

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 32.065/1

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, eerste kamer, op 27 juli 2001 door de Vlaamse minister van Onderwijs en Vorming verzocht haar van advies te dienen over een ontwerp van besluit van de Vlaamse regering "inzake de organisatie van onthaalonderwijs voor anderstalige nieuwkomers in het gewoon voltijds secundair onderwijs", heeft op 11 oktober 2001 het volgende advies gegeven :

STREKKING VAN HET ONTWERP

Het om advies voorgelegde ontwerp van besluit regelt de organisatie van onthaalonderwijs voor anderstalige nieuwkomers in het voltijds secundair onderwijs. Het ontwerp geeft hiermee uitvoering aan artikel 50, § 5, 7°, van het decreet van 31 juli 1990 betreffende het onderwijs - II, dat in een onthaaljaar voorziet, bestemd om Nederlandsonkundige leerlingen met een andere dan de Belgische of Nederlandse nationaliteit de Nederlandse taal aan te leren, teneinde hen in staat te stellen verder secundair onderwijs te volgen en hen te integreren in het secundair onderwijs (zie ook artikel 1, § 2, van het ontwerp).

Het ontwerp bepaalt de normen waaraan leerlingen moeten voldoen om beschouwd te worden als "anderstalige nieuwkomer" (artikel 2, § 2), de formele voorwaarden in hoofde van de deelnemende scholen (artikel 3), alsook de voorwaarden (o.m. inzake het wekelijkse lesrooster en de aanwending van de specifieke uren/leraar) waaraan het onthaalonderwijs kwalitatief moet voldoen (artikelen 4 tot 6).

Het ontwerp dient in de plaats te komen van de bestaande regeling, opgenomen in het besluit van de Vlaamse regering van 6 september 1995 betreffende de organisatie van een onthaaljaar voor anderstalige nieuwkomers in het voltijds secundair onderwijs. Grosso modo wordt de bestaande regeling overgenomen, met enkele belangrijke wijzigingen. Onder meer wordt geen maximum aantal onderwijsinstellingen meer bepaald dat het onthaalonderwijs kan organiseren en wordt het aantal anderstalige nieuwkomers niet meer relatief (minder dan 50 % van het totaal aantal regelmatig ingeschreven leerlingen), maar absoluut bepaald (minstens 25 leerlingen).

VOORAFGAANDE VORMVEREISTEN

Volgens artikel 5 van de wet van 29 mei 1959 tot wijziging van sommige bepalingen van de onderwijswetgeving (hierna : schoolpactwet), moet aan fundamentele onderwijshervormingen een "overleg onder de afgevaardigden van de inrichtende machten" voorafgaan. Onder "fundamentele hervorming" dient volgens dezelfde bepaling te worden verstaan "een wijziging in de algemene oriëntering of de duur van de studiën en in de voorwaarden van toelating en overgang van de leerlingen".

Het komt de Raad van State voor dat alvast het vaststellen van de in het ontwerp opgenomen voorwaarden voor toelating tot het onthaaljaar (zie artikel 2, § 2, van het ontwerp) als een fundamentele hervorming in de zin van artikel 5 van de schoolpactwet te kwalificeren is.

De wetgever had, toen hij de verplichting tot overleg onder de afgevaardigden van de inrichtende machten voor fundamentele onderwijshervormingen met de wet van 11 juli 1973 ⁽¹⁾ instelde, een overleg tussen de onderwijsnetten voor ogen over de voorgenomen fundamentele onderwijshervorming. Tijdens de parlementaire behandeling werd de draagwijdte ervan immers als volgt toegelicht :

"De Minister wijst op het belang van dit artikel, dat een wijziging brengt aan artikel 5 van de wet van 29 mei 1959, en waarin de stap wordt gezet van de confrontatie der standpunten naar het overleg tussen de onderwijs-netten. (...)" ⁽²⁾.

Er wordt geen enkel stuk voorgelegd waaruit blijkt dat aan de in het ontwerp vervatte regeling een overleg is voorafgegaan als bedoeld in het voormelde artikel 5 van de schoolpactwet. Dat de inrichtende machten ook vertegenwoordigd zijn bij de onderhandelingen met de vakorganisaties, kan dit gebrek niet verhelpen.

De hiernavolgende opmerkingen moeten dan ook met dat voorbehoud worden gelezen.

RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

1. De rechtsgrond voor het ontwerp is in de eerste plaats te vinden in artikel 50, § 5, 7°, van het decreet van 31 juli 1990 betreffende het onderwijs - II.

Deze bepaling laat toe dat in het voltijds secundair onderwijs, buiten de driegradenstructuur, een onthaaljaar wordt georganiseerd dat ertoe strekt Nederlands-onkundige leerlingen met een andere dan de Belgische of Nederlandse nationaliteit de Nederlandse taal aan te leren, teneinde hen in staat te stellen verder secundair onderwijs

⁽¹⁾ Artikel 3 van de wet van 11 juli 1973 houdende wijziging van de wet van 29 mei 1959 betreffende het bewaarschoolonderwijs, het lager, middelbaar, normaal-, technisch, kunst- en buitengewoon onderwijs.

⁽²⁾ Parl. St., Kamer, 1972-73, nr. 635/3, 8.

te volgen. Volgens dit artikel bepaalt de Vlaamse regering daartoe : a) het maximum aantal onderwijsinstellingen dat dergelijk onthaaljaar mag organiseren, b) de inrichtingscriteria, c) het minimum lessenrooster en d) de data voor de telling van het aantal leerlingen in het onthaaljaar met het oog op de vaststelling van het pakket uren/leraar van de onthaalklassen.

De artikelen 1 tot 4 en 7 van het ontwerp geven uitvoering aan deze opdracht van de Vlaamse regering. Het vereiste onder a) wordt echter niet uitgewerkt, aangezien het ontwerp enkel een minimumaantal leerlingen per school bepaalt. Deze voorwaarde is echter moeilijk in te passen in de rechtsgrond, die uitdrukkelijk een maximumaantal scholen vooropstelt. Indien men wil afstappen van de zogenaamde contingentering, zal het decreet van 31 juli 1990 moeten worden gewijzigd.

2. Ook de volgende bepalingen van het decreet van 31 juli 1990 dienen als rechtsgrond voor het ontwerp te worden ingeroepen :

- artikel 3, § 2, is als rechtsgrond vereist voor artikel 9, § 1, van het ontwerp (bepaling puntengewicht voor berekening van de werkingstoelagen).
- artikel 59, 1°, biedt bijkomende rechtsgrond voor de artikelen 5 en 6 van het ontwerp (berekening van het aantal uren/leraar).
- artikel 84quater draagt de regering op om de toelatingsvoorwaarden voor het secundair onderwijs te bepalen, en vervolledigt de rechtsgrond voor artikel 2 van het ontwerp.

3. Artikel 5, § 1, van het decreet van 17 juli 1991 betreffende inspectie, Dienst voor Onderwijsontwikkeling en pedagogische begeleidingsdiensten kan worden ingeroepen als rechtsgrond voor de opdracht die in artikel 6, § 1, van het ontwerp aan de onderwijsinspectie wordt gegeven.

4. Artikel 8, § 1, van het ontwerp vindt geen rechtsgrond in de voornoemde decretale bepalingen. De rechtspositie van de betrokken personeelsleden wordt beter

geregeld in de respectieve besluiten betreffende de rechtspositie, waarbij telkens beroep gedaan kan worden op de noodzakelijke en relevante rechtsgrond.

5. Artikel 8, § 2, van het ontwerp vormt een bevestiging van wat bepaald is in artikel 43 van het decreet van 27 maart 1991 betreffende de rechtspositie van bepaalde personeelsleden van het gemeenschapsonderwijs en in artikel 34 van het decreet van 27 maart 1991 betreffende de rechtspositie van sommige personeelsleden van het gesubsidieerd onderwijs en de gesubsidieerde centra voor leerlingenbegeleiding. Deze bepaling is dus eigenlijk overbodig. Indien ze desondanks toch wordt gehandhaafd, vormen de zo-even genoemde bepalingen de rechtsgrond ervan. ⁽³⁾

6. Ook artikel 9, § 2, van het ontwerp is overbodig, want deze bepaling is een loutere bevestiging van artikel 36, 2°, van het bijzonder decreet van 14 juli 1998 betreffende het gemeenschapsonderwijs.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Aanhef

1. Het eerste lid van de aanhef moet worden vervolledigd met de andere artikelen van het decreet van 31 juli 1990 die het ontwerp tot rechtsgrond strekken. Deze bepaling kan derhalve als volgt worden geredigeerd :

"Gelet op het decreet van 31 juli 1990 betreffende het onderwijs-II, inzonderheid op artikel 3, § 2, gewijzigd bij het decreet van 21 december 1994, artikel 50, § 5, 7°, ingevoegd bij het decreet van 21 december 1994, artikel 59, gewijzigd bij de decreten van 21 december 1994 en 8 juli 1996, en artikel 84quater, ingevoegd bij het decreet van 12 juni 1991;"

⁽³⁾ Dit veronderstelt wel dat de betrekkingen in het onthaaljaar voor anderstalige nieuwkomers beschouwd kunnen worden als betrekkingen die "slechts voor een beperkte duur kunnen worden ingericht". Dit is zeker het geval indien de deelname van een school afhankelijk is van een of andere vorm van toelating, zoals uit artikel 3, 1°, van het ontwerp lijkt te volgen (zie evenwel de opmerking die bij dat artikel wordt gemaakt).

2. De vermelding van de rechtspositiedecreten in het tweede en het derde lid dient te worden geschrapt.

3. Het tweede lid kan worden vervangen door een verwijzing naar artikel 5, § 1, van het decreet van 17 juli 1991 betreffende inspectie, Dienst voor Onderwijsontwikkeling en pedagogische begeleidingsdiensten.

4. Het derde lid kan worden vervangen door een verwijzing naar het besluit van de Vlaamse regering van 6 september 1995, dat bij artikel 10 van het ontwerp wordt opgeheven. Deze aanhefverwijzing dient te luiden :

"Gelet op het besluit van de Vlaamse regering van 6 september 1995 betreffende de organisatie van een onthaaljaar voor anderstalige nieuwkomers in het voltijds secundair onderwijs, gewijzigd bij de besluiten van de Vlaamse regering van 22 september 1998, 20 april 2001 en 11 mei 2001;".

5. In het lid van de aanhef waarin wordt verwezen naar de onderhandelingen gevoerd in het overkoepelend onderhandelingscomité kan beter het precieze opschrift van het desbetreffende protocol worden overgenomen. Men schrijve derhalve : "... gevoerd werden in de vergadering van het overkoepelend onderhandelingscomité vrij gesubsidieerd onderwijs".

6. De verwijzing naar het advies van de Raad van State, afdeling wetgeving, stelle men als volgt :

"Gelet op advies 32.065/1 van de Raad van State, gegeven op 11 oktober 2001, met toepassing van artikel 84, eerste lid, 1°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State;".

Voorafgaande opmerking bij het bepalend gedeelte

In beginsel is het wetgevingstechnisch af te raden om artikelen in te delen in paragrafen wanneer elke paragraaf slechts uit één lid bestaat. Het ontwerp zal vanuit dat oogpunt moeten worden herzien.

Artikelen 1 en 2

Een meer logische opbouw van het ontwerp bestaat erin artikel 1 te beperken tot de omschrijving van het toepassingsgebied van de ontworpen regeling (huidig artikel 1, § 1) en de omschrijving van het doel dat met het onthaalonderwijs wordt nagestreefd (huidig artikel 1, § 2) onder te brengen in artikel 2, § 1.

Indien op deze suggestie wordt ingegaan, dient ook de verwijzing naar artikel 1, § 2, in artikel 6, § 1, tweede lid, van het ontwerp te worden aangepast.

Artikel 3

1. Uit de in artikel 3, 1°, van het ontwerp opgenomen voorwaarde volgt strikt genomen alleen dat de betrokken scholengemeenschap een aanvraag en een "raamplan"⁽⁴⁾ moet indienen. Er mag echter worden verondersteld dat het de bedoeling van de stellers van het ontwerp is te voorzien in een of andere vorm van goedkeuring of beoordeling van de ingediende aanvraag en van het ingediende raamplan, zoniet zou zeker de voorwaarde van het indienen van een raamplan inhoudsloos zijn. Die bedoeling zou beter tot uiting moeten worden gebracht in de tekst van het ontwerp.

2. In 1° en 2° is sprake van "een latere datum in het (betrokken) schooljaar". Dit hangt samen met het feit dat, aangezien de in- en uitstroom van asielzoekers fluctueert, het onthaalonderwijs niet noodzakelijk samenvalt met een schooljaar, maar op eender welke datum van start kan gaan. De in 1° en 2° vermelde data

⁽⁴⁾ Uit het ontwerp valt trouwens niet af te leiden wat daarmee precies wordt bedoeld en wat dergelijk raamplan precies dient in te houden.

van respectievelijk 1 september en 1 oktober gelden dus enkel wanneer men gedurende een volledig schooljaar een onthaaljaar wil inrichten. De bedoeling van de stellers zou duidelijker tot uiting moeten komen in de tekst van het ontwerp.

3. In de nota aan de regering wordt gesteld dat het organisatieniveau van het onthaalonderwijs best wordt gekoppeld aan de scholengemeenschap, omdat de nodige expertise en knowhow dan gebundeld kunnen worden. Op zich is hiertegen geen bezwaar, tenzij de regeling zou inhouden dat enkel scholen die deel uitmaken van een scholengemeenschap voor het organiseren van onthaalonderwijs in aanmerking kunnen komen.

De tekst van artikel 3 lijkt nochtans dit laatste in te houden, aangezien telkens verwezen wordt naar de scholengemeenschap. Het is immers de scholengemeenschap die een aanvraag en een raamplan indient. En ook wordt uitdrukkelijk als voorwaarde gesteld dat een school van de scholengemeenschap als contactpunt wordt aangewezen.

Deze regeling sluit dus scholen uit die geen deel uitmaken van een scholengemeenschap, zoals bijvoorbeeld sommige methodescholen. Vastgesteld moet worden dat het criterium van onderscheid niet pertinent is ten aanzien van het nagestreefde doel, zodat deze regeling strijdt met het gelijkheidsbeginsel, neergelegd in de artikelen 10, 11 en 24 van de Grondwet ⁽⁵⁾.

Artikel 6

In artikel 6, § 1, tweede lid, van het ontwerp wordt bepaald dat de specifieke subsidiëring of financiering aan de scholen wordt stopgezet wanneer blijkt dat de doelstellingen van het onthaalonderwijs niet worden nagestreefd. In artikel 6, § 2, wordt daarenboven bepaald dat de stopzetting slechts het daaropvolgende schooljaar ingaat.

⁽⁵⁾ Zie in dit verband : Arbitragehof, nr. 14/2000, 2 februari 2000, B.4.1 tot B.4.4.

Deze bepaling wijkt af van artikel 57, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de rijkscomptabiliteit, waarin wordt voorzien in een onmiddellijke terugbetaling van de toelage indien de toelagetrekker de voorwaarden niet naleeft waaronder de toelage verleend werd (1°), indien hij de toelage niet aanwendt voor de doeleinden waarvoor ze verleend werd (2°) en indien hij de controle, bedoeld in artikel 56 van de gecoördineerde wetten, verhindert (3°).

In dat verband moet worden opgemerkt dat, luidens artikel 50, § 2, derde lid, van de bijzondere wet van 16 januari 1989 betreffende de financiering van de gemeenschappen en de gewesten, de federale wet de algemene bepalingen vaststelt op het stuk van de controle inzake het verlenen en het gebruik van subsidies. Krachtens artikel 71, § 1, van diezelfde bijzondere wet zijn, "tot de inwerkingtreding van de wet bedoeld in artikel 50, § 2, (...) de vigerende bepalingen betreffende (...) de controle op het verlenen en het gebruik van subsidies (...) van overeenkomstige toepassing op de gemeenschappen en de gewesten".

Uit die bepalingen van de bijzondere financieringswet en uit de parlementaire voorbereiding ervan blijkt dat het de gemeenschappen en de gewesten niet toekomt inzake de controle op het verlenen en het gebruik van subsidies "algemene bepalingen" vast te stellen, zelfs niet door de bestaande algemene bepalingen te hernemen, maar dat ze alleen bevoegd zijn om "buiten dit wettelijk kader (...) in deze materies specifieke regels te bepalen" ⁽⁶⁾.

De bevoegdheid om ter zake "specifieke regels" vast te stellen moet - volgens de verklaringen van de Minister van Financiën in de bevoegde Kamercommissie - in die zin worden begrepen dat "de gemeenschappen en gewesten die (door de federale wetgever vastgestelde) regels (eigenlijk) alleen maar strenger (kunnen) maken (en er) niet (kunnen van) afwijken" ⁽⁷⁾. Het vaststellen van dergelijke strengere regels inzake de controle op het verlenen en het gebruik van subsidies komt evenwel alleen de decreet- of ordonnantiegever toe, niet de regering.

⁽⁶⁾ Zie memorie van toelichting bij het ontwerp dat de bijzondere wet van 16 januari 1989 is geworden (Parl. St., Kamer, 1988-1989, nr. 635/1, 37).

⁽⁷⁾ Parl. St., Kamer, 1988-89, nr. 635/18, 543.

Uit wat voorafgaat volgt dat artikel 6, § 1, tweede volzin, en § 2, moeten worden geschrapt.

Artikel 7

Artikel 7, § 1, van het ontwerp machtigt de Vlaamse minister van Onderwijs "voor individuele situaties en in uitzonderlijke omstandigheden" een afwijking toe te staan van de voorwaarden opgesomd in artikel 2, § 2, 1°, 3° en 5°, van het ontwerp. Wat de afwijking van de voorwaarde niet de Belgische of de Nederlandse nationaliteit te bezitten (artikel 2, § 2, 1°) betreft, moet worden opgemerkt dat die voorwaarde voorkomt in artikel 50, § 5, 7°, van het decreet van 31 juli 1990 zodat er, zonder aanpassing van deze decretale bepaling, niet van afgeweken kan worden.

Artikel 9

Zoals reeds werd opgemerkt, is het bepaalde in paragraaf 2 van artikel 9 een loutere bevestiging van artikel 36, 2°, van het bijzonder decreet van 14 juli 1998 betreffende het gemeenschapsonderwijs. Deze bepaling dient bijgevolg te worden weggelaten.

Artikel 10

1. Het correcte opschrift van het besluit van 6 september 1995 luidt : "besluit van de Vlaamse regering betreffende de organisatie van een onthaaljaar voor anderstalige nieuwkomers in het voltijds secundair onderwijs".

2. De woorden "zoals gewijzigd" moeten worden vervangen door een opsomming van alle uitdrukkelijke wijzigingen die het besluit van 6 september 1995 heeft ondergaan. Bijgevolg dient te worden geschreven : "gewijzigd bij de besluiten van de Vlaamse regering van 22 september 1998, 20 april 2001 en 11 mei 2001".

Artikel 11

Uit de redactie van artikel 11 blijkt de bedoeling van de stellers van het ontwerp de ontworpen regeling te laten terugwerken tot 1 september 2001.

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.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	M. VAN DAMME,	kamervoorzitter,
	J. BAERT, J. SMETS,	staatsraden,
	G. SCHRANS, A. SPRUYT,	assessoren van de afdeling wetgeving,
Mevrouw	A. BECKERS,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de H. W. PAS, auditeur. De nota van het Coördinatiebureau werd opgesteld en toegelicht door de H. L. VAN CALENBERGH, adjunct-referendaris.

DE GRIFFIER,

DE VOORZITTER,

A. BECKERS

M. VAN DAMME