

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 40.205/1

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, eerste kamer, op 4 april 2006 door de Vlaamse minister van Werk, Onderwijs en Vorming verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een voorontwerp van decreet "betreffende de inhaalbeweging voor schoolinfrastructuur", heeft op 4 mei 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 toegespitst op het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond, alsmede van de te vervullen vormvereisten ¹.

Daarnaast bevat dit advies ook een aantal opmerkingen over andere punten. Daaruit mag echter niet worden afgeleid dat de afdeling wetgeving binnen de haar toegemeten termijn een exhaustief onderzoek van het ontwerp heeft kunnen verrichten.

*

* *

STREKKING VAN HET VOORONTWERP

Het om advies voorgelegde voorontwerp van decreet beoogt een alternatieve wijze van financiering en subsidiëring van de schoolinfrastructuur in de Vlaamse Gemeenschap mogelijk te maken, die moet toelaten een substantiële ² inhaalbeweging inzake de modernisering van de schoolinfrastructuur door te voeren.

De Vlaamse Regering krijgt de opdracht om, overeenkomstig de wetgeving inzake overheidsopdrachten, private partners te selecteren waarmee daarna de zgn. DBFM-vennootschap wordt opgericht, waaraan in het algemeen de opdracht tot uitvoering van het DBFM-programma wordt toegewezen (artikel 5, § 1, van het ontwerp). De DBFM-vennootschap wordt opgericht door de gekozen partners en een

(1) Aangezien het om een voorontwerp van decreet gaat wordt onder rechtsgrond de conformiteit met hogere rechtsnormen verstaan.

(2) Volgens de memorie van toelichting wordt er naar gestreefd via het DBFM-programma voor 1 miljard euro aan werken van de lijst van de investeringsnoden aan te pakken via alternatieve financiering. DBFM staat voor design (D), build (B), finance (F) en maintain (M) (zie ook artikel 6, tweede lid, van het ontwerp).

dochtervennootschap van het Agentschap voor Infrastructuur in het Onderwijs (AGION)³, die echter niet over een beslissingsmeerderheid in de vennootschap mag beschikken⁴ (artikel 5, § 4, eerste lid). Deze vennootschap heeft als taak schoolinfrastructuur ter beschikking te stellen van de inrichtende machten op grond van een individueel DBFM-contract (artikel 6, eerste lid). De activiteiten van de DBFM-vennootschap worden ontwikkeld in het raam van het DBFM-programma, vastgesteld door de selectiecommissie en bekrachtigd door de Regering, op grond van een overeenkomst gesloten met de overheid, waarvan het decreet de algemene beginselen vastlegt (artikel 7).

De selectiecommissie werkt algemene criteria uit voor de selectie van de in het kader van het DBFM-programma te realiseren scholenbouwprojecten en ze selecteert en rangschikt de concrete schoolgebouwprojecten (artikel 12). De selectiecriteria⁵ en de selectie en rangschikking, dienen door de Vlaamse Regering bekrachtigd te worden (artikel 14).

Voor het uitvoeren van een concreet scholenbouwproject kan⁶ een inrichtende macht, mits het verlenen van een zakelijk recht, met de DBFM-vennootschap een individueel DBFM-contract sluiten (artikel 3). De DBFM-vennootschap staat in voor het ontwerp, de bouw, de financiering en het onderhoud van de schoolinfrastructuur (artikel 6, tweede lid). Daartegenover staat dat de inrichtende macht periodiek een beschikbaarheidsvergoeding dient te betalen (artikel 3), waarvan de berekeningmethode in de overeenkomst zal worden vastgelegd (artikel 7, § 2, 3°). Na goedkeuring van het

(3) Decreet van 7 mei 2004 tot oprichting van het intern verzelfstandigd agentschap met rechtspersoonlijkheid "Agentschap voor Infrastructuur in het Onderwijs". Op grond van artikel 21 van het decreet bepaalt de Vlaamse Regering de datum waarop het decreet in werking treedt.

(4) De dochtervennootschap van AGION dient 25% plus één van de aandelen van de DBFM-vennootschap te hebben. De andere aandelen komen in handen van de geselecteerde private partners. Het kapitaal van de AGION-dochtervennootschap komt voor de helft van AGION en voor de andere helft van de Participatiemaatschappij Vlaanderen (artikel 5, §§ 2 en 4).

(5) Het ontwerp bevat enkele, zeer algemene elementen waarop de selectiecriteria ten minste betrekking dienen te hebben (artikel 13).

(6) Het is de beleidskeuze van de inrichtende macht om al of niet gebruik te maken van het DBFM-concept dan wel van reguliere financiering of subsidiëring (zie de toelichting bij artikel 3 in de memorie van toelichting).

contract en de akte tot verlening van het zakelijk recht door AGION, komt de inrichtende macht wiens investeringsproject wordt gerealiseerd, in aanmerking voor een DBFM-toelage, die berekend wordt als een percentage van de beschikbaarheidsvergoeding (100 % voor de instellingen, internaten en centra van het gemeenschapsonderwijs, 70 % voor de instellingen van het gewoon- en buitengewoon gesubsidieerd basisonderwijs en 60 % voor de instellingen van andere onderwijsniveaus, internaten en centra van het gesubsidieerd onderwijs) en uitbetaald wordt door AGION. Voorwaarden voor de toekenning van de toelage zijn de hoofdzakelijke onderwijsbestemming van de schoolinfrastructuur, het verlenen van een zakelijk recht op deze infrastructuur door de inrichtende macht aan de DBFM-vennootschap en de terbeschikkingstelling van de infrastructuur gedurende dertig jaar (artikelen 17 tot 32). Bij het einde van het individueel DBFM-contract dient de schoolinfrastructuur kosteloos te worden overgedragen aan de inrichtende macht (artikel 36).

Het sluiten van een individueel DBFM-contract staat er, binnen zekere grenzen, niet aan in de weg dat de betrokken inrichtende macht nog een beroep doet op de reguliere financiering of subsidiëring van de schoolinfrastructuur (artikelen 34 en 35).

Het ontwerp voorziet ook in een waarborgregeling ten gunste van de DBFM-vennootschap (artikelen 37 en 38).

De gelding van de regeling is niet beperkt in de tijd ⁷ (artikel 39).

VOORAFGAANDE VORMVEREISTEN

Over het ontwerp dient het advies van de Vlaamse Onderwijsraad en de Sociaal-Economische Raad van Vlaanderen te worden ingewonnen. Aan die vormvereisten zal vooralsnog moeten worden voldaan.

⁽⁷⁾ Vergelijk met de artikelsgewijze toelichting bij artikel 3 van het ontwerp, waarin sprake is van "een tijdelijk kader". In de memorie van toelichting wordt verder gesteld: "Het DBFM-programma is geen onbeperkt voortdurende optie ten aanzien van de reguliere subsidiëring of financiering aangezien de selectiecommissie (...) een selectie zal maken van de projecten die in aanmerking komen voor het DBFM-programma en dit tot het nagestreefde investeringsvolume wordt bereikt".

Mocht de aan de Raad van State voorgelegde tekst ten gevolge van deze adviezen nog wijzigingen ondergaan, dan zullen 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 moeten worden voorgelegd.

ALGEMENE OPMERKINGEN

1. De bepalingen van het ontwerp dienen vooreerst te worden beoordeeld in het licht van artikel 24, § 5, van de Grondwet.

1.1. Volgens de rechtspraak van het Arbitragehof drukt artikel 24, § 5, van de Grondwet de wil uit van de grondwetgever om aan de bevoegde wetgever de zorg voor te behouden een regeling te treffen voor de essentiële aspecten van het onderwijs wat de inrichting, de erkenning of de subsidiëring betreft. Die bepaling verbiedt volgens dezelfde rechtspraak weliswaar niet dat onder bepaalde voorwaarden bevoegdheden aan andere overheden worden toegekend, doch enkel voor zover die bevoegdheden op de tenuitvoerlegging van de door de decreetgever zelf vastgestelde beginselen betrekking hebben. Via die opdrachten kan de regering of een andere overheid de onnauwkeurigheid van die beginselen niet opvangen of onvoldoende omstandige beleidskeuzes niet verfijnen⁸.

1.2. In de memorie van toelichting bij het ontwerp, inzonderheid bij de bespreking van artikel 4, wordt de beleidskeuze verantwoord om het deeltijds kunstonderwijs en het hoger onderwijs van de regeling uit te sluiten.

Behoudens een beperkt aantal heel algemeen geformuleerde selectiecriteria, wordt het vaststellen van de algemene criteria voor de selectie van scholenbouwprojecten in het kader van het DBFM-programma, evenals de selectie en de rangschikking van de scholenbouwprojecten, overgelaten aan de selectiecommissie en de Vlaamse Regering (zie de artikelen 12, 13 en 14 van het ontwerp). Aan de commissie en de Regering wordt aldus een ruime beleidsvrijheid gelaten, onder meer om prioriteiten te stellen ten gunste van bepaalde onderwijsniveaus, -types of -vormen.

⁽⁸⁾ Zie bijvoorbeeld Arbitragehof, nr. 41/2004, 17 maart 2004, B.3.2.

Op grond van artikel 24, § 5, van de Grondwet komt het echter aan de decreetgever toe om terzake de essentiële beleidskeuzes vast te stellen. Het ontwerp zal op dit punt moeten worden bijgestuurd.

1.3. Volgens artikel 7, § 2, 3°, van het ontwerp wordt het vaststellen van de wijze waarop de beschikbaarheidsvergoeding dient te worden berekend, geregeld in de overeenkomst tussen de Vlaamse Gemeenschap en de DBFM-vennootschap. In de praktijk zal daarover derhalve onderhandeld worden tussen de Vlaamse Regering en de vennootschap.

Het gaat echter om een essentieel aspect van de regeling, vermits het berekenen of het vaststellen van de beschikbaarheidsvergoeding, gelet op de artikelen 2, 2°, 19 en 20 van het ontwerp, direct leidt tot het vaststellen van het bedrag van de overheidsfinanciering of - subsidiëring.

Gelet op artikel 24, § 5, van de Grondwet kan dit aspect van de regeling niet worden overgelaten aan de beleidsvrijheid van de Vlaamse Regering.

2. Wat de DBFM-vennootschap betreft wordt voor het uitvoeren van de publieke taak om te voorzien in schoolgebouwen, gekozen voor wat in de rechtsleer wordt omschreven als de "hybride privaatrechtelijke weg" ⁹.

Er wordt vertrokken van de vennootschapsrechtelijke vorm zoals geregeld in het Wetboek van Vennootschappen ¹⁰. Omdat het echter om het uitvoeren van een publieke taak gaat, wordt een gemengd publiek-privaatrechtelijk statuut gecreëerd dat afwijkt van het gemeen recht ¹¹.

(9) D. D'HOOGHE en F. VANDENDRIESSCHE, *Publiek-Private Samenwerking*, Brugge, die Keure, 2003, nrs. 326 e.v.

(10) Op grond van artikel 6, § 1, VI, vijfde lid, 5°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen is alleen de federale overheid bevoegd voor het vennootschapsrecht.

(11) Voor een grondige analyse en kritische bespreking van deze techniek, zie: A. ALEN en W. DEVROE, *Verzelfstandiging van bestuurstaken in België*, preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Deventer, 1999, W.E.J. Tjeenk Willink.

In dit geval komt dat tot uiting in de toezichtsregeling die is uitgewerkt in artikel 10 van het ontwerp. Er wordt een beroep gedaan op het klassiek administratief toezicht, nl. een vernietigingstoezicht door de Regering ¹². De keuze voor de privaatrechtelijke vorm impliceert echter dat in beginsel enkel gebruik kan worden gemaakt van privaatrechtelijke toezichtsmechanismen, zoals de controlemogelijkheden als medeëigenaar, de controle met behulp van een bedrijfsrevisor of de controle in het kader van subsidieverlening.

Dergelijke keuze voor een toezichtsregeling die normaal is voor publiekrechtelijke organismen doch niet past voor een privaatrechtelijke vennootschap, houdt een afwijking in van de federale vennootschapswetgeving. Een dergelijke afwijkende regeling kan slechts worden gerealiseerd met toepassing van artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen ¹³. Krachtens dat artikel kunnen de decreten bepalingen bevatten in aangelegenheden waarvoor niet de decreetgever maar de federale wetgever in beginsel bevoegd is. Daartoe is echter vereist dat een dergelijke regeling noodzakelijk is voor de uitoefening van de bevoegdheden van het gewest of de gemeenschap, dat die aangelegenheid zich tot een gedifferentieerde regeling leent en dat de weerslag van de betrokken bepalingen op die aangelegenheid slechts marginaal is.

In de memorie van toelichting bij het ontwerp zal derhalve de noodzaak om een beroep te doen op artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 moeten worden verantwoord. In geval van betwisting komt het aan het Arbitragehof toe om te oordelen of, gelet op die verantwoording, een beroep kon worden gedaan op de mogelijkheid tot afwijking geboden door voormeld artikel 10.

⁽¹²⁾ De toezichthouder, die bij de vennootschap waakt voor de belangen van de Vlaamse Gemeenschap, ziet erop toe dat de vennootschap haar publieke taak uitoefent "conform de wetten, decreten, hun uitvoeringsbesluiten, de statuten en de overeenkomst" (artikel 10, § 3, van het ontwerp).

⁽¹³⁾ Zie in dit verband: Arbitragehof, nr. 83/97, 17 december 1997, B.5.6; Arbitragehof, nr. 95/98, 16 september 1998, B.3.6.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Algemene opmerking

Het verdient aanbeveling om, op een of andere manier, uit de tekst zelf van het ontwerp te laten blijken waarvoor de afkorting DBFM staat.

Artikel 6

Gelet op artikel 6, § 1, VI, vierde lid, 1°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 kunnen de gemeenschappen en gewesten inzake overheidsopdrachten enkel aanvullende regels stellen. Het behoort tot de federale bevoegdheid te bepalen op welke publieke en private rechtspersonen de regels inzake overheidsopdrachten toepasselijk zijn. De uitbreiding van het toepassingsgebied van de wetgeving inzake overheidsopdrachten kan niet worden beschouwd als een aanvullende regel.

Artikel 6, derde lid, van het ontwerp maakt de federale wetgeving inzake overheidsopdrachten van toepassing op de DBFM-vennootschap, voor het ontwerp, de bouw en het onderhoud van de schoolgebouwen. Die bepaling lijkt derhalve in strijd met de bevoegdheidsverdelende regels. Daargelaten de vraag of de DBFM-vennootschap, zoals zij in het ontwerp is geconcipieerd, thans al of niet onder het toepassingsgebied van de wetgeving inzake overheidsopdrachten valt, kan de decreetgever de federale regels inzake de toepassing van de bedoelde wetgeving niet hernemen noch uitbreiden.

Artikel 11

Uit artikel 11, § 1, 1°, van het ontwerp blijkt dat de selectiecommissie wordt geleid door een voorzitter "met de nodige onafhankelijkheid". Er zal moeten worden verduidelijkt, minstens in de memorie van toelichting, wat met die eis van onafhankelijkheid concreet wordt bedoeld. Bovendien zal, zo mogelijk, in structurele eisen voor het garanderen van die onafhankelijkheid moeten worden voorzien.

Artikel 33

Het is af te raden besluiten van de Vlaamse Regering te wijzigen bij decreet.

Artikel 39

Dit artikel dient te worden geschrapt. Het voegt niets toe aan de normale regels voor de inwerkingtreding van decreten ¹⁴ en is dus overbodig.

⁽¹⁴⁾ Krachtens artikel 56 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 zijn de decreten verbindend de tiende dag na die van hun bekendmaking in het Belgisch Staatsblad, tenzij zij een andere termijn bepalen.

De kamer was samengesteld uit

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

Het verslag werd uitgebracht door de H. W. PAS, auditeur.

DE GRIFFIER,

DE VOORZITTER,

A. BECKERS

M. VAN DAMME