

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 37.794/1

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, eerste kamer, op 16 november 2004 door de Vlaamse minister van Werk, Onderwijs en Vorming verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een ontwerp van besluit van de Vlaamse regering "houdende de organisatie en de financiering van de Koninklijke Beiaardschool Jef Denyn in Mechelen", heeft op 2 december 2004 het volgende advies gegeven:

ALGEMENE OPMERKING

Uit de stukken die aan de Raad van State zijn bezorgd, blijkt dat de vorige ⁽¹⁾ Vlaamse regering op 14 mei 2004 het ontwerp van besluit van de Vlaamse regering dat om advies wordt voorgelegd, principieel heeft goedgekeurd. Tevens is aan de minister-president delegatie verleend om over het ontwerp te onderhandelen met de vakbonden.

Krachtens artikel 3, § 1, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State dienen onder meer « ontwerpen van reglementaire besluiten » in beginsel aan het met redenen omkleed advies van de Raad van State, afdeling wetgeving, te worden onderworpen. Luidens artikel 69 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen beraadslaagt elke regering collegiaal, volgens de in Ministerraad toegepaste procedure van de consensus, over alle zaken die tot haar bevoegdheid behoren, onverminderd de door haar toegestane delegaties. Uit een en ander volgt dat de regering eerst collegiaal de tekst van een ontwerp van regeringsbesluit dient vast te stellen vooraleer het om advies aan de afdeling wetgeving kan worden voorgelegd ⁽²⁾. Het is weliswaar zo dat, overeenkomstig artikel 3 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State en op voorwaarde dat de regering daarvoor delegatie heeft verleend, de leden van de gemeenschaps- of gewestregeringen de Raad van State kunnen adiëren, maar indien het om een ontwerp van besluit van de Vlaamse regering gaat, dient de regering dat ontwerp eerst tot het hare te hebben gemaakt ⁽³⁾.

⁽¹⁾ De huidige Vlaamse regering heeft het om advies voorgelegde ontwerp nog niet principieel aangenomen.

⁽²⁾ Zie ook R.v.St., Roos, nr. 71.514 van 3 februari 1998.

⁽³⁾ De verplichting een ontwerp van reglementair regeringsbesluit ter principiële goedkeuring aan de regering voor te leggen vooraleer om het advies van de Raad van State te verzoeken, houdt verband met de rechtsgeldige adiëring van de afdeling wetgeving. De verplichting voor de Raad van State, voortvloeiende uit artikel 84, § 3, tweede lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, om advies te geven binnen de gevraagde termijn, zelfs indien de voorgeschreven vormvereisten niet zijn vervuld, is daarop niet van toepassing. Uit de parlementaire voorbereiding van de wet van 2 april 2003 tot wijziging van sommige aspecten van de wetgeving met betrekking tot de inrichting en de werkwijze van de afdeling wetgeving van de Raad van State, blijkt immers niet dat in die bepaling onder de term 'vormvereisten' (waarmee zijn bedoeld « verplichte raadplegingen, e.d. »: *Parl. St.*, Kamer, DOC 50 2131/001, 7) ook het beraad in de regering zou zijn bedoeld.

Uit het in artikel 69 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 opgenomen beginsel van collegiale beraadslaging volgt ook dat de regering meester blijft van haar ontwerp, in die zin dat zij bij ontstentenis van delegatie over elke stap van de procedure dient te oordelen.

In dit geval heeft de regering op 14 mei 2004 alleen machtiging verleend om te onderhandelen met de vakbonden. Dat betekent dat, na die onderhandelingen, het ontwerp normaal gezien opnieuw aan de regering diende te worden voorgelegd teneinde het eventueel aan te passen aan het resultaat van die onderhandelingen. Het ontwerp is door de Vlaamse minister bevoegd voor het onderwijs aan de Raad van State voorgelegd, evenwel zonder dat de regering daartoe machtiging had verleend.

De Raad van State, afdeling wetgeving, vestigt daarom nogmaals uitdrukkelijk de aandacht op artikel 69 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980, dat in beginsel ertoe noopt het ontwerp opnieuw in de schoot van de regering te bespreken vooraleer om advies van de afdeling wetgeving te verzoeken. Een lid van de regering kan echter gemachtigd worden om ervoor te zorgen dat de tekst van het ontwerp alle stadia van de administratieve procedure (bijvoorbeeld: adviezen inwinnen, onderhandelen met de vakbonden) doorloopt, om de tekst zo nodig aan te passen naar aanleiding van het vervullen van die vormvereisten, en eventueel om het advies van de Raad van State, afdeling wetgeving, over die aangepaste tekst in te winnen. Die werkwijze (vooraleer de tekst om advies aan de Raad van State te sturen, hem niet opnieuw ter beraadslaging aan de Vlaamse regering voorleggen) heeft echter als nadeel dat, indien de Vlaamse regering bij het vaststellen van de definitieve tekst afwijkt van de beoordeling van het betrokken lid van de regering, en nog substantiële wijzigingen aanbrengt die niet het gevolg zijn van opmerkingen in het advies van de Raad van State, opnieuw het advies van de afdeling wetgeving dient te worden ingewonnen om te voldoen aan de adviesverplichting van artikel 3 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State ⁽⁴⁾.

⁽⁴⁾ Vaste rechtspraak, zie bijvoorbeeld: R.v.St., Maes en consorten, nr. 15.511, 17 oktober 1972; R.v.St., gemeente Schaarbeek, nr. 23.716, 25 november 1983; R.v.St., Biorim, nr. 42.020, 19 februari 1993.

Gelet op het zeer specifieke karakter van het ontwerp, wordt te uitzonderlijken titel toch advies gegeven, evenwel onder het uitdrukkelijke voorbehoud dat indien de aan de Raad van State voorgelegde tekst door de Vlaamse regering nog wordt gewijzigd, de gewijzigde bepalingen, ter inachtneming van het voorschrift van artikel 3, § 1, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, voor een nieuw onderzoek aan de afdeling wetgeving worden voorgelegd.

STREKKING EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

1. Het om advies voorgelegde ontwerp van besluit strekt tot het vaststellen van de specifieke normen en structuren voor de Koninklijke Beiaardschool Jef Denyn in Mechelen, een vrije onderwijsinstelling die een zeer specifieke opleiding aanbiedt.

2. Rechtsgrond daarvoor wordt geboden door artikel 95, § 3, van het decreet van 31 juli 1990 betreffende het onderwijs-II. Die bepaling werd toegevoegd door het decreet van 13 juli 2001 en luidt:

"De Koninklijke Beiaardschool te Mechelen wordt als instelling van het deeltijds kunstonderwijs erkend en gesubsidieerd door de Vlaamse Gemeenschap. De Vlaamse regering kan specifieke normen en structuren voor deze instelling vastleggen, die bij decreet worden bekrachtigd".

Deze bepaling biedt een brede rechtsgrond op basis waarvan alle bepalingen van het ontwerp kunnen worden aangenomen. Na het aannemen van het besluit zullen de bepalingen ervan door de decreetgever dienen te worden bekrachtigd ⁽⁵⁾.

⁽⁵⁾ Gelet op dit gegeven is het af te raden een beroep te doen op andere bepalingen die eveneens rechtsgrond zouden kunnen bieden maar die niet noodzakelijk zijn voor het aannemen van het ontwerp (zie het tweede lid van de aanhef). Bij bekrachtiging zou dan immers de vraag kunnen rijzen welke bepalingen van het besluit steunen op artikel 95, § 3, van het decreet van 31 juli 1990, en dus bekrachtigd moeten worden, en welke bepalingen een voldoende rechtsgrond vinden in andere bepalingen, zodat bekrachtiging niet nodig is.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Voorafgaande opmerking

In het ontwerp komen tal van termen en aanduidingen voor die onvoldoende precies omschreven zijn. Al zijn sommige van die termen en aanduidingen zowel voor het bestuur als voor de betrokken school wellicht voldoende duidelijk, toch verdient het, gelet op de rechtszekerheid, aanbeveling om een en ander beter te omschrijven. In dat verband kan worden verwezen naar "afdeling Deeltijds Kunstonderwijs" (artikel 2, § 1, tweede lid), "de index voor weddentoelagen" (artikel 7, tweede lid), "rationalisatienorm" (artikel 8, eerste lid), "voorschotten op de personeelskosten" (artikel 8, tweede lid), "beschikbaar blijft" (artikel 8, tweede lid) en "de verificatie van het Deeltijds Kunstonderwijs" (artikel 10, eerste lid).

Aanhef

1. Indien wordt ingegaan op de suggestie om voor het ontwerp enkel een beroep te doen op de brede rechtsgrond die artikel 95, § 3, van het decreet van 31 juli 1990 biedt, dient het tweede lid van de aanhef te worden geschrapt.

2. Aangezien het in de vierde aanhefverwijzing vermelde besluit van de Vlaamse regering van 31 juli 1990 door het ontwerp niet formeel wordt gewijzigd - het wordt door artikel 11 wel van toepassing gemaakt op het bestuurs- en onderwijzend personeel van de Koninklijke Beiaardschool Jef Denyn -, kan die verwijzing uit de aanhef worden geschrapt.

Artikel 1

De stellers van het ontwerp zullen moeten uitmaken of het nodig is melding te maken van het adres van de te subsidiëren vrije onderwijsinstelling, en of niet kan worden volstaan met de naam van de instelling en de stad waar ze gevestigd is. Indien het volledige adres wordt vermeld in artikel 1 van het ontwerp, zal bij wijziging ervan niet

.../...

enkel een aanpassing van het besluit nodig zijn, doch ook de bekrachtiging ervan bij decreet.

Artikel 4

Deze bepaling bevat een opsomming van vakken die "kunnen" worden gegeven aan de Koninklijke Beiaardschool Jef Denyn. De gemachtigde heeft de strekking van artikel 4 van het ontwerp als volgt toegelicht:

"[Dit houdt in] dat de Beiaardschool zelf mag kiezen welke van deze vakken ze mag geven. Dat betekent dat het niet toegestaan is andere vakken dan de vermelde te onderwijzen (althans niet met de door de Vlaamse Gemeenschap toegekende subsidies) en dat ook het niet verplicht is alle opgesomde vakken aan te bieden".

Gelet op deze toelichting zullen de stellers van het ontwerp moeten nagaan of het onderwijzen van bepaalde van die vakken, met name die met betrekking tot het instrument "beiaard", niet zonder meer verplicht moet worden gesteld, terwijl de overige vakken dan kunnen, doch niet moeten worden gegeven.

Artikelen 6 tot 8

Het ontworpen artikel 7, tweede lid, heeft betrekking op de "uitbetaling" van de weddentoelagen, de patronale bijdrage, het vakantiegeld en de eindejaarstoelage van de personeelsleden van de Koninklijke Beiaardschool Jef Denyn. Wellicht is het de bedoeling van de stellers van het ontwerp om, wat deze toelagen betreft, aan de instelling een recht op subsidie te verlenen ⁽⁶⁾, doch die toelagen rechtstreeks aan de betrokken personeelsleden te betalen ⁽⁷⁾. Eén en ander zou duidelijker uit het ontwerp moeten blijken.

⁽⁶⁾ Indien de weddentoelagen als een recht van de instelling moeten worden begrepen, dient het maximum van 130.000 euro in artikel 7, tweede lid, van het ontwerp, te worden begrepen als het maximumbedrag dat jaarlijks aan de instelling kan worden verleend; in het andere geval lijkt het om een maximum per personeelslid te gaan.

⁽⁷⁾ Vergelijk met de artikelen 26 tot 31 en 36, § 2, van de wet van 29 mei 1959 tot wijziging van sommige bepalingen van de onderwijswetgeving.

Artikel 9

1. Dit artikel verplicht de Koninklijke Beiaardschool Jef Denyn om de begroting voor het volgende begrotingsjaar vóór 1 oktober mede te delen. Indien "de administratie" niet akkoord gaat met die begroting, dan moet ze, volgens het tweede lid van dit artikel, binnen twee maanden worden aangepast.

Het hanteren van het mechanisme van het akkoord of de goedkeuring ten aanzien van beleidsgevoelige documenten van de vrije onderwijsinstellingen, zonder de uitoefening van het goedkeuringstoezicht te binden aan strikte criteria, roept vragen op in het licht van de door artikel 24, § 1, van de Grondwet beschermde onderwijsvrijheid ⁽⁸⁾. Dat de overheid toezicht organiseert op de onderwijsinstellingen van de Vlaamse Gemeenschap is normaal: het gaat immers om openbare instellingen en decentralisatie impliceert noodzakelijk toezicht. De situatie van de vrije onderwijsinstellingen is echter anders. Het gaat om private rechtspersonen die wel kunnen worden gecontroleerd door de overheid (bv. om na te gaan of zij de overheidstoelagen aanwenden voor het doel waarvoor ze verstrekt zijn), maar die in beginsel niet onder administratief toezicht kunnen worden geplaatst, laat staan onderworpen aan een zo verregaande vorm van toezicht als het goedkeuringstoezicht waarbij de beoordelingsvrijheid van de onder toezicht staande instellingen sterk gereduceerd wordt ⁽⁹⁾.

Het ontwerp zal moeten worden aangepast om het in overeenstemming te brengen met de Grondwet.

⁽⁸⁾ Het instellen van beperkingen ten aanzien van de de vrijheid van onderwijs is normaal een zaak van de decreetgever (artikel 24, § 5, van de Grondwet).

⁽⁹⁾ Een goedkeuringstoezicht is een vorm van bijzonder toezicht dat de toezichthoudende overheid meer appreciatieruimte geeft dan het algemeen toezicht (R.v.St., Verbiest, nr. 18.384, van 13 juli 1977, en Berghmans en Gemeente Herselt, nr. 20.840, van 6 januari 1981, overweging 2.2: de toezichthoudende overheid moet niet alleen nagaan of de wet overtreden of het algemeen belang geschonden is, maar ook of wat de onder toezicht staande overheid heeft gedaan de toetsing kan doorstaan aan de algemene criteria van goed bestuur, zoals redelijkheid, zuinigheid en efficiëntie). Dit komt er in feite op neer dat de beoordelingsbevoegdheid van de overheid, belast met het toezicht bij goedkeuring, evenredig is met de discretionaire bevoegdheid van het aan toezicht onderworpen bestuur.

2. In artikel 9, tweede lid, wordt bepaald dat ingeval van het niet indienen van een begroting de subsidie niet zal worden "uitbetaald". Wellicht is bedoeld in dat geval het recht op subsidie ongedaan te maken, zodat beter wordt geschreven: "indien geen begroting wordt ingediend, wordt de subsidie niet toegekend".

Artikel 13

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 ⁽¹⁰⁾".

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 ⁽¹¹⁾".

Het ontworpen artikel 13, § 2, bepaalt dat de afwijkingen inzake bekwaamheidsbewijzen die vóór 31 augustus 2004 aan de personeelsleden van de Koninklijke Beiaardschool Jef Denyn uitdrukkelijk of in feite werden toegestaan, "definitief verworven" zijn. Zie in dezelfde zin de gelijkstellingsregeling in artikel 13, § 3, van het ontwerp.

Aldus wordt een verschil in behandeling ingevoerd en wordt mogelijk ook ingegrepen op hangende gedingen.

⁽¹⁰⁾ 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).

⁽¹¹⁾ *Parl. St.*, Kamer, 1988-1989, nr. 635/18, 543.

Volgens een vaste rechtspraak, onder meer van het Arbitragehof, sluiten de grondwettelijke regels van de gelijkheid en de niet-discriminatie niet uit dat een verschil in behandeling tussen categorieën van personen wordt ingesteld, in zoverre dat verschil op een objectief criterium berust en het redelijk verantwoord is. Het bestaan van een dergelijke verantwoording moet worden beoordeeld, rekening houdende met het doel en de gevolgen van de maatregel en met de aard van de terzake geldende beginselen; de beginselen van gelijkheid en niet-discriminatie⁽¹²⁾ zijn geschonden wanneer vaststaat dat geen redelijk verband van evenredigheid bestaat tussen de aangewende middelen en het beoogde doel.

De gemachtigde van de Vlaamse regering heeft hierbij volgende toelichting verstrekt:

"De overgangsregeling vrijwaart, naar analogie met de regelgeving inzake bekwaamheidsbewijzen voor het personeel van het deeltijds kunstonderwijs, de verworven rechten van personeelsleden. Deze regeling is nodig omdat dit besluit juist als doel heeft na jarenlange onduidelijkheid klaarheid en zekerheid voor o.a. de personeelsleden te scheppen".

Of die verantwoording pertinent is voor alle gevallen waarop de ontworpen regeling betrekking heeft, kan worden betwijfeld. Mocht de ontworpen regeling bovendien tot gevolg hebben dat ingegrepen wordt op hangende gedingen, dan zullen uitzonderlijke omstandigheden aanwezig dienen te zijn ter verantwoording voor dat optreden⁽¹³⁾.

Artikel 14

Dit artikel bepaalt dat het besluit in werking zal treden op (lees: uitwerking zal hebben met ingang van) 1 september 2004. De retroactiviteit schept inzonderheid

⁽¹²⁾ Wat specifiek het onderwijs betreft, verwoord in artikel 24, § 4, van de Grondwet.

⁽¹³⁾ Zie bijvoorbeeld Arbitragehof, nr. 64/97, 6 november 1997, B.5.

problemen voor bepalingen die, al was het besluit nog niet vastgesteld en bekendgemaakt, door de betrokken instelling reeds moest worden nageleefd ⁽¹⁴⁾.

Het is bekend dat het verlenen van terugwerkende kracht aan besluiten slechts onder bepaalde voorwaarden toelaatbaar is, namelijk ingeval voor de retroactiviteit een wettelijke machtiging 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 erdoor, 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.

Bijlage

Op het einde van de bijlage dient melding te worden gemaakt van de formule "Gezien om te worden gevoegd bij het besluit van de Vlaamse regering van ...". Op die formule dienen vervolgens dezelfde ondertekeningen te volgen als die welke voorkomen op het einde van het bepalend gedeelte van het ontwerp.

⁽¹⁴⁾ Zie artikel 9, eerste lid van het ontwerp, dat het meedelen vóór 1 oktober van de begroting verplicht stelt. Indien de betrokken instelling zich vrijwillig aan die nieuwe voorwaarde heeft gehouden, is er geen probleem. In het andere geval lijkt een overgangsbepaling voor het lopende schooljaar noodzakelijk.

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,
	W. GEURTS,	griffier.

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

DE GRIFFIER,

DE VOORZITTER,

W. GEURTS

M. VAN DAMME