

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 46.560/1
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 omtrent de evaluatie, maatregelen van orde en de tucht in het gemeenschapsonderwijs", 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 de evaluatie,

.../...

maatregelen van orde en tucht ¹ in het gemeenschapsonderwijs. Aan al die wijzigingen wordt terugwerkende kracht verleend (zie artikel 16 van het ontwerp).

De ontworpen wijzigingen hebben betrekking zowel op de evaluatieregeling (artikelen 1 en 2), de maatregelen van orde (artikelen 3 tot 6), de tuchtregeling (artikelen 1 en 7) en de raad van beroep (artikelen 9 tot 13). Er worden in het besluit van 22 mei 1991 ook hoofdstukken ingevoegd in verband met het beroep tegen het ontslag om dringende redenen (artikel 8), de kamer van beroep (artikel 14) en de procedure in beroep (artikel 15).

2.1. Voor de ontworpen wijzigingen wordt in het eerste lid van de aanhef rechtsgrond gezocht in de artikelen 22, 24, 41, 53*bis*, § 5, tweede lid, hoofdstuk VIII, hoofdstuk VIII*ter* en artikel 100*bis* van het decreet van 27 maart 1991 betreffende de rechtspositie van bepaalde personeelsleden van het Gemeenschapsonderwijs (hierna: rechtspositiedecreet).

De gemachtigde heeft evenwel laten weten dat in het eerste lid van de aanhef integendeel moet worden verwezen naar de artikelen 24, 52, 72, 73 en 100*bis* van het rechtspositiedecreet.

2.2. De wijzigingen inzake de evaluatieregeling hebben betrekking op het afstemmen van bepalingen van het besluit van 22 mei 1991 op bepalingen van het rechtspositiedecreet, zodat daarvoor in die bepalingen rechtsgrond kan worden gevonden (zie de artikelen 3, 30/, en 100*bis* van het decreet), evenals in artikel 41, § 1, eerste lid, en § 3, van het rechtspositiedecreet die de Vlaamse Regering ermee belasten om de nadere regels inzake de evaluatie en om de beroepsmogelijkheden te bepalen.

⁽¹⁾ Niet: "de tucht", zoals ten onrechte in het opschrift, in het tweede lid van de aanhef en in artikel 1 van het ontwerp is vermeld. Zie artikel 2 van het besluit van de Vlaamse Regering van 15 september 2000 tot wijziging van het besluit van de Vlaamse Regering van 22 mei 1991 omtrent de evaluatie van vastbenoemde personeelsleden, maatregelen van orde en de tucht in het gemeenschapsonderwijs en tot wijziging van het koninklijk besluit van 18 januari 1974 genomen ter toepassing van artikel 164 van het koninklijk besluit van 22 maart 1969 tot vaststelling van het statuut van de leden van het bestuurs- en onderwijzend personeel, van het opvoedend hulppersoneel, van het paramedisch personeel der inrichtingen voor kleuter, lager, buitengewoon, middelbaar, technisch, kunst- en normaalonderwijs van de Staat, alsmede der internaten die van deze inrichtingen afhangen en van de leden van de inspectiedienst die belast is met het toezicht op deze inrichtingen.

Voor de wijzigingen in verband met de maatregelen van orde kan rechtsgrond worden gevonden in de artikelen 58 (overplaatsing in het belang van de dienst), § 1, en 59 (preventieve schorsing), eerste lid, van het rechtspositiedecreet.

Artikel 69 van het rechtspositiedecreet biedt grond voor het wijzigen van de tuchtregeling.

Inzake het beroep tegen het ontslag om dringende redenen kan rechtsgrond worden ontleend aan artikel 24, zesde lid, van het rechtspositiedecreet, zoals dat lid ingevoegd is bij artikel VIII.9 van het decreet van 8 mei 2009 betreffende het onderwijs XIX ².

Voor de regeling in verband met de raad van beroep kan worden gesteund op artikel 100bis, § 3, van het rechtspositiedecreet.

Voor de regels inzake de kamer van beroep bieden de artikelen 72 en 73, eerste lid, van het rechtspositiedecreet grondslag.

De rechtsgrond voor het regelen van de procedure in beroep inzake tucht en ontslag om dringende redenen kan worden gevonden in de artikelen 24, zesde lid, en 73, eerste lid, van het rechtspositiedecreet.

De door de gemachtigde vermelde bepalingen, aangevuld met de artikelen 41, 58, 59, 69 en eventueel ook artikel 3, 30/, van het rechtspositiedecreet, strekken het ontwerp derhalve in beginsel tot rechtsgrond, behoudens wat hierna wordt opgemerkt.

2.2.1. Het decreet van 13 juli 2007 heeft nieuwe regels inzake de evaluatie ingevoegd in het rechtspositiedecreet (zie hoofdstuk VIII *ter* van dat laatste decreet). Op grond van artikel 100bis, § 2, van het rechtspositiedecreet gelden de decretale bepalingen inzake evaluatie "voor de personeelsleden van het gewoon en buitengewoon secundair onderwijs, het volwassenenonderwijs en de CLB's vanaf 1 september 2007"; "[v]oor de

⁽²⁾ Dit decreet is goedgekeurd door het Vlaams Parlement (*Parl. St.*, Vl. Parl., 2008-09, nr. 2159/5) en bekrachtigd door de Vlaamse Regering, maar op het moment dat dit advies wordt gegeven nog niet bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad.

personeelsleden van het basisonderwijs, het deeltijds kunstonderwijs, de autonome internaten en tehuizen, de semi-internaten en de opvangcentra gelden ze vanaf 1 september 2009".

Gelet daarop wordt in het ontworpen artikel *1bis*, tweede lid, van het besluit van 22 mei 1991 (artikel 2 van het ontwerp) bepaald dat het hoofdstuk in verband met de evaluatie met ingang van 1 september 2007 niet meer van toepassing is op de personeelsleden "aangesteld"³ in het gewoon en buitengewoon secundair onderwijs, het volwassenenonderwijs en de centra voor leerlingenbegeleiding (CLB's); met ingang van 1 september 2009 is het ook niet meer van toepassing "op de andere personeelsleden op wie het [rechtspositiedecreet] van toepassing is"⁴.

Het eerste lid van hetzelfde ontworpen artikel *1bis* vervangt het bestaande artikel *1bis*, waarin is bepaald dat het hoofdstuk in verband met de evaluatie van toepassing is "op de vastbenoemde personeelsleden en op de personeelsleden die tijdelijk zijn aangesteld voor doorlopende duur, bedoeld in artikel 2 van het decreet, met uitzondering van de instellingshoofden en de leden van de pedagogische begeleidingsdiensten"⁵. De twee categorieën die uitgezonderd werden, worden echter niet meer vermeld in het nieuwe eerste lid, zodat de personeelsleden die tot die categorieën behoren normaal onder de regeling zullen vallen.

Artikel 41, § 1, eerste lid, van het rechtspositiedecreet machtigt de Vlaamse Regering om de nadere regels vast te stellen "inzake de evaluatie van de in artikel 2 bedoelde personeelsleden die vast benoemd zijn en aangesteld zijn voor doorlopende duur, met uitzondering van de instellingshoofden en de leden van de pedagogische begeleidingsdiensten".

(3) Met die term wordt de indruk gewekt dat niet de vast benoemde personeelsleden zijn bedoeld, wat niet spoort met artikel 100*bis* van het rechtspositiedecreet.

(4) Zie eveneens het ontworpen artikel 23*bis* (artikel 9 van het ontwerp).

(5) Volgens artikel 3, 27/, van het rechtspositiedecreet dient onder 'instellingshoofd' te worden verstaan: "het hoofd van een instelling zoals bedoeld in artikel 2, § 1. Voor de pedagogische begeleidingsdienst wijst de afgevaardigd bestuurder een personeelslid van de pedagogische begeleidingsdienst als instellingshoofd aan".

Het is dan ook de vraag wat de rechtsgrond is voor de wijziging waarbij de instellingshoofden en de leden van de pedagogische begeleidingsdiensten onder het toepassingsgebied van hoofdstuk II van het besluit van 22 mei 1991 gebracht worden.

2.2.2. Artikel 24 van het rechtspositiedecreet moet volgens de gemachtigde rechtsgrond bieden onder meer voor de regeling van het beroep tegen een ontslag om dringende redenen.

Daarvoor kan inderdaad rechtsgrond worden gevonden in artikel 24, zesde lid, van het rechtspositiedecreet, zoals dat lid is ingevoegd door artikel VIII.9 van het decreet van 8 mei 2009. Die wijziging heeft echter slechts uitwerking met ingang van 1 september 2009⁶, zodat er geen rechtsgrond aan ontleend kan worden om een regeling met uitwerking voor het verleden in te voeren⁷.

2.2.3. Krachtens artikel 100*bis*, § 3, vierde lid, van het rechtspositiedecreet bepaalt de Vlaamse Regering de vergoedingen waarop de voorzitter en de plaatsvervangende voorzitter van de raad van beroep recht hebben.

2.2.3.1. Het ontworpen artikel 24, § 3, derde lid, van het besluit van 22 mei 1991 (artikel 10 van het ontwerp) voorziet evenwel ook in een vergoeding voor de secretaris van die raad, althans wanneer de zittingen geheel of gedeeltelijk buiten de normale diensttijd plaatsvinden.

Die bepaling kan derhalve niet worden gesteund op artikel 100*bis*, § 3, vierde lid, van het rechtspositiedecreet. Behoudens wanneer ervoor een andere rechtsgrond zou kunnen worden ingeroepen, dient het ontworpen artikel 24, § 3, derde lid, dan ook te vervallen.

⁽⁶⁾ Zie artikel VIII.63 van het onderwijsdecreet XIX.

⁽⁷⁾ Artikel 15 van het ontwerp heeft luidens artikel 16 uitwerking met ingang van 1 september 2008. Artikel 8, dat eveneens betrekking heeft op het beroep tegen het ontslag om dringende redenen, heeft dan weer uitwerking met ingang van 1 september 2007.

2.2.3.2. Het ontworpen artikel 24, § 4, van het besluit van 22 mei 1991 bepaalt daarenboven dat de leden van de raad 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 100*bis*, § 3, vierde lid, van het rechtspositiedecreet blijkt echter dat de Vlaamse Regering alleen gemachtigd is om vergoedingen toe te kennen aan de voorzitter en de plaatsvervangende voorzitter. Voor de ontworpen bepaling blijkt er dan ook geen rechtsgrond te zijn.

2.2.4. Krachtens artikel 72, tweede lid, van het rechtspositiedecreet bepaalt de Vlaamse Regering de vergoedingen waarop de voorzitter van de kamer van beroep recht heeft.

2.2.4.1. Het ontworpen artikel 33*ter*, § 5, van het besluit van 22 mei 1991 (artikel 14 van het ontwerp) voorziet evenwel ook in een reis- en dagvergoeding voor de leden van die raad.

Daarvoor biedt de vermelde bepaling geen rechtsgrond.

2.2.4.2. Het ontworpen artikel 33*quinqüies*, tweede lid, van het besluit van 22 mei 1991 bepaalt daarenboven dat de secretaris van de kamer van beroep een jaarlijkse forfaitaire vergoeding ontvangt als de zittingen geheel of gedeeltelijk plaatsvinden buiten de normale diensturen.

Ook daarvoor blijkt geen rechtsgrond voorhanden, gelet op artikel 72, tweede lid, van het rechtspositiedecreet.

2.2.5. Artikel 73, eerste lid, van het rechtspositiedecreet draagt de Vlaamse Regering op om "de redenen tot wraking" met betrekking tot de kamer van beroep te bepalen.

Luidens de ontworpen artikelen 33*octies*, § 1, derde lid, en 33*duodecies*, § 1, derde lid, van het besluit van 22 mei 1991 zijn de redenen tot wraking die welke voorkomen 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 73, eerste lid, 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.

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 van het ontwerp beoogt de definitie van 'raadsman' in artikel 1, 9/, 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 3, 30/, en 12*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 ⁸.

⁽⁸⁾ De schrapping van de woorden "de Raad voor" is overigens niet in overeenstemming met artikel 3, 30/, van het rechtspositiedecreet.

Artikel 2

1. Uit het ontworpen artikel *1bis*, tweede lid, van het besluit van 22 mei 1991 lijkt te volgen dat hoofdstuk II, dat wil zeggen de regeling in verband met de evaluatie, met ingang van 1 september 2009 volledig opgeheven wordt.

Indien dit effectief de bedoeling is, dan zal dat op de legistiek gebruikelijke wijze dienen te worden geregeld. In plaats van het tweede lid van het ontworpen artikel *1bis* zal het ontwerp moeten worden aangevuld met opheffingsbepalingen, namelijk enerzijds een bepaling tot opheffing van hoofdstuk II, met ingang van 1 september 2007, voor de personeelsleden van het gewoon en buitengewoon secundair onderwijs, het volwassenenonderwijs en de CLB's en anderzijds een bepaling tot algehele opheffing van het hoofdstuk met ingang van 1 september 2009.

Indien dit echter niet de bedoeling zou zijn, dan zal duidelijk moeten worden aangegeven voor welke categorieën van personeelsleden de regeling nog moet blijven gelden.

Deze opmerking geldt evenzeer voor het ontworpen artikel 23, tweede lid, van het besluit van 22 mei 1991 (artikel 9 van het ontwerp).

2. Wat het ontworpen derde lid van hetzelfde artikel betreft, dient te worden opgemerkt dat het opnemen van een dergelijke overgangsbepaling onnodig is, vermits dit reeds wordt geregeld door artikel *100bis*, § 3, van het rechtspositiedecreet.

Deze opmerking lijkt evenzeer te gelden voor het ontworpen artikel 23, derde lid, van het besluit van 22 mei 1991.

Artikel 4

In het ontworpen artikel *15bis* van het besluit van 22 mei 1991 wordt gesteld dat de regels in verband met de preventieve schorsing (afdeling 2 van hoofdstuk III) ook van toepassing zijn op de personeelsleden "vermeld in artikel 24, 4e lid, artikel *53bis*, § 5, (...) van het decreet".

Wellicht is bedoeld te verwijzen naar de personeelsleden die, met toepassing van de vermelde bepalingen, tijdens de beroepsprocedure preventief worden geschorst. Aangezien het om een mogelijkheid gaat, is het verwarrend te verwijzen naar alle personeelsleden vermeld in de bedoelde bepalingen zodat ook wordt gerefereerd aan die personeelsleden die níet preventief worden geschorst. Ter wille van de rechtszekerheid zal die verwijzing moeten worden aangepast.

Artikel 6

Het is niet duidelijk wat er verandert door de vervanging van artikel 17, § 2, van het besluit van 22 mei 1991.

Artikel 7

1. In het ontworpen artikel 19, § 8, tweede lid, van het besluit van 22 mei 1991 wordt bepaald dat de beslissing waarbij een tuchtstraf wordt opgelegd, "met redenen omkleed" moet zijn.

In zoverre hiermee wordt gedoeld op de verplichting tot formele motivering van de betrokken beslissing, is dergelijke bepaling 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 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 bestaat zonder dat zulks uitdrukkelijk wordt voorgeschreven.

Deze opmerking geldt eveneens voor de ontworpen artikelen 33*decies*, § 1, eerste lid, en 33*quaterdecies*, eerste lid, van het besluit van 22 mei 1991 (artikel 15 van het ontwerp), waar de woorden "met redenen omklede" geschrapt mogen worden.

2. Uit het ontworpen artikel 19, § 9, tweede en derde lid, volgt dat de brief waarmee de beslissing van de tuchtoverheid aan het personeelslid ter kennis wordt gebracht, de beroepsmogelijkheden dient te vermelden. Bij ontstentenis daarvan begint de beroepstermijn niet 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:

"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 20 (artikel 8 van het ontwerp).

Artikel 14

Het ontworpen artikel 33*sexies*, § 3, dient te vervallen aangezien het een herhaling is van artikel 72, eerste lid, 4/, van het rechtspositiedecreet.

Artikel 16

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 10 van het ontwerp, ontworpen artikel 24, § 3, eerste en tweede lid, van het besluit van 22 mei 1991) is de terugwerkende kracht aanvaardbaar, doch bij tal van bepalingen van het ontwerp is de retroactiviteit problematisch. Niet in het minst omdat, zoals reeds is opgemerkt, voor een aantal bepalingen van het ontwerp de rechtsgrond pas op 1 september 2009 in werking treedt en niet kan worden aangewend om een regeling met uitwerking vóór die datum in te voeren.

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