

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 47.189/1
VAN 1 OKTOBER 2009

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling Wetgeving, eerste kamer, op 10 september 2009 door de Vlaamse minister van Onderwijs, Jeugd, Gelijke Kansen en Brussel verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering "tot wijziging van het besluit van de Vlaamse Regering van 31 juli 1990 houdende organisatie van het deeltijds kunstonderwijs, studierichting 'Beeldende kunst', het besluit van de Vlaamse Regering van 31 juli 1990 houdende organisatie van het deeltijds kunstonderwijs, studierichtingen 'Muziek', 'Woordkunst' en 'Dans' en het besluit van de Vlaamse Regering van 31 maart 2006 betreffende tijdelijke projecten inzake kunstinitiatie voor kansarme en/of allochtone minderjarigen en tot opheffing van het besluit van de Vlaamse Regering van 6 september 2002 betreffende tijdelijke projecten inzake kunstinitiatie voor kansarme en/of allochtone minderjarigen", heeft het volgende advies gegeven:

Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft de afdeling Wetgeving zich toegespitst op 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 er in hoofdzaak toe het opleidingsaanbod in het deeltijds kunstonderwijs uit te breiden door een aantal tijdelijke projecten die gunstig zijn geëvalueerd door de onderwijsinspectie om te zetten in organieke regelingen. Daartoe worden de organisatiebesluiten van het deeltijds kunstonderwijs ⁽¹⁾ gewijzigd. Die wijzigingen hebben, onder meer, betrekking op het vaststellen van de opties en vakken die kunnen worden aangeboden, op het bepalen van het minimum lessenrooster per optie, op het vaststellen van afwijkende groepsnormen, afwijkende omkaderingsnormen en nieuwe toelatingsvoorwaarden, en op de programmatie van de nieuwe opties.

Van de gelegenheid wordt evenwel ook gebruik gemaakt om, enerzijds, een aantal inhoudelijke aanpassingen (bijvoorbeeld de afschaffing van de 15km-regel door de artikelen 19, 2/, en 45, 2/, van het ontwerp) en technische of terminologische correcties door te voeren in beide besluiten en, anderzijds, om de reglementaire bepalingen inzake tijdelijke projecten inzake kunstinitiatie voor kansarme of allochtone leerlingen in overeenstemming te brengen met de toepasselijke decretale bepalingen (zie de artikelen 48 en 49).

⁽¹⁾ Daarmee zijn bedoeld het besluit van de Vlaamse Regering van 31 juli 1990 houdende organisatie van het deeltijds kunstonderwijs, studierichting beeldende kunst (hierna: organisatiebesluit beeldende kunst) en het besluit van de Vlaamse Regering van 31 juli 1990 houdende organisatie van het deeltijds kunstonderwijs, studierichtingen muziek, woordkunst en dans (hierna: organisatiebesluit podiumkunsten).

RECHTSGROND

1. Voor de verschillende bepalingen van het ontwerp kan in beginsel rechtsgrond worden gevonden in titel V van het decreet van 31 juli 1990 betreffende het onderwijs-II (hierna ook: onderwijsdecreet II) ⁽²⁾. Het gaat meer bepaald om de in het eerste lid van de aanhef van het ontwerp vermelde bepalingen, namelijk de artikelen 93, 93*bis*, 93*ter* en 96, alsook om bepalingen die niet in dat lid van de aanhef zijn vermeld, te weten artikel 90, 1/, en artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, gelezen in samenhang met artikel 94, §§ 3 en 4, van het onderwijsdecreet II, met de bepalingen van hoofdstuk VIII van het decreet van 28 juni 2002 betreffende gelijke onderwijskansen-I en met artikel 5 van het decreet van 10 juli 2008 houdende enkele dringende maatregelen voor het deeltijds kunstonderwijs.

2. Op het vlak van de rechtsgrond vormen bepaalde onderdelen van het ontwerp echter een probleem. Dat is in elk geval zo voor de hierna vermelde onderdelen.

2.1. Artikel 5, 1/ tot 4/, van het ontwerp beoogt artikel 7, § 1, van het organisatiebesluit beeldende kunst te wijzigen in verband met het minimum lessenrooster. De inleidende zin van de te wijzigen paragraaf luidt: "Een lessenrooster dat tenminste de volgende vakken omvat, beschikt over de goedkeuring bedoeld in artikel 6 van de wet van 29 mei 1959 tot wijziging van sommige bepalingen van de onderwijswetgeving". Artikel 6 van de schoolpactwet van 29 mei 1959 is gewijzigd bij het decreet van 28 juni 2002 betreffende gelijke onderwijskansen-I en sindsdien voorziet dat artikel niet meer in enige goedkeuring, zodat artikel 7, § 1, van het organisatiebesluit beeldende kunst sedert die wijziging niet meer kan worden toegepast. Het is overigens niet duidelijk welke decretaale bepaling een voldoende rechtsgrond zou kunnen bieden voor dat artikel en derhalve ook voor artikel 5, 1/ tot 4/, van het ontwerp.

⁽²⁾ De bepalingen van titel V van onderwijsdecreet II kennen de Vlaamse Regering een ruime regelingsbevoegdheid toe. Afgezet tegen artikel 24, § 5, van de Grondwet kan zelfs de vraag worden gesteld of sommige van die bepalingen wel in overeenstemming zijn met het legaliteitsbeginsel in onderwijszaken. Op dit punt kan de afdeling Wetgeving van de Raad van State zich evenwel niet uitlaten in het kader van het onderzoek van het voorliggend ontwerp.

Deze opmerking geldt eveneens voor de artikelen 27 en 28 van het ontwerp, die strekken tot wijziging van de artikelen 7 en 10 van het organisatiebesluit podiumkunsten.

2.2. Artikel 6 van het ontwerp vult artikel 9 van het organisatiebesluit beeldende kunst aan met twee paragrafen waarin voor bepaalde opties het maximaal aantal leerjaren en het minimaal aantal lestijden wordt vastgesteld. Artikel 90, 1/, eerste streepje, van het onderwijsdecreet II verleent de Vlaamse Regering slechts de bevoegdheid om het minimum aantal lestijden te bepalen "per graad en per studierichting", zodat onduidelijk is welke decretale bepalingen rechtsgrond zouden kunnen bieden voor de ontworpen paragrafen ⁽³⁾. De gemachtigde heeft erkend dat er op dit punt inderdaad een rechtsgrondprobleem bestaat. De ontworpen bepalingen zullen slechts doorgang kunnen vinden nadat daartoe een decretale rechtsgrond is gecreëerd.

ALGEMENE OPMERKINGEN

Sommige bepalingen van het ontwerp creëren een verschillende behandeling van de instellingen, bijvoorbeeld naargelang van de nieuwe optie die zij zullen aanbieden ⁽⁴⁾. Sommige van deze verschillen hebben ook onrechtstreeks tot gevolg dat leerlingen en leerkrachten verschillend worden behandeld.

⁽³⁾ Het maximaal aantal leerjaren en het minimaal aantal lestijden strijdt overigens met wat artikel 94, § 3, tweede lid, van het onderwijsdecreet II bepaalt.

⁽⁴⁾ Zo zijn de verhoogde omkaderingsnormen niet voor alle opties dezelfde zoals uit artikel 12 van het ontwerp blijkt en geldt de territoriale beperking slechts voor sommige nieuwe opties (zie de artikelen 18, 1/, en 44 van het ontwerp).

Artikel 24, § 4, van de Grondwet, dat voor onderwijszaken de beginselen inzake gelijkheid en niet-discriminatie bevestigt ⁽⁵⁾, bepaalt dat alle leerlingen, personeelsleden en onderwijsinstellingen gelijk zijn voor de wet of het decreet en dat de wet en het decreet rekening dienen te houden met objectieve verschillen, waaronder de eigen karakteristieken van iedere inrichtende macht, die een aangepaste behandeling verantwoorden.

De grondwettelijke regels van de gelijkheid en de niet-discriminatie sluiten niet uit dat een verschil in behandeling tussen bepaalde categorieën van personen wordt ingesteld, voor zover dat verschil op een objectief criterium berust en het redelijk verantwoord is. Dezelfde regels verzetten er zich overigens tegen dat categorieën van personen, die zich ten aanzien van een maatregel in wezenlijk verschillende situaties bevinden, op identieke wijze worden behandeld, zonder dat daarvoor een redelijke verantwoording bestaat.

Deze verantwoording moet worden beoordeeld, rekening houdend met het doel en de gevolgen van de maatregel en met de aard van de ter zake geldende beginselen. Het gelijkheidsbeginsel is geschonden wanneer vaststaat dat er geen redelijk verband van evenredigheid bestaat tussen de aangewende middelen en het beoogde doel ⁽⁶⁾.

Om ten aanzien van het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie een verschil in behandeling onder de onderwijsinstellingen te verantwoorden, is het evenwel niet voldoende te wijzen op het bestaan van objectieve verschillen onder die instellingen. Daarnaast moet nog worden aangetoond dat, ten aanzien van de geregelde aangelegenheid, het onderscheid relevant is om een verschillende behandeling in redelijkheid te verantwoorden ⁽⁷⁾.

Sommige van de gehanteerde verschillen volgen uit de eigenheid van de studierichtingen, zoals de definitie van financierbare leerling of de instapleeftijd. De

⁽⁵⁾ Zie, onder meer, Grondwettelijk Hof nr. 1/2003, 8 januari 2003, B.11, en Grondwettelijk Hof, nr. 90/2008, 11 juni 2008, B.4.

⁽⁶⁾ Zie bijv. Grondwettelijk Hof, nr. 29/2005, 9 februari 2005, B.9, i.v.m. de financiering van de universiteiten.

⁽⁷⁾ Cf. Grondwettelijk Hof, nr. 90/2008, 11 juni 2008, B.4 en B.5.

andere onderscheiden behandelingen worden door de gemachtigde in essentie verantwoord door het feit dat, in afwachting van de grondige hervorming van het deeltijds kunstonderwijs die wordt voorbereid, de Regering de regeling die van toepassing is op de bestaande opties niet wenst te wijzigen. Bovendien houden de specifieke bepalingen voor de nieuwe opties verband met de gespecialiseerde aard van de opleiding en de zorg om de kwaliteit ervan te waarborgen; zij pogen ook enigszins rekening te houden met de te verwachten nieuwe beleidsopties. De onderscheiden behandeling is dus tijdelijk van aard.

Dergelijke verantwoording lijkt in zijn algemeenheid niet onredelijk. Er zal echter moeten voor worden gewaakt dat de onderscheiden behandelingen niet langer worden in stand gehouden dan redelijkerwijze nodig is om de hervorming gestalte te geven.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Aanhef

1. Gelet op wat over de rechtsgrond is opgemerkt, zal vooraan in de aanhef een verwijzing moeten worden toegevoegd naar artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980.

2. De verwijzing naar het onderwijsdecreet II stelle men als volgt:

"Gelet op het decreet van 31 juli 1990 betreffende het onderwijs-II, artikelen 90, 1/, 93, gewijzigd bij de decreten van 7 juli 2006 en 10 juli 2008, 93bis en 93ter, ingevoegd bij het decreet van 8 mei 2009, 94, §§ 3 en 4, gewijzigd bij het decreet van 14 juli 1998, en 96;".

3. Na de verwijzing naar onderwijsdecreet II zullen volgende nieuwe leden moeten worden toegevoegd:

.../...

"Gelet op het decreet van 28 juni 2002 betreffende gelijke onderwijskansen-I, hoofdstuk VIII, gewijzigd bij de decreten van 15 juli 2005 en 7 juli 2006;

Gelet op het decreet van 10 juli 2008 houdende enkele dringende maatregelen voor het deeltijds kunstonderwijs, artikel 5;"

4. De leden van de aanhef die aanvangen met "Overwegende", dienen opgenomen te worden onmiddellijk na de rechtsgrondbepalingen. De erin vermelde besluiten schetsen immers niet het juridische kader van het ontwerp, maar worden door het ontwerp gewijzigd of opgeheven. De betrokken leden moeten trouwens aanvangen met "Gelet op" in plaats van met "Overwegende".

Artikel 8

Het ontworpen artikel 12, § 2, 1/, van het organisatiebesluit beeldende kunst wekt de indruk dat elke leerling die in het lager onderwijs is ingeschreven, kan worden toegelaten tot leeftijdsgroep A. Het ontworpen artikel 12, § 2, 2/, wekt dan weer de indruk dat elke leerling die minstens twee volledige schooljaren in het lager onderwijs is ingeschreven, kan worden toegelaten tot leeftijdsgroep B, dus ook als hij of zij bijvoorbeeld 3 of 5 jaren is ingeschreven in het lager onderwijs.

In de nota aan de Vlaamse Regering van 15 mei 2009 wordt de ontworpen regeling als volgt toegelicht:

"De instap in de beeldende kunstopleiding voor kinderen gebeurt op leeftijd. Om leerlingen die vóór de leeftijd van zes jaar in het lager onderwijs stappen, de kans te geven om samen met hun klasgenoten DKO te volgen verwees het oorspronkelijke artikel naar het leerjaar in het basisonderwijs waarin de leerling is ingeschreven. Sinds het decreet basisonderwijs van 25 februari 1997 kent dit onderwijsniveau geen indeling in leerjaren meer. Daarom wordt nu verwezen naar het aantal schooljaren dat de leerling ingeschreven is in het lager onderwijs".

Uit die toelichting blijkt dat de ontworpen bepaling niet volledig overeenstemt met de bedoeling van de stellers van het ontwerp. De gemachtigde bevestigde uitdrukkelijk de bedoeling die in de nota aan de Vlaamse Regering is weergegeven. Hij erkende dat de huidige redactie voor betwisting vatbaar is en dat niet uit te sluiten valt dat leerlingen toegang eisen tot een bepaalde leeftijdsgroep, ook al is die niet voor hen bestemd.

Teneinde geen twijfel over de precieze toegangsvoorwaarden te laten bestaan, heeft de gemachtigde volgende formulering voorgesteld, waarmee kan worden ingestemd:

"Art. 8. In artikel 12 van hetzelfde besluit, vervangen bij het besluit van de Vlaamse Regering van 14 december 2001, wordt paragraaf 2 vervangen door wat volgt:

«§ 2. Voor de verschillende leeftijdsgroepen gelden de volgende voorwaarden:

- 1/ leerlingen worden toegelaten tot leeftijdsgroep A van de lagere graad als ze zes jaar zijn en niet ouder dan zeven jaar of als ze hoogstens twee volledige schooljaren zijn ingeschreven in het lager onderwijs;
- 2/ leerlingen worden toegelaten tot leeftijdsgroep B van de lagere graad als ze acht jaar zijn en niet ouder dan negen jaar of als ze minstens twee en hoogstens vier volledige schooljaren zijn ingeschreven in het lager onderwijs;
- 3/ leerlingen worden toegelaten tot leeftijdsgroep C van de lagere graad als ze tien jaar zijn en niet ouder dan elf jaar of als ze minstens vier volledige schooljaren zijn ingeschreven in het lager onderwijs;
- 4/ de optie animatiefilm kan pas worden georganiseerd vanaf leeftijdsgroep B»".

Dezelfde opmerking geldt ook voor artikel 35 van het ontwerp, dat betrekking heeft op de leeftijdsvoorwaarden voor toegang tot de verschillende leerjaren in de studierichting 'Dans' ⁽⁸⁾.

⁽⁸⁾ Deze opmerking geldt niet voor artikel 34, aangezien die bepaling correct is geredigeerd.

Artikel 18

Artikel 18 van het ontwerp beoogt nieuwe regels voor het programmeren van bepaalde opties in te voegen in artikel 44 van het organisatiebesluit beeldende kunst. Sommige nieuwe opties zullen daardoor enkel kunnen worden georganiseerd als er nog geen andere instelling in de betrokken provincie bestaat die deze optie organiseert.

De vraag is of een dergelijke regeling in overeenstemming is met het gelijkheidsbeginsel. De regeling komt er immers op neer dat een instelling die de optie wil organiseren, zulks niet kan als een andere instelling die optie reeds organiseert in dezelfde provincie.

De beperking dat per provincie slechts één instelling kan worden erkend om een optie te organiseren, is niet per se strijdig met het gelijkheidsbeginsel, voor zover daartoe een afdoende verantwoording bestaat (bijvoorbeeld: rationalisering en efficiënte aanwending van overheidsmiddelen)⁽⁹⁾. Uit de verklaring van de gemachtigde blijkt dat deze regel tot doel heeft de kwaliteit van zeer gespecialiseerde opleidingen te bevorderen en dat op het terrein met de betrokken instellingen is overlegd, die hierover onderling afspraken hebben gemaakt. Dat laatste neemt echter niet weg dat op een bepaald moment een toestand kan ontstaan waarbij twee instellingen in één provincie een bepaalde optie wensen te organiseren. De oplossing van dit probleem aan de hand van het principe "eerst komt, eerst maalt", lijkt in dat opzicht onevenredig, onder meer omdat het niet ondenkbaar is dat de nieuwe kandidaat meer waarborgen biedt op het vlak van bijvoorbeeld kwaliteit, geografische toegankelijkheid en financiële draagkracht.

Het zou meer in overeenstemming met het gelijkheidsbeginsel zijn in het ontwerp criteria op te nemen op grond waarvan in dat geval dient te worden bepaald welke instelling in de betrokken provincie de optie kan aanbieden.

Deze opmerkingen gelden evenzeer bij artikel 44 van het ontwerp.

⁽⁹⁾ Zie bijv. Grondwettelijk Hof, nr. 60/2003, 14 mei 2003, B.3.2.

Artikel 50

Uit artikel 50 van het ontwerp volgt dat alle bepalingen uitwerking zullen krijgen met terugwerkende kracht. 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 retroactiviteit tot 1 september 2008 van de artikelen 48 en 49 van het ontwerp stelt geen probleem aangezien het gaat om het in overeenstemming brengen van reglementaire bepalingen met de geldende decretale bepalingen.

In verband met de terugwerkende kracht tot 1 september 2009 die aan de overige bepalingen van het ontwerp wordt gegeven, heeft de gemachtigde erop gewezen dat de instellingen reeds geruime tijd op de hoogte zijn gebracht van de ontworpen wijzigingen. Er dient te worden opgemerkt dat het bezwaar niet kan worden verholpen door het gegeven dat de ontworpen regeling onder meer bij rondzendbrief reeds is bekendgemaakt. Het procédé waarbij een regeling onmiddellijk wordt opgelegd zonder het totstandkomen van de noodzakelijke decretale of reglementaire basis af te wachten, en aan die laatste dan, wanneer zij uiteindelijk tot stand komt, terugwerkende kracht te verlenen voor zoveel tijd als nodig is om de reeds gangbare praktijk te bevestigen, is immers ontoelaatbaar. Dit is vooreerst het geval, omdat het afwijkt van de normale regels die moeten worden gevolgd bij de totstandkoming van reglementaire bepalingen en het die regels dreigt uit te hollen, ten tweede, omdat het de beslissingsbevoegdheid van de Vlaamse Regering feitelijk aan banden legt, ten derde, omdat de inhoud van de ministeriële rondzendbrieven niet wordt bekendgemaakt op een wijze als bedoeld in artikel 190 van de Grondwet en, ten slotte, omdat het gevolgde procédé een bron van rechtsonzekerheid is voor de bestemmingen van de betrokken normen.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	M. VAN DAMME,	kamervoorzitter,
	J. BAERT, W. VAN VAERENBERGH,	staatsraden,
	M. RIGAUX, L. DENYS,	assessoren van de afdeling Wetgeving,
Mevrouw	G. VERBERCKMOES,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de H. B. STEEN, auditeur.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

G. VERBERCKMOES

M. VAN DAMME