

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 46.703/1
VAN 20 MEI 2009

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling Wetgeving, eerste kamer, op 18 mei 2009 door de Vlaamse minister van Werk, Onderwijs en Vorming verzocht hem, binnen een termijn van vijf werkdagen, van advies te dienen over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering "betreffende de waarborgen in het kader van de inhaalbeweging voor schoolinfrastructuur Vlaanderen", heeft het volgende advies gegeven:

Volgens artikel 84, § 1, eerste lid, 2/, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, moeten in de adviesaanvraag de redenen worden opgegeven tot staving van het spoedeisende karakter ervan.

In het onderhavige geval wordt het verzoek om spoedbehandeling in de adviesaanvraag gemotiveerd als volgt:

"De contractonderhandelingen om te komen tot een gunningsbeslissing met betrekking tot het aanduiden van de private partner met wie een DBFM-vennootschap zal worden opgericht om de inhaalbeweging schoolinfrastructuur te realiseren, zitten in een laatste en cruciale fase.

In het Onderwijsdecreet XIX, aangenomen door het Vlaams Parlement op 30 april 2009, werden nog preciseringen in verband met de waarborg aangebracht. Deze moeten zo spoedig mogelijk worden omgezet in een uitvoeringsbesluit, teneinde de volledige waarborgen te kunnen meenemen in de onderhandelingen. In de huidige marktomstandigheden wensen cq. kunnen banken zich niet verbinden indien geen definitieve reglementaire regeling inzake de garanties die ze kunnen genieten vastgesteld is en kan het syndiceringsproces dan zelfs niet op zinvolle wijze worden opgestart. Het vaststellen van deze regeling is dan ook een voorafgaande randvoorwaarde om op korte termijn te kunnen overgaan tot gunning en het opstarten van een succesvolle financial close in het kader van de lopende bevragingsprocedure. Voor alle elementen die het spoedeisend advies motiveren, verwijs ik ook naar de aanhef van het besluit".

In de aanhef van het ontwerp wordt het verzoek om spoedbehandeling als volgt gemotiveerd:

"Gelet op het verzoek om spoedbehandeling, gemotiveerd door de omstandigheden met name dat onderhavig besluit zo snel mogelijk dient geoperationaliseerd in het kader van de inhaalbeweging met schoolinfrastructuur;

Overwegende dat de beleidsnota Onderwijs en Vorming 2004 - 2009 reeds stelde dat er de voorbije decennia te weinig geïnvesteerd is in onderwijsinfrastructuur en dat er zich een belangrijke inhaalbeweging opdrong in de modernisering van de schoolinfrastructuur in Vlaanderen gezien de erg verouderde staat van het schoolpatrimonium;

Overwegende dat die inhaalbeweging een nooit eerder geziene investeringsoperatie voor schoolgebouwen wordt beoogd waarmee de Vlaamse overheid wil remediëren aan de grote investeringsnood zonder daarbij elementen als rationeel energiegebruik en architecturale kwaliteit te verwaarlozen;

Overwegende dat voorliggend besluit van de Vlaamse Regering de voorwaarden en uitvoeringsmodaliteiten bepaalt voor het stellen van de gemeenschapswaarborg zoals bedoeld in hoofdstuk VIII van het decreet van 7 juli 2006 betreffende de inhaalbeweging voor schoolinfrastructuur;

.../...

Overwegende dat het Onderwijsdecreet XIX, aangenomen door het Vlaams Parlement op 30 april 2009, preciseringen in verband met de waarborg heeft aangebracht in hoofdstuk VIII van het vermelde decreet;

Overwegende dat ten gevolge hiervan ook de nodige aanpassingen dienden te gebeuren aan het besluit van de Vlaamse Regering van 5 oktober 2007 betreffende de waarborgen in het kader van de inhaalbeweging voor schoolinfrastructuur Vlaanderen;

Overwegende dat de bepalingen van dit besluit een essentieel onderdeel vormen van de waarborgregeling wat de praktische uitvoerbaarheid ervan betreft;

Overwegende dat de bepalingen van voorliggend besluit van zeer groot belang zijn in het verder verloop van de realisatie van de inhaalbeweging;

Overwegende dat de Vlaamse Regering, gezien het grote maatschappelijk belang van de inhaalbeweging, nog binnen deze legislatuur wenst te komen tot een gunningsbeslissing met betrekking tot het aanduiden van de private partner met wie een DBFM-vennootschap zal worden opgericht om de inhaalbeweging schoolinfrastructuur te realiseren. Dit vereist dat het reglementair kader dat uitvoering geeft aan het DBFM-programma zou vastliggen. Bij een adviesaanvraag binnen de maand zou dit de facto onmogelijk zijn; In het kader van het syndiceringsproces voor de financiering van het DBFM-programma en om derwijze voor de Vlaamse overheid en de inrichtende machten een zo voordelig mogelijke financiering te kunnen bekomen, is het absoluut noodzakelijk dat het reglementaire besluit inzake de waarborgverlening op definitieve wijze zou voorliggen. Uit andere projecten - bijvoorbeeld het Brabo project - is gebleken dat banken zich in de huidige marktomstandigheden niet wensen cq. kunnen verbinden indien geen definitieve reglementaire regeling inzake de garanties die ze kunnen genieten vastgesteld is en het syndiceringsproces dan zelfs niet op zinvolle wijze kan worden opgestart. Het vaststellen van deze regeling is dan ook een voorafgaande randvoorwaarde om op korte termijn te kunnen overgaan tot gunning en het opstarten van een succesvolle financial close in het kader van de lopende bevragsingsprocedure.

Overwegende dat de talrijke scholen die kunnen genieten van het DBFM-programma reeds enige tijd wachten op de verdere operationalisering ervan en een verder uitstel van invoering van dit besluit zeer nadelig zou zijn voor de verdere realisatie van de inhaalbeweging".

Luidens artikel 84, § 1, tweede lid, van de wetten op de Raad van State dient, wanneer in de adviesaanvraag om een spoedeisend advies wordt verzocht, de in de aanvraag opgegeven motivering te worden overgenomen in de aanhef van het besluit. De motivering die vanaf het vierde lid van de aanhef van het voorliggende ontwerp wordt weergegeven, moet derhalve worden afgestemd op de motivering die voorkomt in de adviesaanvraag van 18 mei 2009.

*

* *

.../...

Overeenkomstig artikel 84, § 3, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, heeft de afdeling Wetgeving zich moeten beperken 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

1. Zoals in het opschrift van het ontwerp wordt aangegeven, strekt het om advies voorgelegde ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ertoe de voorwaarden te bepalen waaronder de gemeenschapswaarborg kan worden verleend in het kader van de inhaalbeweging voor schoolinfrastructuur, zoals geregeld door het decreet van 7 juli 2006 betreffende de inhaalbeweging voor schoolinfrastructuur.

Het gaat meer bepaald om regels voor het waarborgen van de terugbetaling van bepaalde leningen aangegaan door de DBFM-vennootschap (zie de artikelen 2 tot 5 van het ontwerp) en om regels voor het waarborgen van de terugbetaling van de overige financiële verplichtingen die voor de inrichtende machten voortvloeien uit een individueel DBFM-contract en niet door een toelage gedekt zijn (artikelen 6 tot 8). Het ontwerp bevat ook een hoofdstuk met gemeenschappelijke bepalingen (artikelen 9 tot 12), onder meer regels inzake de opeisbaarheid van de waarborg, de betaalbaarstelling van de afgeroepen waarborg en het verval van rechtswege van de waarborg.

De bestaande regeling, vervat in het besluit van de Vlaamse Regering van 5 oktober 2007 betreffende de waarborgen in het kader van de inhaalbeweging voor schoolinfrastructuur Vlaanderen, wordt opgeheven (artikel 13).

De nieuwe regeling zal in werking treden op 1 juni 2009 (artikel 14).

RECHTSGROND

1. Luidens de aanhef van het ontwerp wordt rechtsgrond gezocht in de artikelen 37 en 38 van het decreet van 7 juli 2006.

.../...

Rekening houdend met de vervanging van artikel 38 bij artikel IX.23⁽¹⁾ van het decreet van 8 mei 2009 betreffende het onderwijs XIX⁽²⁾, dat uitwerking heeft sedert 15 mei 2009, luiden de betrokken artikelen als volgt:

"Art. 37. De Vlaamse Regering is gemachtigd om een gemeenschapswaarborg te hechten aan de leningen aangegaan door de DBFM-vennootschap voor de realisatie van het DBFM-programma.

De Vlaamse Regering kan de nadere regels bepalen, met betrekking tot de voorwaarden of modaliteiten voor het stellen van deze waarborg.

Art. 38. De Vlaamse Regering is gemachtigd om een gemeenschapswaarborg te stellen voor de overige financiële verplichtingen van de inrichtende machten voortvloeiende uit een individueel DBFM-contract in het kader van het DBFM-programma en die niet gedekt worden door een DBFM-toelage, REG-toelage of Pilootproject-toelage".

2. Er dient echter gewezen te worden op artikel 39 van het decreet van 7 juli 2006, dat werd toegevoegd bij artikel IX.24⁽³⁾ van hetzelfde decreet van 8 mei 2009, dat eveneens uitwerking heeft met ingang van 15 mei 2009:

"Art 39. De Vlaamse Regering kan de nadere regels bepalen met betrekking tot de voorwaarden of modaliteiten voor het stellen van de waarborgen bedoeld in artikelen 37 en 38, met inbegrip van de mogelijkheid om hierbij af te wijken van het interest maximum zoals bepaald in artikel 6, § 4, van het decreet van 7 mei 2004 houdende bepalingen inzake kas-, schuld- en waarborgbeheer van de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest".

Gelet op de specifieke opdracht die aan de Vlaamse Regering wordt gegeven, dient in hoofddorde op artikel 39 een beroep te worden gedaan als rechtsgrond.

⁽¹⁾ Dit artikel is het resultaat van een amendement (*Parl. St.* Vl. Parl., 2008-09, nr. 2159/2, 55-56, amendement nr. 80), waarover de Raad van State, afdeling Wetgeving, geen advies heeft verleend.

⁽²⁾ Op het moment dat dit advies wordt gegeven nog niet bekendgemaakt in het *Belgisch Staatsblad*. Er is gebruik gemaakt van de tekst goedgekeurd door het Vlaams Parlement: *Parl. St.* Vl. Parl., 2008-09, nr. 2159/5, 100-101.

⁽³⁾ Dit artikel maakt eveneens deel uit van het reeds vermelde amendement nr. 80.

3.1. Bij artikel IX.21 van het decreet van 8 mei 2009 is in het decreet van 7 juli 2006 een artikel *7bis* ingevoegd, met uitwerking vanaf 15 mei 2009. Dat artikel luidt:

"De bepalingen van het decreet van 7 mei 2004 houdende bepalingen inzake kas-, schuld-, en waarborgbeheer van de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest zijn niet van toepassing op de verbintenissen opgenomen in dit decreet".

De artikelen 6 tot 10 van het decreet van 7 mei 2004 houdende bepalingen inzake kas-, schuld-, en waarborgbeheer van de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest vormen het algemeen kader inzake waarborgverlening door de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest, doch kunnen, gelet op voormeld artikel *7bis*, geen rechtsgrond vormen voor het ontworpen besluit ⁽⁴⁾.

3.2. Aangezien het decreet van 7 mei 2004 niet van toepassing is op de verbintenissen bedoeld in het decreet van 7 juli 2006, dient de verwijzing in artikel 5 van het ontwerp naar artikel 8 van dat decreet gelezen te worden als het van overeenkomstige toepassing verklaren van de bijdrageplicht.

Voor het opleggen van een retributie is krachtens artikel 173 van de Grondwet de tussenkomst van de decreetgever vereist, die zelf minstens de gevallen dient te bepalen waarin de heffing verschuldigd is alsook door wie ze verschuldigd is.

Aangezien een dergelijke decretale regeling blijkt te ontbreken, is er geen rechtsgrond voor het opleggen van een waarborgpremie.

VORMVEREISTEN

Bij brief van 15 mei 2009 heeft de Vlaamse minister van Financiën en Begroting zijn begrotingsakkoord verleend "op voorwaarde dat in het besluit overal de minister van onderwijs vervangen wordt door de minister van financiën (art. 1, art. 3, § 1, § 2, en § 7, art. 7, art. 10, art. 15)".

Eveneens op 15 mei 2009 heeft de Vlaamse Regering het voorontwerp van besluit principieel goedgekeurd "[m]its voldaan wordt aan de voorwaarde, vermeld in het akkoord van 15 mei 2009 van de Vlaamse minister, bevoegd voor de begroting".

⁽⁴⁾ In de aanhef van het besluit van 5 oktober 2007 wordt wel gerefereerd aan de artikelen 6 tot 10 van het decreet van 7 mei 2004.

In de aan de Raad van State, afdeling Wetgeving, voorgelegde tekst van het besluit zijn de bedoelde aanpassingen niet aangebracht, wat dient te worden verholpen.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	M. VAN DAMME,	kamervoorzitter,
	J. BAERT, W. VAN VAERENBERGH,	staatsraden,
Mevrouw	A. BECKERS,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de H. F. VANNESTE, adjunct-auditeur.

DE GRIFFIER,

DE VOORZITTER,

A. BECKERS

M. VAN DAMME