/PA opnamen. Het creëren van de mogelijkheid van politiek verlof laat hen toe een TBS/PA voor andere redenen op te nemen.

Tegelijkertijd met het reglementair initiatief van het ontwerp van besluit liepen er ook de decretale initiatieven van het zgn aanvullingsdecreet van 19 maart 2004 en het flexibiliseringsdecreet van 30 april 2004. Publicatiedata van deze 2 decreten zijn respectievelijk 10 juni en 12 oktober 2004.

Het aanvullingsdecreet voerde een regularisatieartikel in in het hogescholendecreet dat door het flexibiliseringsdecreet nog lichtjes werd gewijzigd.

(...)

⁽¹⁴⁾ Die verwijzing komt weliswaar ook voor in artikel 32 van het decreet van 28 april 1993 betreffende het onderwijs IV.

De overheid koos ervoor de terugwerkende kracht voorlopig toch in het ontwerp van besluit te laten staan, rekening houdend met de looptijd van de decretale legistieke procedures.

Aangezien deze twee decreten ondertussen definitief zijn goedgekeurd en gepubliceerd, is de terugwerkende kracht van het ontwerp van besluit niet langer nodig".

Artikel 337*bis* van het hogescholendecreet, ingevoegd door artikel V.77 van het decreet van 19 maart 2004 en aangevuld door artikel 101 van het decreet van 30 april 2004 betreffende de flexibilisering van het hoger onderwijs in Vlaanderen en houdende dringende hogeronderwijsmaatregelen, luidt:

"De leden van het administratief en technisch personeel die een door de Vlaamse regering nader te omschrijven politiek mandaat hebben uitgeoefend in de periode tussen 1 januari 1996 en de inwerkingtredingsdatum van het besluit van de Vlaamse regering dat het politiek [*sic*] voor de leden van het administratief en technisch personeel dient te regelen, worden geacht een politiek verlof overeenkomstig de bepalingen van genoemd besluit te hebben opgenomen".

Luidens artikel V.78 van het decreet van 19 maart 2004 heeft artikel V.77, dat artikel 337*bis* invoegt in het decreet van 13 juli 1994, uitwerking met ingang van 1 januari 1996. De tekstcorrectie door toevoeging van de woorden "en technisch" aan artikel 337*bis*, bij artikel 101 van het decreet van 30 april 2004, treedt luidens artikel 114 van het decreet van 30 april 2004 evenwel in werking op 1 januari 2003.

Aldus heeft de decreetgever de (retroactieve) temporele werking van het ontwerp bepaald, zodat er geen ruimte meer is voor de Regering om de inwerkingtreding op een andere datum in het verleden te bepalen. Artikel 7 dient derhalve hetzij uit het ontwerp te worden weggelaten, hetzij te worden omgevormd tot een bepaling waarbij de inwerkingtreding op een vast tijdstip in de toekomst wordt bepaald.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	J. BAERT,	staatsraad, voorzitter,
	J. SMETS, B. SEUTIN,	staatsraden,
	W. GEURTS,	griffier.

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

DE GRIFFIER,

DE VOORZITTER,

W. GEURTS

J. BAERT