

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 39.881/1

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, eerste kamer, op 13 februari 2006 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 "betreffende tijdelijke projecten inzake kunstinitiatie voor kansarme en/of allochtone minderjarigen", heeft op 2 maart 2006 het volgende advies gegeven:

Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, heeft de afdeling wetgeving zich in hoofdzaak beperkt tot het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond alsmede van de vraag of aan de voorgeschreven vormvereisten is voldaan.

*
* *

STREKKING VAN HET ONTWERP

Het om advies voorgelegde ontwerp strekt ertoe uitvoering te geven aan hoofdstuk VIII van het decreet van 28 juni 2002 betreffende gelijke onderwijskansen-I, met betrekking tot het tijdelijk project kunstinitiatie voor kansarme of allochtone minderjarigen.

ALGEMENE OPMERKING

Uit het aan de Raad van State voorgelegde dossier blijkt dat de in het ontwerp vervatte regeling middels een ministeriële omzendbrief reeds feitelijk wordt toegepast, bijgevolg zonder dat de totstandkoming van de voor die regeling noodzakelijke reglementaire basis werd afgewacht. Zo moge uit het voorgelegde dossier blijken dat reeds op 29 juni 2005, dit is nog vóór het Vlaams Parlement op 7 juli 2005 de wijziging van de voor het ontwerp rechtsgrond biedende decretale bepaling heeft aangenomen, een oproep aan alle scholen van het basis- en secundair onderwijs werd gedaan met het oog op het indienen van een project, en dat de beoordelingscommissie reeds in de loop van 2005 uit 61 aanvragen 25 projecten heeft geselecteerd. In dat opzicht presenteert het voorliggende ontwerp zich in de eerste plaats als een regularisatie van een reeds feitelijk toegepaste regeling. Om die reden ook wordt aan de thans ontworpen regeling terugwerkende kracht verleend met ingang van 1 september 2005 (artikel 11 van het ontwerp).

.../...

Er dient op te worden gewezen dat een dergelijk procédé van regelgeving in principe ontoelaatbaar is. Vooreerst wordt op die wijze afgeweken van de normale regels die moeten worden gevolgd bij de totstandkoming van reglementaire bepalingen, welke regels bovendien dreigen inhoudsloos te worden ¹. Ten tweede, heeft het gevolgde procédé rechtsonzekerheid tot gevolg voor de bestemmingen van de betrokken normen, nu slechts na een bepaalde tijd juridische zekerheid wordt gecreëerd met betrekking tot de feitelijk reeds toegepaste normen. Ten derde, omdat voor een bij ministeriële omzendbrief in het leven geroepen regeling niet de waarborgen van bekendmaking gelden bedoeld in artikel 190 van de Grondwet. Gelet op de gebreken die inherent zijn aan dergelijk procédé van regelgeving, zullen de stellers van het ontwerp ervoor moeten waken in de toekomst de normale regels inzake de totstandkoming van regelgeving te volgen.

RECHTSGROND

1. In het eerste en tweede lid van de aanhef van het ontwerpbesluit wordt als rechtsgrond verwezen naar, respectievelijk, artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen en het decreet van 28 juni 2002, inzonderheid hoofdstuk VIII, gewijzigd bij het decreet van 15 juli 2005.

Verschillende bepalingen van hoofdstuk VIII van het decreet van 28 juni 2002 bevatten opdrachten aan de Vlaamse Regering, die rechtsgrond bieden voor bepalingen van het ontwerp, al of niet gelezen in samenhang met artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980.

Artikel VIII.1 van het decreet luidt:

"De Vlaamse Regering kent gedurende de schooljaren 2005-2006, 2006-2007 en 2007-2008 aan scholen voor basis- en secundair onderwijs een puntenenveloppe en/of werkingsbudget toe in het kader van projecten inzake kunstinitiatie voor kansarme en/of allochtone minderjarigen.

⁽¹⁾ Zie, in dat verband, het protocol nr. 350 houdende de conclusies van de onderhandelingen die gevoerd werden in de vergaderingen van het overkoepelend onderhandelingscomité vrij gesubsidieerd onderwijs op 29 november 2005 en 6 december 2005.

Deze projecten hebben als doelstelling:

- 1° het zelfbeeld bevorderen bij leerlingen met een risico op schoolse achterstand;
- 2° de cultuurcompetentie bij deze doelgroep verhogen;
- 3° de betrokkenheid van de buurt en de ouders bij de school te vergroten".

Artikel VIII.3 van het decreet bepaalt:

"§ 1. De in artikel VIII.1, eerste lid, bedoelde ondersteuning wordt toegekend aan een school voor basisonderwijs of secundair onderwijs.

§ 2. De puntenenveloppe en het werkingsbudget worden ingezet in het kader van een samenwerkingsovereenkomst tussen scholen voor basis- of secundair onderwijs en alle hierna vermelde partners:

- 1° een instelling voor deeltijds kunstonderwijs;
- 2° een erkende professionele culturele organisatie;
- 3° een buurtgerichte organisatie.

§ 3. De scholen voor basis- en secundair onderwijs kunnen de toegekende punten in het kader van een samenwerkingsovereenkomst overdragen naar een meewerkende instelling voor deeltijds kunstonderwijs, op voorwaarde dat vooraf een akkoord tussen de betrokken schoolbesturen, dan wel inrichtende machten wordt afgesloten.

§ 4. De puntenenveloppes kunnen omgezet worden in een werkingsbudget om voordrachtgevers in te zetten.

§ 5. De Vlaamse Regering bepaalt de puntenwaarden op basis waarvan de betrekkingen in de ambten van het onderwijzend, beleids- en ondersteunend personeel, het ondersteunend personeel, het administratief personeel en het opvoedend hulppersoneel kunnen worden opgericht. Dit aantal punten wordt bepaald op basis van de weddenschaal van het personeelslid dat de betrekking uitoefent. De Vlaamse Regering legt de puntenwaarde vast volgens de weddenschaal".

Artikel VIII.5 van het decreet luidt:

"De Vlaamse Regering bepaalt:

- 1° het bedrag dat toegekend wordt aan elk punt dat omgezet wordt in een werkingsbudget om voordrachtgevers in te zetten en de modaliteiten voor de toekenning en de aanwending van het bedrag bestemd voor de voordrachtgevers;

.../...

- 2° de modaliteiten voor de toekenning en de aanwending van het werkingsbudget".

2.1. Artikel 2 van het ontwerp bepaalt de beschikbare middelen en vindt in beginsel rechtsgrond in artikel VIII.1 van het decreet van 28 juni 2002.

Artikel 2, derde lid, tweede zin, van het ontwerp, bepaalt dat de school de puntenenveloppe kan aanwenden "om betrekkingen op te richten of om te zetten in een werkingsbudget". In beginsel kan deze bepaling rechtsgrond kunnen vinden in artikel VIII.3, § 4, van het decreet van 28 juni 2002, dat bepaalt dat de puntenenveloppes kunnen worden omgezet in een werkingsbudget "om voordrachtgevers in te zetten". Op dit laatste punt zal het ontwerp evenwel in overeenstemming gebracht moeten worden met het decreet.

2.2. Artikel 3, § 1, van het ontwerp bepaalt welke scholen voor gewoon en buitengewoon basis- en secundair onderwijs prioritair in aanmerking komen voor toekenning van de beschikbare middelen en vindt rechtsgrond in artikel VIII.3, § 1, van het decreet van 28 juni 2002.

2.3. Artikel 3, § 2, van het ontwerp bepaalt de puntenenveloppe per project en vindt rechtsgrond in artikel VIII.1, gelezen in samenhang met artikel VIII.3, § 5, van het decreet van 28 juni 2002.

2.4. Artikel 3, § 3, van het ontwerp bepaalt dat de toegekende puntenenveloppe voor het schooljaar 2005-2006 niet kan worden uitgebreid in de volgende schooljaren. Hiervoor kan rechtsgrond worden gevonden in artikel VIII.1 van het decreet van 28 juni 2002.

2.5. Artikel 3, § 4, van het ontwerp bepaalt de wijze waarop de punten in rekening worden gebracht en vindt rechtsgrond in artikel VIII.3, § 5, van het decreet van 28 juni 2002.

2.6. Artikel 3, § 5, van het ontwerp heeft betrekking op de overdracht van punten aan een instelling voor deeltijds kunstonderwijs of aan een meewerkende basis-

of secundaire school waarmee de initiatiefnemende school een samenwerkings-overeenkomst heeft gesloten.

In beginsel zou artikel VIII.3, § 3, van het decreet van 28 juni 2002 hiertoe rechtsgrond kunnen verlenen: dit artikel bepaalt immers dat de scholen voor basis- en secundair onderwijs de toegekende punten in het kader van een samenwerkingsovereenkomst kunnen overdragen naar een meewerkende instelling voor deeltijds kunstonderwijs, op voorwaarde dat vooraf een akkoord tussen de betrokken schoolbesturen, dan wel inrichtende machten wordt gesloten. Deze decretale bepaling voorziet dus wel uitdrukkelijk in de mogelijkheid tot overdracht van toegekende punten aan een "meewerkende instelling voor deeltijds kunstonderwijs", doch niet in de mogelijkheid om punten over te dragen aan een "meewerkende basis- of secundaire school", zoals voorzien in artikel 3, § 5, van het ontwerp. Artikel 3, § 5, van het ontwerp vindt in dat opzicht geen rechtsgrond in artikel VIII.3, § 3, van het decreet van 28 juni 2002.

2.7. Artikel 3, § 6, van het ontwerp, voorziet in de mogelijkheid voor de initiatiefnemende school om punten die ze niet aanwendt voor het oprichten van betrekkingen, om te zetten in een werkingsbudget. In beginsel vindt het rechtsgrond in artikel VIII.3, § 4, van het decreet van 28 juni 2002, dat bepaalt dat de puntenenveloppes kunnen omgezet worden in een werkingsbudget om voordrachtgevers in te zetten.

De vraag rijst echter of artikel 3, § 6, derde lid, van het ontwerp ook rechtsgrond vindt in genoemde decretale bepaling in de mate dat wordt bepaald dat het werkingsbudget niet alleen aangewend kan worden voor het inzetten van voordrachtgevers, maar ook voor materiaalkosten, vervoerskosten en uitrustingskosten. Dit is niet in overeenstemming met artikel VIII.3, § 4, van het decreet dat bepaalt dat de puntenenveloppes kunnen omgezet worden "in een werkingsbudget om voordrachtgevers in te zetten". Ook op dit vlak dient het ontwerp te worden aangepast.

2.8. Artikel 4 van het ontwerp heeft betrekking op de organisatie van een tijdelijk project, inzonderheid de werking die dient ontwikkeld te worden om de doelstellingen vermeld in artikel VIII.1 van het decreet te "operationaliseren" (eerste lid), en de ontwikkeling van activiteiten die dienen aan te sluiten bij de strategieën vermeld in artikel VIII.2 van het decreet (tweede lid).

.../...

De rechtsgrond voor artikel 4 is te vinden in de genoemde artikelen VIII.1 en VIII.2 van het decreet, gelezen in samenhang met artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980.

2.9. Artikel 5 van het ontwerp regelt de aanvragen voor een tijdelijk project, inzonderheid de aanduiding van de onderwijsadministratie waar de aanvraag dient te worden ingediend en de minimumgegevens die in de aanvraag dienen te worden vermeld met betrekking tot de identificatie van de initiatiefnemende school en alle meewerkende instanties en de uiteenzetting van het project.

Deze bepaling steunt niet op een expliciete machtigingsbepaling in hoofdstuk VIII van het decreet van 28 juni 2002. Wel kan daarvoor rechtsgrond worden gevonden in het geheel van de bepalingen van hoofdstuk VIII van dat decreet, gelezen in samenhang met artikel 20 van de bijzondere wet. Het gaat immers om bepalingen die noodzakelijk zijn om projecten te kunnen selecteren en er ondersteuning aan toe te kennen, kortom om uitvoering te kunnen geven aan de bedoeling van de decreetgever.

2.10. Artikel 6 van het ontwerp regelt de samenstelling van de beoordelingscommissie. Artikel 7 bepaalt de criteria die de beoordelingscommissie hanteert bij de beoordeling van de aanvragen. Op grond van artikel 8 zal de beoordelingscommissie de minister schriftelijk dienen te adviseren over de selectie van de projecten en de toekenning van de ondersteuning per project.

De bepalingen van het hoofdstuk VIII van het decreet van 28 juni 2002 voorzien niet uitdrukkelijk in de oprichting van een beoordelingscommissie met adviserende bevoegdheden. Aangezien het echter om een ambtelijke adviescommissie gaat zonder echte beslissingsbevoegdheid en artikel 7 van het ontwerp nadere regels bevat voor de inhoudelijke beoordeling van de aanvragen, kan aangenomen worden dat de bepalingen over de beoordelingscommissie rechtsgrond vinden in de bepalingen van hoofdstuk VIII van het decreet, gelezen in samenhang met artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980.

2.11.1. Artikel 9 van het ontwerp regelt de evaluatie van de tijdelijke projecten door de onderwijsinspectie, waarbij de initiatiefnemende school jaarlijks een zelfevaluatie dient op te maken in samenwerking met de pedagogische begeleidingsdienst.

De rechtsgrond hiervoor kan worden gevonden in artikel VIII.6 van het decreet van 28 juni 2002, dat bepaalt dat de onderwijsinspectie de projecten evalueert op het einde van het schooljaar 2007-2008 en de resultaten daarvan formuleert in een advies aan de Vlaamse Regering dat voorgelegd wordt aan het Vlaams Parlement.

2.11.2. Het laatste lid van artikel 9 van het ontwerp bepaalt dat een project vroegtijdig wordt stopgezet indien een of meer van de deelnemende scholen of instanties hun medewerking aan het project opzeggen en de initiatiefnemende school niet binnen een maand een nieuwe gelijkaardige partner vindt en de wijziging meedeelt aan het departement Onderwijs. Het gaat hier om een verplichte stopzetting van het project waarbij geen discretionaire keuzemogelijkheid bestaat: indien de in het ontwerp bepaalde voorwaarden zijn vervuld, dient het project vroegtijdig stopgezet te worden, zonder dat de overheid daarover anders kan beslissen.

Rechtsgrond daarvoor wordt geboden door artikel VIII.3, § 2, van het decreet van 28 juni 2002, gelezen in samenhang met artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980. Voormelde bepaling van het decreet impliceert immers dat voor de verwezenlijking van het project een samenwerkingsovereenkomst tussen verschillende partijen wordt aangegaan.

2.12. Artikel 10 van het ontwerp machtigt de minister om de nodige maatregelen te treffen om een effectmeting van de toegekende projectondersteuning uit te voeren.

De vraag rijst of deze delegatie een machtiging bevat aan de minister om terzake reglementair op te treden en of een eventuele reglementaire bevoegdheid aan de minister verenigbaar is met artikel 69 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980. Het toekennen van verordenende bevoegdheid door de Vlaamse Regering aan een van haar leden, kan immers enkel in overeenstemming worden geacht met voormelde bepaling van de bijzondere wet van 8 augustus 1980, in zoverre die delegatie slechts regels van bijkomstige aard of van beperkt belang betreft.

Daarover ondervraagd, heeft de gemachtigde ambtenaar het volgende verklaard:

"De bepaling in artikel 10 van het besluit wil via een machtiging van de minister een effectmeting mogelijk maken die samen met de opvolging en

.../...

eindbeoordeling door de inspectie (zoals ook bepaald in het decreet) een correcte evaluatie van de projecten moet garanderen. Het treffen van de nodige maatregelen om een effectmeting van de toegekende projectmeting uit te voeren heeft volgens de administratie eerder een beperkt belang".

Op die manier gelezen, stelt de bevoegdheidsdelegatie geen problemen.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 1

In artikel 1, 6°, van het ontwerp wordt het begrip "kansarme en/of allochtone minderjarigen" gedefinieerd door te verwijzen naar de gelijkekansenindicatoren bepaald in de artikelen VI.2, § 1, en VI.11, § 1, van het decreet van 28 juni 2002. Door de zinsnede "die voldoen aan de gelijke kansenindicatoren", en vooral door het gebruik van het woord "de", wordt aangegeven dat de kansarme of allochtone minderjarigen moeten voldoen aan alle in het decreet bepaalde gelijkekansenindicatoren.

Vraag is of dit wel strookt met de bedoeling van de stellers van het ontwerp, nu het in het decreet van 28 juni 2002 gaat om indicatoren die, elk op zich of in combinatie met elkaar, aangeven dat de betrokken leerlingen geen gelijke kansen hebben.

Artikel 3

Artikel 3, § 1, van het ontwerp bepaalt welke scholen in het gewoon of buitengewoon basis- en secundair onderwijs "prioritair" in aanmerking komen voor de toekenning van de beschikbare middelen. Er wordt evenwel niet nader bepaald welke rechtsgevolgen daaraan verbonden zijn.

Daarover om nadere toelichting gevraagd, heeft de gemachtigde het volgende medegedeeld:

"Met 'prioritair in aanmerking komen' wordt bedoeld dat de beoordelingscommissie in haar advies voor selectie in de eerste plaats rekening

.../...

houdt met scholen die aan de vermelde voorwaarden voldoen, wat uiteraard niet wil zeggen dat projecten van andere scholen gaan kans maken".

Artikel 5

In artikel 5, § 1, van het ontwerp wordt verwezen naar de in "artikel VIII.3, eerste lid, van het decreet vermelde scholen". Die verwijzing moet worden aangepast, vermits artikel VIII.3 van het decreet is ingedeeld in paragrafen. De gemachtigde heeft bevestigd dat het de bedoeling is te verwijzen naar artikel VIII.3, § 1.

Artikel 6

In de inleidende zin van artikel 6, § 1, van het ontwerp dient te worden verwezen naar artikel 5 in plaats van naar artikel 4. Men schrijve derhalve: "De aanvragen, bedoeld in artikel 5, worden beoordeeld ...".

Artikel 11

Artikel 11 van het ontwerp bepaalt dat het besluit uitwerking heeft met ingang van 1 september 2005, met andere woorden bij de aanvang van het lopende schooljaar ².

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.

⁽²⁾ De bepalingen van hoofdstuk VIII van het decreet van 28 juni 2002, gewijzigd door het decreet van 15 juli 2005 betreffende het onderwijs XV, treden luidens artikel IX.18 van het decreet van 15 juli 2005 in werking op 1 september 2005.

De gemachtigde ambtenaar werd gevraagd naar de verantwoording en noodzakelijkheid van de terugwerkende kracht. Hij verklaarde wat volgt:

"De terugwerkende kracht is noodzakelijk om de goede werking van de diensten (hier de projecten) te garanderen (...); het later ingaan van het besluit zou de werking van de reeds lopende projecten ernstig verstoren".

Bij betwisting zal het aan de gewone rechter of aan de Raad van State, afdeling administratie, toekomen zich over de retroactieve toepassing uit te spreken.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	M. VAN DAMME,	kamervoorzitter,
	J. BAERT, W. VAN VAERENBERGH,	staatsraden,
	A. SPRUYT, M. RIGAUX,	assessoren van de afdeling wetgeving,
Mevrouw	G. VERBERCKMOES,	griffier.

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

DE GRIFFIER,

DE VOORZITTER,

G. VERBERCKMOES

M. VAN DAMME