



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 70.997/1
van 9 maart 2022

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot wijziging van het besluit van de Vlaamse Regering van 26 februari 2021 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 2022 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Onderwijs, Sport, Dierenwelzijn en Vlaamse Rand verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot wijziging van het besluit van de Vlaamse Regering van 26 februari 2021 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’.

Het ontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 3 maart 2022. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Wouter PAS en Inge VOS, staatsraden, Michel TISON en Johan PUT, assessoren, en Greet VERBERCKMOES, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Barbara SPEYBROUCK, eerste auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 9 maart 2022.

*

STREKKING EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

1. Het om advies voorgelegde ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering strekt ertoe om het maximaal aantal meelooptrajecten voor directeur die tijdens het kalenderjaar 2022 in de verschillende onderwijsniveaus kunnen worden gefinancierd of gesubsidieerd, omwille van besparingen op de onderwijsbegroting 2022, tijdens het kalenderjaar 2022 te verminderen van 499 tot 324. Daartoe wordt artikel 15, § 1, van het besluit van de Vlaamse Regering van 26 februari 2021¹ vervangen (artikel 1 van het ontwerp). Aan het ontworpen besluit wordt uitwerking gegeven met ingang van 1 januari 2022 (artikel 2 van het ontwerp).

2.1. De bepalingen die in de rubriek “Rechtsgronden” worden opgesomd zijn dezelfde als die waarop een beroep werd gedaan als rechtsgrond voor het invoeren van de tijdelijke regeling van het verlof voor een meelooptraject voor directeur in de verschillende onderwijsniveaus. Daarover werd door de afdeling Wetgeving in haar advies 68.828/1 van 15 februari 2021² het volgende opgemerkt:

“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 centrumbesturen voor externe personen een nieuw wervingsambt als tijdelijk personeelslid kunnen creëren. De bepalingen van de Codificatie sommige bepalingen voor het onderwijs van

¹ Besluit van de Vlaamse Regering van 26 februari 2021 ‘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’.

² Adv.RvS 68.828/1 van 15 februari 2021 over een ontwerp dat heeft geleid tot het besluit van de Vlaamse Regering van 26 februari 2021 ‘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’, opmerking 2.

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.”

2.2. Het ontwerp strekt tot het vervangen van artikel 15, § 1, van het besluit van 26 februari 2021, waarin het maximaal aantal meelooptrajecten per onderwijsniveau wordt bepaald die kunnen worden gefinancierd of gesubsidieerd in de kalenderjaren 2021 en 2022.³ Deze financiering of subsidiëring heeft betrekking op de kostprijs van het aanstellen van een vervanger voor het overeenkomend volume van het toegestane verlof aan het personeelslid aangesteld in het onderwijs dat deelneemt aan het meelooptraject of van een externe persoon, die deelneemt aan het meelooptraject, als tijdelijk personeelslid in een niet-organieke betrekking in een wervingsambt.

2.3. Voor zover de ontworpen wijziging betrekking heeft op de financiering van de aanstelling van een vervanger 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. Er hoeft daarbij niet te worden verwezen naar artikel 77, eerste lid, van het decreet ‘rechtspositie personeelsleden gemeenschapsonderwijs’, artikel 51, eerste lid, van het decreet ‘rechtspositie personeelsleden gesubsidieerd onderwijs’ en artikel 17 van het decreet van 7 juli 2017 ‘betreffende de rechtspositie van de personeelsleden in de basiseducatie’, die de Vlaamse Regering opdragen de voorwaarden te bepalen waaronder een personeelslid een verlof dat gelijkgesteld is met dienstactiviteit kan opnemen, aangezien het ontwerp geen wijzigingen beoogt aan te brengen in de voorwaarden waaronder het verlof wordt toegekend aan het personeelslid aangesteld in het onderwijs dat deelneemt aan het meelooptraject (artikelen 13 en 15, § 2, van het besluit van de Vlaamse Regering van 26 februari 2021).

2.4. Wat de regeling inzake het aanstellen van een zij-instromer tijdens het meelooptraject als een tijdelijk personeelslid in een wervingsambt (artikelen 14 en 15, § 2, van het besluit van de Vlaamse Regering van 26 februari 2021) en de financiering daarvan (artikel 15, § 1, van het besluit van de Vlaamse Regering van 26 februari 2021) betreft, wordt in het voormeld advies 68.828/1 opgemerkt dat de rechtsgrond daarvoor onzeker is. Aan de aansporing om dit te verhelpen, is blijkbaar niet tegemoet gekomen.

Wat artikel 17, § 1,⁴ van het decreet ‘rechtspositie personeelsleden gemeenschapsonderwijs’, artikel 19, § 1, van het decreet ‘rechtspositie gesubsidieerd onderwijs’ en artikel 27 van het decreet van 7 juli 2017 ‘betreffende de rechtspositie van de personeelsleden in de basiseducatie’ betreft, dient te worden herhaald dat die bepalingen enkel voorwaarden

³ Overeenkomstig artikel 16 van het besluit van de Vlaamse Regering van 26 februari 2022 houdt de regeling op uitwerking te hebben op 31 december 2022.

⁴ Artikel 17, § 2, van het decreet rechtspositie personeelsleden gemeenschapsonderwijs werd opgeheven bij het decreet van 9 juli 2021.

bevatten waaronder een persoon als tijdelijk personeelslid kan worden aangesteld in het algemeen en dat deze bepalingen bijgevolg niet aangeven in welke gevallen de inrichtende machten of centrubesturen voor externe personen een nieuw wervingsambt als tijdelijk personeelslid kunnen creëren, laat staan dat die bepalingen rechtsgrond zouden kunnen bieden voor de financiering daarvan.

In zoverre opnieuw rechtsgrond wordt gezocht in de reeds vermelde bepalingen van de Codificatie sommige bepalingen voor het onderwijs van 28 oktober 2016, blijft de vaststelling dat deze rechtsgrond onzeker is omdat deze bepalingen enkel algemene machtigingen bevatten om onder meer de salarisschaal vast te stellen en bijgevolg geen machtiging om bijkomende ambten te subsidiëren. Ook nu dient erop te worden gewezen dat dit rechtsgrondprobleem zou moeten worden weggewerkt.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Aanhef

3. Rekening houdend met wat onder de randnummers 2.1 tot 2.4 is opgemerkt over de rechtsgrond en onder dat voorbehoud, kunnen de verwijzingen in de rubriek “Rechtsgronden” beperkt blijven tot een vermelding van de artikelen V.41 tot V.53 van de Codificatie sommige bepalingen voor het onderwijs van 28 oktober 2016. Dergelijke vermelding kan dan luiden:

“- de Codificatie sommige bepalingen voor het onderwijs van 28 oktober 2016, bekrachtigd bij het decreet van 23 december 2016, artikel V.41, gewijzigd bij het decreet van 16 juni 2017, de artikelen V.42 tot V.44, artikel V.45, gewijzigd bij het decreet van 9 juli 2021, artikel V.46, artikel V.47, gewijzigd bij het decreet van 16 juni 2017, artikelen V.48 tot V.50, artikel V.51, gewijzigd bij het decreet van 16 juni 2017, en de artikelen V.52 en V.53;”.

Artikel 2

4.1. Het te nemen besluit heeft uitwerking met ingang van 1 januari 2022, hetgeen impliceert dat de vermindering van het maximaal aantal meelooptrajecten die kunnen worden gefinancierd of gesubsidieerd tijdens het kalenderjaar 2022 met terugwerkende kracht wordt ingevoerd.

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 waarbij, met inachtneming van het gelijkheidsbeginsel, voordelen worden toegekend of in zoverre de retroactiviteit noodzakelijk is voor de continuïteit of de goede werking van het bestuur en daardoor, in beginsel, geen verkregen situaties worden aangetast.

De gemachtigde deelde in dat verband het volgende mee:

“De terugwerkende kracht van de maatregel tast geen verkregen situaties aan.

Scholen en inrichtende machten zijn reeds op de hoogte van de besparingsmaatregel en inkrimping van het aantal mogelijke meelooptrajecten voor het jaar 2022.

Sinds 1 januari 2022 en tot op heden hebben inrichtende machten voor het jaar 2022 een aanvraag voor een meelooptraject kunnen indienen bij het bevoegde agentschap – hetzij AGODI, hetzij AHOVOKS – en zijn die aanvragen steeds getoetst aan de voorziene contingenten, rekening houdend met de al opgelegde besparing.

Er zijn tot op heden dan ook geen trajecten afgewezen, noch ten onrechte toegekend omwille van de inkrimping van de oorspronkelijk voorziene contingenten.

In elk onderwijsniveau – uitgezonderd het volwassenenonderwijs waar het contingent vandaag volzet is – is ook vandaag nog ruimte om een meelooptraject aan te vragen en toe te kennen voor de volgende maanden.

De inkrimping van de contingenten en het aantal dat nog beschikbaar is, is ondertussen ook meegedeeld aan de scholen en inrichtende machten – met toestemming van de Vlaamse Regering – en opgenomen in de desbetreffende omzendbrief (Organisatie van een meelooptraject voor een kandidaat-directeur in het basisonderwijs, het deeltijds kunstonderwijs, het secundair onderwijs, het volwassenenonderwijs en de centra voor leerlingenbegeleiding – [PERS/2021/03](#)).”

De gemachtigde voegde daaraan het volgende toe:

“Er waren al aanvragen in 2021 die pas in 2022 zijn ingegaan, zelfs een paar voor september 2022.

En ook tussen 1 januari 2022 en nu zijn er aanvragen geweest die goedgekeurd zijn.

We hebben trouwens vanaf het ogenblik dat de besparing in het najaar van 2021 bekend werd, op vragen die vanuit schoolbesturen kwamen én op het onderhandelingscomité geantwoord dat de aanvragen voor 2022 konden blijven doorgaan en dat die zouden gevalideerd worden zolang er ruimte was/is op het ingeperkte contingent.

Iedereen die wou, heeft dus steeds een aanvraag kunnen blijven indienen en dit viel binnen het voorziene budget.”

4.2. Hoewel de gemachtigde bevestigt dat er tot nog toe voor het kalenderjaar 2022 geen aanvragen zijn afgewezen of ten onrechte zijn toegekend omwille van de inkrimping van de oorspronkelijk voorziene contingenten, lijkt de terugwerkende kracht toch problematisch mochten er voor de bekendmaking van het te nemen besluit nog aanvragen worden ingediend die in principe kunnen worden goedgekeurd onder het huidige voorziene aantal meelooptrajecten. Dit geldt in het bijzonder voor de aanvragen voor een meelooptraject in het volwassenenonderwijs. Immers, tot de bekendmaking vermag een inrichtende macht of een centrumbestuur er op grond van de geldende reglementering van uitgaan dat geen vermindering geldt.

Dat de voorziene vermindering reeds is bekendgemaakt aan de schoolbesturen via de aanpassing van de desbetreffende omzendbrief,⁵ is niet relevant aangezien in een omzendbrief niet kan worden vooruitgelopen op toekomstige regels.

De afdeling Wetgeving van de Raad van State heeft er reeds herhaaldelijk op gewezen dat het procedé waarbij een regeling onmiddellijk wordt opgelegd zonder het tot stand komen van de noodzakelijke decretale of reglementaire basis af te wachten, en waarbij aan die laatste dan, wanneer zij uiteindelijk tot stand komt, terugwerkende kracht wordt verleend voor zoveel tijd als nodig is om de reeds gangbare praktijk te bevestigen, ontoelaatbaar is.

Dit is vooreerst het geval omdat dergelijk procedé afwijkt van de normale regels die moeten worden gevolgd bij de totstandkoming van reglementaire bepalingen en het die regels dreigt uit te hollen, ten tweede, omdat het de beslissingsbevoegdheid van de Vlaamse Regering feitelijk aan banden legt, ten derde, omdat de inhoud van de ministeriële rondzendbrieven niet wordt bekendgemaakt op een wijze als bedoeld in artikel 190 van de Grondwet en, ten slotte, omdat het gevolgde procedé een bron van rechtsonzekerheid is voor de bestemmingen van de betrokken normen.

Uit wat voorafgaat volgt dat de terugwerkende kracht van het ontworpen besluit een aantal ernstige vragen oproept op het vlak van de toelaatbaarheid ervan.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Greet VERBERCKMOES

Marnix VAN DAMME

⁵ In die omzendbrief wordt vermeld dat in het kader van budgettaire besparingen op de onderwijsbegroting 2022 het aantal potentiële meelooptrajecten voor het kalenderjaar 2022 wordt verminderd. Er wordt daarin voorts meegedeeld: “In 2022 kunnen per onderwijsniveau nog maximum het hierna vermeld aantal meelooptrajecten toegestaan worden: (situatiedatum 26 januari 2022)

- in het basisonderwijs maximum 88 meelooptrajecten;
- in het secundair onderwijs maximum 74 meelooptrajecten;
- in het deeltijds kunstonderwijs maximum 7 meelooptrajecten;
- in het volwassenenonderwijs (CVO + CBE) zijn geen meelooptrajecten meer beschikbaar;
- in de CLB maximum 5 meelooptrajecten.”