

Rolnummers 4808 en 4809
Arrest nr. 106/2010 van 30 september 2010

A R R E S T

In zake : de prejudiciële vragen over artikel 36*bis* van het decreet van de Vlaamse Gemeenschap van 27 maart 1991 betreffende de rechtspositie van bepaalde personeelsleden van het Gemeenschapsonderwijs, zoals vervangen bij artikel IX.21 van het decreet van 14 februari 2003 betreffende het onderwijs XIV, gesteld door de Raad van State.

Het Grondwettelijk Hof,

samengesteld uit de voorzitters M. Bossuyt en M. Melchior, en de rechters R. Henneuse, E. De Groot, A. Alen, J.-P. Snappe en J. Spreutels, bijgestaan door de griffier P.-Y. Dutilleux, onder voorzitterschap van voorzitter M. Bossuyt,

wijst na beraad het volgende arrest :

*

* *

I. Onderwerp van de prejudiciële vragen en rechtspleging

a. Bij arrest nr. 197.779 van 13 november 2009 in zake (I) Siska Neyt en (II) Ann Pattyn tegen het Gemeenschapsonderwijs (I en II), waarvan de expeditie ter griffie van het Hof is ingekomen op 24 november 2009, heeft de Raad van State de volgende prejudiciële vraag gesteld :

« Schendt artikel 36bis, § 1, van het decreet van 27 maart 1991 betreffende de rechtspositie van bepaalde leden [lees : personeelsleden] van het Gemeenschapsonderwijs het artikel 24 van de Grondwet *juncto* de artikelen 33, 108 en 187, aldus geïnterpreteerd dat die bepaling aan inrichtende machten het recht ontzegt om de uitbreiding van de vaste benoeming, in hoofde van personeelsleden die reeds vast benoemd zijn in een deeltijdse betrekking en die in het verleden voldoening hebben gegeven, te weigeren op grond van het feit dat deze personeelsleden niet voldoen aan de door de inrichtende macht aanvullend opgestelde selectiecriteria ? ».

b. Bij arrest nr. 197.776 van 13 november 2009 in zake Dominica Vandewalle tegen het Gemeenschapsonderwijs, tussenkomende partij : Sabine Vandamme, waarvan de expeditie ter griffie van het Hof is ingekomen op 24 november 2009, heeft de Raad van State de volgende prejudiciële vraag gesteld :

« Schendt artikel 36bis van het decreet van 27 maart 1991 betreffende de rechtspositie van bepaalde personeelsleden van het Gemeenschapsonderwijs, zo uitgelegd dat het er aan in de weg staat dat een voorrangsgerechtigd personeelslid dat in het verleden voldoening heeft gegeven aan aanvullende selectievoorwaarden wordt onderworpen, de artikelen 10, 11 en 24 van de Grondwet ? ».

Die zaken, ingeschreven onder de nummers 4808 en 4809 van de rol van het Hof, werden samengevoegd.

Memories zijn ingediend door :

- Siska Neyt, wonende te 8920 Langemark, Cayennestraat 34;
- Ann Pattyn, wonende te 8600 Diksmuide, G. Gezellestraat 26;
- Dominica Vandewalle, die keuze van woonplaats doet te 1000 Brussel, Boudewijnlaan 20/21;
- het Gemeenschapsonderwijs, vertegenwoordigd door « Scholengroep 28 Westhoek », 8600 Diksmuide, Kaaskerkestraat 22;
- Sabine Vandamme, die keuze van woonplaats doet te 2540 Hove, Lintsesteenweg 740;
- het Gemeenschapsonderwijs en « Scholengroep 25 », die keuze van woonplaats doen te 2540 Hove, Lintsesteenweg 740;
- de Vlaamse Regering.

Memories van antwoord zijn ingediend door :

- Siska Neyt;
- Ann Pattyn;
- de Vlaamse Regering.

Op de openbare terechtzitting van 14 juli 2010 :

- zijn verschenen :

. Mr. N. Swartebroeckx *loco* Mr. I. Martens, advocaten bij de balie te Gent, voor Siska Neyt en Ann Pattyn;

. Mr. R. Rombaut, advocaat bij de balie te Antwerpen, voor Sabine Vandamme, voor het Gemeenschapsonderwijs en « Scholengroep 25 »;

. Mr. P. Devers, advocaat bij de balie te Gent, voor de Vlaamse Regering;

- hebben de rechters-verslaggevers E. De Groot en J. Spreutels verslag uitgebracht;
- zijn de voornoemde advocaten gehoord;
- zijn de zaken in beraad genomen.

De bepalingen van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof met betrekking tot de rechtspleging en het gebruik van de talen werden toegepast.

II. *De feiten en de rechtspleging in de bodemgeschillen*

In de zaak nr. 4808 vorderen S. Neyt en A. Pattyn de nietigverklaring voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van de beslissing van 17 januari 2007 van de raad van bestuur van de Scholengroep Westhoek om geen gunstig gevolg te geven aan de aanvraag van de verzoekende partijen voor uitbreiding van vaste benoeming van betrekking nr. 1006 met een volume van 12/24P, in het ambt van onderwijzer aan de basisschool « De Letterzee » Koksijde, met ingang van 1 januari 2007 en de nietigverklaring van de beslissing van onbekende datum om L. Moerman vast te benoemen in de betrekking nr. 1006, met ingang van 1 januari 2007. De verzoekende partijen beroepen zich op een schending van artikel 36*bis* van het decreet van 27 maart 1991 betreffende de rechtspositie van bepaalde personeelsleden van het Gemeenschapsonderwijs (hierna : « Rechtspositiedecreet »).

De afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State meent dat het voorrangrecht, zoals vastgesteld in artikel 36*bis* van het Rechtspositiedecreet, niet als een absoluut recht op benoeming is aan te merken en dat het voor het bestuur geen gebonden bevoegdheid creëert om de kandidaat die aan de gestelde voorwaarden voldoet, te benoemen. Evenwel laat artikel 36*bis* geen ruimte voor het bestuur om bij een concrete vacature plots een selectieprocedure te voeren. De verwerende partij, het Gemeenschapsonderwijs I en II, voert evenwel aan dat artikel 36*bis* van het Rechtspositiedecreet artikel 24 *junctis* de artikelen 33, 108 en 187 van de Grondwet zou schenden omdat die bepaling het schoolbestuur het recht zou ontzeggen om de uitbreiding van de vaste benoeming voor personeelsleden die reeds vast benoemd zijn in een deeltijdse betrekking te weigeren op grond van het feit dat die personeelsleden niet voldoen aan de door de inrichtende macht opgestelde selectiecriteria.

De afdeling bestuursrechtspraak stelt dienaangaande bovenvermelde prejudiciële vraag aan het Hof, maar benadrukt dat achter de vraagstelling een meer complex geheel schuilt dan de enkele lectuur van de vooropgestelde vraag doet vermoeden. Allereerst oordeelt de afdeling bestuursrechtspraak dat de decreetgever de vrijheid van het Gemeenschapsonderwijs maar beperkt heeft in zoverre het een personeelslid betreft dat in het verleden geen blijk heeft gegeven van onbekwaamheid. Bovendien wenst, volgens de afdeling bestuursrechtspraak, het Gemeenschapsonderwijs van het Hof te vernemen of een bijkomende selectieprocedure toelaatbaar is, overeenkomstig artikel 36*bis*, wanneer ze is toegespitst op een zeer specifieke te begeven betrekking.

In de zaak nr. 4809 vordert D. Vandewalle de nietigverklaring voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van (1) de beslissing van 17 december 2007 van de raad van bestuur waarbij de vacant verklaarde betrekking 2502038 aan het KTA Brugge, met ingang van 1 januari 2008 via vaste benoeming wordt toegewezen aan S. Vandamme, (2) de beslissing van de raad van bestuur van 26 februari 2008 waarbij de beslissing van 17 december 2007 wordt gehandhaafd en (3) de uit de eerste en tweede beslissing voortvloeiende impliciete weigering om de verzoekende partij met ingang van 1 januari 2008 vast te benoemen in de vacant verklaarde betrekking 2502038. De verzoekende partij beroept zich op een schending van artikel 36*bis* van het Rechtspositiedecreet.

De afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State is van oordeel dat artikel 36*bis* van het Rechtspositiedecreet is geschonden. Het voorrangrecht, zoals vastgesteld in het voormelde artikel 36*bis*, is niet als een absoluut recht op benoeming aan te merken en het creëert voor het bestuur geen gebonden bevoegdheid om de kandidaat die aan de gestelde voorwaarden voldoet te benoemen. Evenwel sluit die voorrang niet uit dat het schoolbestuur redenen kan aanvoeren om de kandidaat die zich op de voorrangregeling beroept niet te benoemen. Die redenen moeten evenwel steunen op objectieve elementen uit het dossier van de betrokkene, in het bijzonder met betrekking tot zijn bewezen beroeps(on)bekwaamheid. Artikel 36*bis* van het Rechtspositiedecreet laat geen ruimte voor het bestuur om bij een concrete vacature plots een bijkomende selectieprocedure te voeren.

De verwerende en de tussenkomende partij werpen een mogelijke schending op van de artikelen 10, 11 en 24 van de Grondwet door artikel 36*bis* van het Rechtspositiedecreet. De Raad van State merkt op dat hij die vraag niet zelf mag beantwoorden en stelt bovenvermelde prejudiciële vraag aan het Hof.

III. *In rechte*

- A -

A.1.1. D. Vandewalle voert aan dat artikel 36*bis* van het decreet van 27 maart 1991 betreffende de rechtspositie van bepaalde personeelsleden van het Gemeenschapsonderwijs (hierna : « Rechtspositiedecreet ») een voorrangrecht instelt bij concurrentie van kandidaten, zonder onder hen een recht op benoeming te verlenen. Dit betekent dat een kandidaat die voldoet aan de formele vereisten met het oog op een benoeming en voorrang voor benoeming geniet op andere kandidaten, aanspraak kan maken op zijn vaste benoeming voor zover er geen redenen voorhanden zijn die een weigering kunnen wettigen. Die voorrang sluit niet uit dat een schoolbestuur valabele argumenten kan aanvoeren om de kandidaat met voorrangrecht alsnog niet te benoemen, maar die valabele argumenten kunnen alleen betrekking hebben op de gebreken in de beroepsbekwaamheid van de voorrangsgerechtigde kandidaat. Die beroeps(on)bekwaamheid kan alleen blijken uit de meest recente evaluatie (artikel 36, § 1, 4°, van het Rechtspositiedecreet).

A.1.2. Volgens D. Vandewalle is de in artikel 36*bis* van het Rechtspositiedecreet neergelegde voorrangregeling op meervoudige wijze beperkt, namelijk tot de personen die deeltijds vast benoemd zijn, tot een uitbreiding van benoeming in hetzelfde ambt als het ambt waarin de personeelsleden reeds deeltijds benoemd zijn en tot de scholengroep waarin de personeelsleden reeds deeltijds benoemd zijn. De decreetgever heeft evenwel aan de bevoegde organen van de scholengroep van het Gemeenschapsonderwijs de instrumenten gegeven om te verhinderen dat een personeelslid dat deeltijds vast benoemd is in eenzelfde ambt in één of meer scholen van de scholengroep maar daarin geheel of gedeeltelijk disfunctioneert, van de voorrangregeling gebruik zou kunnen maken. De bevoegde organen kunnen immers dat personeelslid bij een evaluatie « onvoldoende » toekennen.

A.1.3. Wat betreft de mogelijke schending van de artikelen 10, 11 en 24 van de Grondwet meent D. Vandewalle dat zowel de functiebeschrijvingen als de evaluaties dienen te worden gezien als constructieve en positieve beleidsinstrumenten die het mogelijk maken een autonoom personeelsbeleid te voeren dat gericht is op het verstrekken van kwaliteitsvol onderwijs. De voorrangsregeling garandeert dat in beginsel alleen niet-disfunctionerende personeelsleden voorrang krijgen voor de uitbreiding van hun benoeming in het ambt dat ze reeds als vastbenoemd personeelslid uitoefenen binnen dezelfde scholengroep.

A.1.4. Wat betreft de mogelijke schending van artikel 24 van de Grondwet voert D. Vandewalle aan dat de evaluatie kan worden opgevat als een instrument om iemand niet te benoemen, in zoverre die niet-benoeming kwaliteitsvol onderwijs garandeert, minstens verhindert dat onbekwame personeelsleden onderwijs zouden verstrekken, inzonderheid als vastbenoemden.

Daarnaast meent D. Vandewalle dat het Hof geen decreetsbepalingen rechtstreeks mag toetsen aan de artikelen 33, 108 en 187 van de Grondwet. Bovendien valt niet in te zien hoe artikel 108 van de Grondwet kan zijn geschonden door een decreetsbepaling, terwijl artikel 108 betrekking heeft op de bevoegdheden van de Koning. In laatste instantie kan hetzelfde worden opgemerkt ten aanzien van artikel 187 van de Grondwet, vermits de grondwetsbepaling alleen inhoudt dat de gecoördineerde Grondwet noch geheel noch ten dele kan worden geschorst, terwijl van een dergelijke schorsing geen sprake is.

A.2.1. Allereerst merken S. Neyt en A. Pattyn op dat de prejudiciële vraag in de zaak nr. 4808 gedeeltelijk onontvankelijk is, omdat overeenkomstig artikel 26, § 1, van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof het Hof enkel bevoegd is te oordelen of artikel 36*bis* van het Rechtspositiedecreet artikel 24 van de Grondwet schendt. Voor de andere grondwetsartikelen is het Hof niet bevoegd.

A.2.2. Volgens S. Neyt en A. Pattyn schendt artikel 36*bis* van het Rechtspositiedecreet artikel 24 van de Grondwet niet, daar de vrijheid om personeel te kiezen dat wordt tewerkgesteld met het oog op de verwezenlijking van de eigen onderwijsdoelstellingen niet daardoor wordt ingeperkt. De scholengroep behoudt nog steeds de vrijheid om personeel te kiezen; op het ogenblik dat zij personeel aanwerft, kiest zij wie zij als personeelslid het meest geschikt acht. De benoemingsvoorwaarden, vastgelegd in het Rechtspositiedecreet, dienen te zijn vervuld, maar zij behoudt de volledige vrijheid te kiezen wie zij vast benoemt en wie niet.

Artikel 36*bis* van het Rechtspositiedecreet betreft een voorrangsrecht van gedeeltelijk vastbenoemden op tijdelijke personeelsleden. Met andere woorden, het betreft personeelsleden die reeds een selectie hebben doorgemaakt en reeds als meest geschikte kandidaat uit de bus zijn gekomen. De scholengroep heeft op het ogenblik van de eerste vaste benoeming van een personeelslid reeds een keuze gemaakt of die persoon voldoet of niet. Op dat ogenblik heeft de scholengroep zelf gekozen om dat personeelslid als geschikt personeelslid vast te benoemen. Voor de uitbreiding van de vaste benoeming en voorrang op de tijdelijke personeelsleden heeft de gedeeltelijk vastbenoemde kandidaat reeds bewezen dat hij voldoet. Tevens bestaat er een buffer voor de tussenperiode want als men een evaluatie « onvoldoende » heeft gekregen, dan kan men geen beroep doen op de voorrangsregel. Indien men in tussentijd geen « onvoldoende » heeft gekregen, heeft men bewezen dat men als personeelslid nog steeds geschikt is. Op geen enkele manier houdt artikel 36*bis* van het Rechtspositiedecreet een inperking in op de onderwijsvrijheid.

A.2.3. S. Neyt en A. Pattyn zijn van mening dat indien het Hof van oordeel zou zijn dat artikel 36*bis* van het Rechtspositiedecreet in strijd zou zijn met artikel 24 van de Grondwet, dit een totale uitholling van artikel 36*bis* tot gevolg zou hebben. Dit zou de inrichtende macht bij iedere verdere benoeming van een deeltijds vastbenoemd personeelslid de mogelijkheid geven te heroverwegen of een personeelslid het « waard is » om verder benoemd te worden.

Bovendien dient te worden opgemerkt dat alvorens een personeelslid bij een inrichtende macht vast benoemd kan worden, hij minstens drie volledige schooljaren moet hebben gefunctioneerd. Pas in het vierde schooljaar kan hij worden benoemd. Dit wil zeggen dat een personeelslid dat uitbreiding vraagt van zijn vaste benoeming dit ten vroegste kan doen na vier volledige schooljaren te hebben lesgegeven bij dezelfde inrichtende macht. Die inrichtende macht heeft het personeelslid minstens vier maal kunnen evalueren, heeft hem minstens één maal onderworpen aan de eigen aanvullende criteria en zou dan over de mogelijkheid moeten kunnen beschikken om bij uitbreiding van vaste benoeming tot de vaststelling te komen dat het personeelslid niet geschikt is.

A.3.1. De verwerende partij voor de verwijzende rechter in de zaak nr. 4808, het Gemeenschapsonderwijs vertegenwoordigd door Scholengroep 28 Westhoek, meent dat de prejudiciële vraag bevestigend moet worden beantwoord. De artikelen 24, 33, 108 en 187 van de Grondwet worden geschonden wanneer een inrichtende macht elke appreciatie wordt ontzegd over de kandidatuur van de voorrangsgerechtigde; die absolute voorrang, die neerkomt op een rechtsplicht tot benoemen, is niet de enige mogelijke interpretatie van artikel 36*bis* van het Rechtspositiedecreet. Men kan artikel 36*bis* ook zo interpreteren dat het personeelslid dat uitbreiding van vaste benoeming vraagt, eerst wordt getoetst aan de selectiecriteria van de betrekking die voor elke kandidaat gelden.

A.3.2. Volgens de verwerende partij voor de verwijzende rechter in de zaak nr. 4808 wordt de reden voor artikel 36*bis* en de voorrang die erin vervat zit, gekoppeld aan de evaluatie van de vastbenoemde personeelsleden. Die evaluatie wordt geregeld in artikel 73*octies* van het Rechtspositiedecreet. Maar artikel 73*octies* is geen duidelijke aanwijzing dat een reeds benoemd personeelslid ook zal voldoen in de vacante betrekking. De evaluatie is immers gebaseerd op een geïndividualiseerde functiebeschrijving, specifiek opgesteld voor de functies die het personeelslid in één betrekking dient uit te oefenen. Wanneer andere functies worden opgelegd in het vacante ambt, is die ervaring mogelijkwerijs niet relevant.

A.3.3. De verwerende partij voor de verwijzende rechter in de zaak nr. 4808 wenst te benadrukken dat het algemene karakter van de prejudiciële vraag ertoe kan leiden dat uit het oog wordt verloren dat de betwisting die voor de Raad van State wordt gevoerd een voorbeeld is van een vacante betrekking waarbij men zeer specifieke eisen dient te stellen aan een kandidaat in de selectiecriteria. Niet elke betrekking is gelijk, vandaar dat aan sommige betrekkingen bij de oproep tot de kandidaten een code P wordt toegevoegd; dit is het teken dat het gaat om een betrekking die specifieke functievereisten heeft omdat les dient te worden gegeven in een methodeschool, een topsportschool, een internaat, enz.

Volgens de verwerende partij voor de verwijzende rechter worden de kandidaten ongelijk behandeld. Het criterium om het onderscheid tussen kandidaten te maken (de eerdere vaste benoeming) is niet relevant voor het beoogde doel, namelijk het benoemen van de beste kandidaat.

Ook artikel 24, § 4, van de Grondwet wordt geschonden omdat voormeld grondwetsartikel voorziet in de gelijkheid van onderwijsinstellingen, op voorwaarde dat rekening wordt gehouden met de objectieve verschillen van de inrichtende machten. Voor het gesubsidieerd onderwijs geldt een soortgelijke voorrangregeling in het decreet van 27 maart 1991 betreffende de rechtspositie van sommige personeelsleden van het gesubsidieerd onderwijs en de gesubsidieerde centra voor leerlingenbegeleiding (artikel 35, § 3). Overeenkomstig voormeld artikel kan een inrichtende macht die verschillende scholen onder zich heeft tijdelijke personeelsleden in concurrentie laten treden met de zogenaamde voorrangsgerechtigden, wat niet kan in het Gemeenschapsonderwijs.

A.4.1. Allereerst merkt de Vlaamse Regering op dat de bedoelde voorrangregeling van artikel 36*bis* van het Rechtspositiedecreet niet kan worden opgevat als een absoluut recht op benoeming en dat het geen gebonden bevoegdheid creëert voor het bestuur om de kandidaat die voldoet aan de bepaalde voorwaarden te benoemen. Die voorrang sluit evenwel niet uit dat het schoolbestuur redenen kan aanvoeren om de kandidaat die zich op de voorrangregeling beroept toch niet te benoemen, maar die redenen moeten steunen op objectieve elementen, te putten uit het dossier van de betrokkene, in het bijzonder met betrekking tot zijn/haar bewezen beroeps(on)bekwaamheid. Sinds het decreet van 14 februari 2003 zijn die redenen alleen en uitsluitend in verband te brengen met het bepaalde in artikel 36, § 1, eerste lid, 4°, van het Rechtspositiedecreet, dit is als laatste evaluatie of beoordeling, geen evaluatie of beoordeling met eindconclusie « onvoldoende » hebben verkregen. Alleen daaruit is een bewijs van beroepsonbekwaamheid af te leiden. De bedoelde voorrangregeling laat niet toe dat het bestuur ertoe zou overgaan bij een concrete vacature plots een bijkomende selectieprocedure te voeren, die het mogelijk zou maken de voorrangregeling buiten spel te zetten. Derhalve heeft de decreetgever, door het instellen van de voorrangregeling, de benoemingsvrijheid van een schoolbestuur maar beperkt in zoverre het een personeelslid betreft dat zich op de bedoelde regeling kan beroepen en dat in het verleden geen blijk heeft gegeven van beroepsonbekwaamheid.

A.4.2. Vervolgens meent de Vlaamse Regering dat de prejudiciële vraag in de zaak nr. 4808 dient beperkt te worden tot een mogelijke schending van artikel 24 van de Grondwet. De Vlaamse Regering ziet niet in welke grondwettelijke problematiek ter zake aan de orde zou kunnen zijn.

A.4.3. Aangaande de prejudiciële vraag in de zaak nr. 4809 merkt de Vlaamse Regering op dat het onderscheid in behandeling tussen tijdelijke personeelsleden die nog vast benoemd zijn en personeelsleden die wel vast benoemd zijn, maar slechts in een betrekking van onvolledige prestaties, berust op een objectief

criterium, te weten het al dan niet, vooraf aan de invulling van een vacant verklaarde betrekking, deeltijds vast benoemd zijn. Dit onderscheid in behandeling is tevens pertinent en proportioneel, uitgaande van de bijzondere situatie in het onderwijs waar deeltijdse vaste benoemingen niet de keuze zijn van betrokken titularis, maar een rechtsgevolg zijn van de in het onderwijs gehanteerde regelgeving, zijnde de systematiek van de urenpakketten, berekend op basis van de leerlingenaantallen binnen de betrokken scholengroep, waardoor het aantal betrekkingen, en het deeltijds dan wel voltijds aspect ervan, *per se* variabel is.

Bovendien is de in artikel 36*bis*, § 1, bedoelde voorrangregeling, enerzijds, voorwaardelijk en, anderzijds, niet absoluut. Ze is voorwaardelijk omdat de personeelsleden die reeds deeltijds vast benoemd zijn, op de voorrangregeling slechts kunnen aanspraak maken voor zover de bedoelde vacature zich aandient binnen dezelfde scholengroep, in hetzelfde ambt en zij ofwel houder zijn van het vereiste bekwaamheidsbewijs voor de aangeboden prestaties, ofwel houder zijn van een voldoende geacht bekwaamheidsbewijs. Het is niet absoluut omdat, opdat de voorrangregeling geldt, de personeelsleden die reeds deeltijds vast benoemd zijn, tevens, bij uitbreiding van hun vaste benoeming, dienen te voldoen aan de vereisten van de vaste benoeming zelf, zoals die zijn vastgelegd in artikel 36, § 1, 4^o, van het Rechtspositiedecreet. Ook mag de bedoelde voorrangregeling slechts worden toegepast wanneer ter zake geen verplichte reffectatie of wedertewerkstelling dient te worden toegepast, en er zich geen nieuwe affectatie of mutatie heeft aangediend.

In het kader van het gelijkheidsbeginsel was het dan, volgens de Vlaamse Regering, een legitieme beleidsopie vanwege de regelgever om de bedoelde voorrangregeling in te stellen, teneinde de rechtszekerheid voor de reeds voordien deeltijds vastbenoemde personeelsleden te versterken en zo de potentiële uitval uit het onderwijs van die categorie van personeelsleden tegen te gaan.

A.4.4. Aangaande de prejudiciële vraag in de zaak nr. 4808 voert de Vlaamse Regering aan dat volgens de rechtspraak van het Hof de onderwijsvrijheid de vrijheid van de inrichtende macht omvat om het personeel te kiezen dat wordt tewerkgesteld met het oog op de verwezenlijking van de eigen onderwijsdoelstellingen en tevens de vrijheid om de opdracht van die personeelsleden vast te leggen en hun prestaties te regelen (arresten nrs. 34/98 en 19/99). Die vrijheid is evenwel niet onbegrensd en verzet zich niet ertegen dat de bevoegde wetgever eraan beperkingen stelt, op voorwaarde dat die redelijk verantwoord zijn en evenredig met het doel en de gevolgen van de maatregel. De vrijheid van onderwijs staat evenmin eraan in de weg dat de decreetgever maatregelen neemt die op de onderwijsinstellingen van algemene toepassing zijn, ongeacht de eigenheid van het door hen verstrekte onderwijs.

Echter, het is de Raad voor het Gemeenschapsonderwijs die bevoegd is voor het algemeen beleid van het Gemeenschapsonderwijs en voor het pedagogisch beleid, maar diezelfde Raad, en ook de raden van bestuur van de scholengroepen, worden, wanneer het gaat om het personeelsbeleid, beperkt door artikel 65 van het bijzonder decreet van 14 juli 1998. In die omstandigheden komt het voor dat het Gemeenschapsonderwijs het vereiste belang mist om zich te beroepen op een schending van de onderwijsvrijheid, wanneer het gaat om een bepaling betreffende het administratief statuut van het personeel van het Gemeenschapsonderwijs, hetwelk de bijzondere decreetgever, toepassing makende van artikel 24, § 2, van de Grondwet, heeft voorbehouden aan de decreetgever en zo de autonomie van het Gemeenschapsonderwijs heeft ingeperkt.

A.5.1. De tussenkomende partij en de verwerende partij voor de verwijzende rechter in de zaak nr. 4809 voeren aan dat de onderwijsvrijheid, zoals bepaald in artikel 24, § 1, van de Grondwet, de actieve vrijheid inzake onderwijs waarborgt op vrij absolute wijze. Daarbij wordt geen enkel onderscheid gemaakt tussen de aard van de betrokken adressaten van de actieve onderwijsvrijheid. Het Gemeenschapsonderwijs kan worden gekwalificeerd als drager van de actieve onderwijsvrijheid die ook aan de overige inrichtende machten toekomt, waardoor het Gemeenschapsonderwijs onderwijs vrij kan oprichten en organiseren, zonder afbreuk te doen aan de neutraliteitseis voortvloeiend uit artikel 24, § 1, derde en vierde lid, van de Grondwet en binnen de perken van de onderwijsregeling. De bevoegdheid van de onderwijsregelgever impliceert echter geenszins dat het Gemeenschapsonderwijs op geen enkele wijze normerend zou kunnen optreden; een behoorlijke organisatie van onderwijs binnen de eigen onderwijsinrichtende bevoegdheden vereist immers een minimale reglementaire bevoegdheid om de eigen werkingsaspecten te kunnen beheersen.

Noch de decreetgever, noch de Vlaamse Regering hebben normen uitgevaardigd die zich verzetten tegen een minimale kwaliteitscontrole van kandidaten voor vaste benoeming in de zin van een minimale score die bij een aantal selectiecriteria moet worden behaald. Tevens is de organiseerbaarheid van een minimale kwaliteitscontrole binnen het huidige decretale kader niet onverenigbaar met de huidige rechtspraak van de Raad van State en de mogelijkheid om kwaliteitsvol onderwijs te verstrekken staat in een directe relatie met de

grondwettelijk verankerde passieve onderwijsvrijheid, die niet louter een recht op onderwijs inhoudt, maar ook een recht op degelijk onderwijs.

A.5.2. Volgens de tussenkomende en de verwerende partij voor de verwijzende rechter in de zaak nr. 4809 wordt artikel 24, § 1, van de Grondwet geschonden wanneer artikel 36*bis* van het Rechtspositiedecreet zo moet worden geïnterpreteerd dat het zich verzet tegen elke marginale kwaliteitstoets en een absoluut recht op benoeming voor voorrangsgerechtigde deeltijds benoemden inhoudt. De vrijheid van onderwijs houdt immers minimaal het recht in om personen niet te benoemen wanneer blijkt dat zij niet beantwoorden aan de door de inrichtende macht gestelde minimale kwaliteitseisen.

Bovendien wordt het Gemeenschapsonderwijs ingericht als een openbare dienst met een zelfstandige bevoegdheid (artikel 24, § 2, van de Grondwet). Die autonomie moet ten volle worden ingezet voor de inrichting van neutraal onderwijs waarbinnen een keuzemogelijkheid bestaat tussen de verschillende levensbeschouwingen (artikel 24, § 3, tweede lid, van de Grondwet).

Elke openbare dienst is per definitie opgericht om te voldoen aan een bepaalde collectieve behoefte. Die behoefte is in het geval van het Gemeenschapsonderwijs grondwettelijk verankerd in die zin dat het onderwijs neutraal dient te zijn en dat binnen het georganiseerde onderwijs onderricht moet worden aangeboden in één van de erkende levensbeschouwingen. Aan die grondwettelijk omkaderde behoefte wordt niet voldaan door de oprichting alleen van een autonoom orgaan. De grondwettelijk gewaarborgde bestendigheid van de openbare dienst (artikelen 108 en 187 van de Grondwet) noopt ertoe dat bij aanstellingen en benoemingen rekening kan worden gehouden met een minimale bekwaamheid om de betrekking adequaat in te vullen. De continue invulling van die behoefte aan onderwijs in de zin van artikel 24, § 1, derde en vierde lid, van de Grondwet komt in het gedrang wanneer de inrichtende macht niet over de middelen beschikt om kennelijk ondermaats presterende kandidaten te weren.

Een grondwetsconforme interpretatie van artikel 36*bis* van het Rechtspositiedecreet leidt ertoe te oordelen dat alle kandidaten voor een benoeming op de aanwezigheid van een minimale beroepsbekwaamheid worden getest.

A.5.3. De tussenkomende partij en de verwerende partij voor de verwijzende rechter in de zaak nr. 4809 menen dat artikel 36*bis* van het Rechtspositiedecreet het gelijkheidsbeginsel schendt wanneer het zo moet worden uitgelegd dat het een absolute voorrang inhoudt voor deeltijds benoemden die manifest ondermaats presteren op objectief door het Gemeenschapsonderwijs vastgesteld criteria. Het voordeel van de gelijkmatige loopbaanopbouw voor deeltijds vastbenoemden weegt in die lezing niet op tegen het nadeel dat wordt geleden door het Gemeenschapsonderwijs, dat zijn grondwettelijk en decretaal opgelegde taken niet naar behoren kan invullen zonder controlemogelijkheden aangaande de kwaliteit van het benoemde personeel, en door de overige personeelsleden, die met verve geslaagd zijn in een kwaliteitsproef en zich gepasseerd weten door een ondermaats presterende kandidaat.

A.6.1. S. Neyt en A. Pattyn antwoorden dat de voorrangsregeling van artikel 36*bis* van het Rechtspositiedecreet niet absoluut is, omdat personeelsleden die reeds deeltijds vast benoemd zijn, moeten voldoen aan de vereisten opgelegd in artikel 36, § 1; dit betekent dat zij als laatste evaluatie geen « onvoldoende » mogen hebben in het betrokken ambt. Heeft men een « onvoldoende », dan kan men zich niet beroepen op de voorrangsregeling.

A.6.2. Vervolgens menen S. Neyt en A. Pattyn dat het Gemeenschapsonderwijs zich verschuilt achter het feit dat het zou gaan om een methodeschool en een code P werd toegevoegd aan de betrekking. Die code is, volgens hen, volledig irrelevant, omdat het een louter administratieve toevoeging is die een scholengroep kan aanbrengen bij een vacant verklaarde betrekking. Die toevoeging heeft geen juridische grondslag en kan geen beperking veroorzaken van de statutaire rechten van de personeelsleden.

A.6.3. Als laatste element wijzen zij erop dat de verwijzing naar artikel 35, § 3, van het decreet van 27 maart 1991 irrelevant is. Ten eerste is de verwijzing zonder voorwerp geworden, ten tweede was zij bedoeld om voor een zeer specifieke groep voorrangsgerechtigde tijdelijken hun benoemingsmogelijkheden te vrijwaren en ten derde had artikel 35, § 3, niets te maken met het speciale karakter van een betrekking.

Wat hieruit wel kan worden afgeleid is dat als er een beperking van het principe moet zijn, die beperking decretaal moet worden geregeld.

- B -

Wat de in het geding zijnde bepaling betreft

B.1.1. De prejudiciële vragen hebben betrekking op artikel 36*bis*, § 1, van het decreet van de Vlaamse Gemeenschap van 27 maart 1991 betreffende de rechtspositie van bepaalde personeelsleden van het Gemeenschapsonderwijs (hierna : « Rechtspositiedecreet »), zoals vervangen bij artikel IX.21 van het decreet van 14 februari 2003 betreffende het onderwijs XIV. Die bepaling stelt een voorrangregeling in met betrekking tot de invulling van een vacant verklaarde betrekking door vaste benoeming.

B.1.2. Artikel 36*bis*, § 1, van het Rechtspositiedecreet bepaalt :

« De vastbenoemde personeelsleden die een betrekking met onvolledige prestaties in hoofdamt uitoefenen, hebben, met het oog op de uitbreiding van hun vaste benoeming voorrang op alle tijdelijke personeelsleden voor vacant verklaarde betrekkingen, op voorwaarde dat zij :

1° ofwel in het bezit zijn van het vereiste bekwaamheidsbewijs voor de aangeboden prestaties en zij daarenboven in de scholengroep vast benoemd werden voor hetzelfde ambt;

2° ofwel in het bezit zijn van een voldoende geacht bekwaamheidsbewijs en zij daarenboven in de scholengroep vast benoemd werden in hetzelfde ambt, en voor de leraren in dezelfde vakken of specialiteiten als de aangeboden prestaties ».

De voormelde voorwaarden zijn alternatief en hebben betrekking op verschillende onderwijsambten.

B.1.3. Artikel 36*bis*, § 1, van het Rechtspositiedecreet dient in samenhang te worden samen gelezen met, enerzijds, artikel 35 van het Rechtspositiedecreet en de daar ingeschreven beperkingen aangaande de toewijzing van een vacant verklaarde betrekking in een wervingsambt door middel van een vaste benoeming en, anderzijds, artikel 36, § 1, van het Rechtspositiedecreet, dat betrekking heeft op de voorwaarden voor de benoeming in vast verband, inzonderheid 1° (de vereiste dienstanciënniteit in het betrokken ambt) en 4° (de evaluatie).

B.2.1. Overeenkomstig de rechtspraak van de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, is de in artikel 36*bis*, § 1, van het Rechtspositiedecreet bedoelde voorrangregeling niet aan te merken als een absoluut recht op benoeming en creëert het voor de inrichtende macht geen gebonden bevoegdheid om de kandidaat die aan de voorwaarden voldoet, te benoemen. Immers, de voorrang bij uitbreiding sluit niet uit dat het schoolbestuur redenen kan aanvoeren om de kandidaat die zich erop beroept, niet te benoemen.

Die redenen zijn, sinds het decreet van 14 februari 2003 betreffende het onderwijs XIV, enkel in verband te brengen met artikel 36, § 1, eerste lid, 4^o, van het Rechtspositiedecreet. Die ingevoerde benoemingsvoorwaarde dient zo te worden begrepen dat de redenen die een weigering tot uitbreiding van een vaste benoeming kunnen wettigen, in beginsel zullen moeten blijken uit de meest recente evaluatie, waarbij aan het schoolbestuur een geëigend instrument ter beschikking wordt gesteld om aan personeelsleden die niet voldoen, de uitbreiding van hun vaste benoeming te weigeren.

B.2.2. In haar verwijzingsarrest in de zaak nr. 4808 merkt de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State op dat de decreetgever, door het instellen van de voorrangregeling, de benoemingsvrijheid van een schoolbestuur slechts beperkt in zoverre het een personeelslid betreft dat zich op artikel 36*bis*, § 1, kan beroepen en dat in het verleden geen blijk heeft gegeven van beroepsonbekwaamheid.

Wat de prejudiciële vraag in de zaak nr. 4808 betreft

B.3.1. Met de prejudiciële vraag in de zaak nr. 4808 wenst de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van het Hof te vernemen of artikel 36*bis* van het Rechtspositiedecreet bestaanbaar is met artikel 24 van de Grondwet, in samenhang gelezen met de artikelen 33, 108 en 187 ervan, in die zin geïnterpreteerd dat het aan inrichtende machten het recht ontzegt de uitbreiding van de vaste benoeming te weigeren aan personeelsleden die reeds vast benoemd zijn in een deeltijdse betrekking en die in het verleden voldoening hebben gegeven, waarbij die weigering gegrond is op de omstandigheid dat die personeelsleden niet voldoen aan de door de inrichtende macht aanvullend opgestelde selectiecriteria.

B.3.2. Aangaande de mogelijke schending van de artikelen 33, 108 en 187 van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 24 ervan, wordt door de verwerende partij voor de verwijzende rechter in de zaak nr. 4808 opgemerkt dat de voormelde artikelen worden geschonden wanneer aan een inrichtende macht elke appreciatie zou worden ontzegd over de kandidatuur van de voorrangsgerechtigde.

B.3.3. Zoals de Vlaamse Regering aangeeft, preciseren de bewoordingen van de vraag en de motieven van de verwijzingsbeslissing niet op welke wijze de artikelen 33, 108 en 187 van de Grondwet zouden kunnen zijn geschonden door artikel 36*bis* van het Rechtspositiedecreet; de prejudiciële vraag in de zaak nr. 4808 is dus enkel ontvankelijk in zoverre een mogelijke schending van artikel 24 van de Grondwet wordt opgeworpen.

B.3.4. Uit de motivering van het verwijzingsarrest blijkt dat, door artikel 24 van de Grondwet te beogen, de Raad van State de bedoeling heeft te verwijzen naar de bij artikel 24, § 1, gewaarborgde vrijheid van onderwijs.

B.4.1. Volgens de parlementaire voorbereiding drukt de in het geding zijnde bepaling de wil van de overheid uit om de rechtspositie van het personeel van de verschillende netten zo transparant en zo eenvoudig mogelijk te maken in het raam van de invoering van het stelsel van de tijdelijk aangestelden (*Parl. St.*, Vlaams Parlement, 2002-2003, nr. 1355/1, p. 3). De parlementaire voorbereiding stelt in dat verband dat de in het geding zijnde bepaling werd aangepast teneinde rekening te houden met de invoering van de mogelijkheid van tijdelijke aanstelling van doorlopende duur :

« Het invoeren van de tijdelijke aanstelling van doorlopende duur in het basisonderwijs en het deeltijds kunstonderwijs heeft eveneens gevolgen op de principes voor vaste benoeming in een wervingsambt. De tijdelijke aanstelling voor doorlopende duur wordt ook in voormelde onderwijsniveaus een voorwaarde voor vaste benoeming.

De [artikelen] 36, 36*bis*, 36*ter*, 36*quater* en 36*quinquies* van het decreet rechtspositie worden aangepast aan voormeld principe » (*ibid.*, p. 65).

Aangaande de invoering van de tijdelijke aanstelling van doorlopende duur werd opgemerkt :

« Het recht op een tijdelijke aanstelling van doorlopende duur vereenvoudigt de voorrangsregeling en maakt het concept transparant voor alle personeelsleden. De invoering ervan zorgt er trouwens voor dat maar één voorrangsregeling meer bestaat.

[...]

[...] Het is bovendien zo dat dit principe geldig is voor alle personeelsleden, ongeacht het net waartoe ze behoren.

[...]

§ 2. We onderscheiden nog twee soorten tijdelijke aanstellingen :

- De tijdelijke aanstelling van beperkte duur

Tijdelijke personeelsleden kunnen worden aangesteld voor beperkte duur. Dit betekent een aanstelling in een niet-vacante betrekking ter vervanging van een titularis (voor beperkte duur of voor een volledig schooljaar) of een aanstelling in een vacante betrekking voor een volledig schooljaar.

- De tijdelijke aanstelling van doorlopende duur

Als het [personeelslid] aan een aantal specifieke voorwaarden beantwoordt, verkrijgt het een ' voorrangsrecht ' ten aanzien van andere tijdelijke personeelsleden. Het bekomt aldus het recht op een aanstelling van doorlopende duur » (*ibid.*, p. 62).

B.4.2. De decreetgever maakt uitdrukkelijk melding van volgende overweging :

« Vanuit de idee van vereenvoudiging en eenheid tussen de onderwijsniveaus worden in het basisonderwijs en het deeltijds kunstonderwijs tijdelijke aanstellingen van doorlopende duur mogelijk gemaakt. De huidige voorrangsregeling wordt op gelijke voet gebracht met de andere onderwijsniveaus » (*ibid.*, p. 3).

B.4.3. De door artikel 24, § 1, van de Grondwet gewaarborgde vrijheid van onderwijs is niet onbegrensd en verzet zich niet ertegen dat de decreetgever, met het oog op verzekeren van de kwaliteit van het met overheidsmiddelen verstrekte onderwijs, maatregelen neemt die op de onderwijsinstellingen van algemene toepassing zijn.

B.4.4. De bekritiseerde beperking van de vrije personeelskeuze vloeit te dezen voort uit een maatregel die uitgaat van de overheid en die, genomen in het ruimere verband van vereenvoudiging en transparantie van de regelgeving inzake onderwijs, specifiek bedoeld is om de positie van de deeltijds vastbenoemden te verstevigen ten aanzien van de nieuw ingevoerde tijdelijk aangestelden.

Die bepaling kan als dusdanig niet worden beschouwd als een inbreuk op de vrijheid van onderwijs, behoudens indien zou blijken dat de concrete beperkingen die door de in het geding zijnde bepaling aan die vrijheid worden gesteld, niet redelijk verantwoord zouden zijn.

B.4.5. Te dezen kan de in het geding zijnde bepaling niet als dusdanig worden beschouwd vermits de in de prejudiciële vraag bedoelde mogelijkheid voor de inrichtende machten om de uitbreiding van de vaste benoeming te weigeren van personeelsleden die reeds vast benoemd zijn in een deeltijdse betrekking en die in het verleden voldoening hebben gegeven, niet zou toelaten de rechten te waarborgen die de decreetgever aan die personen heeft willen geven op het moment van het invoeren van een nieuw statuut, te weten de tijdelijk aangestelden.

Bovendien dient, rekening houdend met wat is uiteengezet in B.1.1 tot B.1.3, te worden vastgesteld dat de voorrangregeling enkel geldt voor personeelsleden die beantwoorden aan de voorwaarden bepaald in artikel 36*bis*, § 1, en die tevens blijken te geven van beroepsbekwaamheid.

B.4.6. De prejudiciële vraag in de zaak nr. 4808 dient ontkennend te worden beantwoord.

Wat de prejudiciële vraag in de zaak nr. 4809 betreft

B.5. Met de prejudiciële vraag in de zaak nr. 4809 wenst de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van het Hof te vernemen of het voormelde artikel 36*bis* bestaanbaar is met de artikelen 10, 11 en 24 van de Grondwet, in die zin geïnterpreteerd dat het « er aan in de weg staat dat een voorrangsgerechtigd personeelslid dat in het verleden voldoening heeft gegeven aan aanvullende selectievoorwaarden wordt onderworpen ».

B.6.1. Artikel 36*bis*, § 1, van het Rechtspositiedecreet voert een verschil in behandeling in tussen de tijdelijke personeelsleden die nog niet vast benoemd werden en de personeelsleden die in een betrekking van onvolledige prestatie reeds vast benoemd zijn, doordat de laatstgenoemden, mits zij voldoen aan de voorwaarden van het vereiste bekwaamheidsbewijs of van een voldoende geacht bekwaamheidsbewijs, en mits de vacante betrekking zich aandient binnen dezelfde scholengroep en hetzelfde ambt betreft en, in geval van een voldoende geacht

bekwaamheidsbewijs, mits het om dezelfde vakken of specialiteiten gaat, bij wijze van uitbreiding van hun vaste benoeming, voorrang genieten op de tijdelijke personeelsleden.

B.6.2. Er kan worden aangenomen dat voormeld onderscheid in behandeling verantwoord is. Immers, de bijzondere situatie van het onderwijs, waar deeltijdse benoemingen zelden overeenstemmen met de keuze van de titularis ervan, maar een gevolg zijn van de in het onderwijs toepasbare regelgeving, noopt tot de invoering van een dergelijke voorrangsregeling, teneinde de risico's van vertrek van leden van het onderwijzend personeel te beperken.

B.6.3. De in artikel 36*bis*, § 1, uitgewerkte voorrangsregeling is bovendien voorwaardelijk vermits de deeltijds vastbenoemde personeelsleden pas op de regeling een beroep kunnen doen voor zover de bedoelde vacature zich aandient binnen dezelfde scholengroep, in hetzelfde ambt en zij ofwel houder zijn van het vereiste bekwaamheidsbewijs voor de aangeboden prestaties, ofwel houder zijn van een voldoende geacht bekwaamheidsbewijs, en, in dat geval moet het dezelfde vakken of specialiteiten betreffen. De voorrangsregeling is tevens niet absoluut omdat de personeelsleden die zich wensen te beroepen op artikel 36*bis*, § 1, van het Rechtspositiedecreet, tevens dienen te voldoen aan de vereisten van de vaste benoeming zelf, zoals die zijn vastgelegd in artikel 36, § 1, 4^o, van het Rechtspositiedecreet, te weten als laatste evaluatie of beoordeling in het betrokken ambt geen evaluatie of beoordeling met eindconclusie « onvoldoende » hebben gekregen.

B.6.4. De prejudiciële vraag in de zaak nr. 4809 dient ontkennend te worden beantwoord.

Om die redenen,

het Hof

zegt voor recht :

- Artikel 36*bis*, § 1, van het decreet van de Vlaamse Gemeenschap van 27 maart 1991 betreffende de rechtspositie van bepaalde personeelsleden van het Gemeenschapsonderwijs schendt artikel 24 van de Grondwet niet in zoverre het de inrichtende machten het recht ontzegt de uitbreiding van de vaste benoeming te weigeren van personeelsleden die reeds vast benoemd zijn in een deeltijdse betrekking en die in het verleden voldoening hebben gegeven, wanneer die weigering gebaseerd is op de omstandigheid dat die personeelsleden niet voldoen aan door de inrichtende macht aanvullend opgestelde selectiecriteria.

- Dezelfde bepaling schendt de artikelen 10, 11 en 24 van de Grondwet niet in zoverre zij het niet mogelijk maakt de uitbreiding van de vaste benoeming van personeelsleden die reeds vast benoemd zijn in een deeltijdse betrekking en die in het verleden voldoening hebben gegeven, aan aanvullende selectievoorwaarden te onderwerpen.

Aldus uitgesproken in het Nederlands en het Frans, overeenkomstig artikel 65 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof, op de openbare terechtzitting van 30 september 2010.

De griffier,

De voorzitter,

P.-Y. Dutilleux

M. Bossuyt