

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 48.077/1
VAN 29 APRIL 2010

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling Wetgeving, eerste kamer, op 6 april 2010 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 voorontwerp van decreet "betreffende het onderwijs XX", 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 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 VOORONTWERP VAN DECREET

Volgens de memorie van toelichting heeft het om advies voorgelegde voorontwerp van decreet

"als operationele doelstelling een aantal technische correcties [aan te brengen] aan bestaande niveau- en themadecreten met als doel:

- een goede werking van het schooljaar 2010-2011 met een aantal vereenvoudigingen;
- rechtszekerheid bieden aan het onderwijslandschap over een aantal decretale bepalingen;
- verlengen van een reeks lopende tijdelijk projecten".

ALGEMENE OPMERKINGEN

I. Legaliteitsbeginsel in onderwijszaken

Artikel 24, § 5, van de Grondwet bepaalt dat de inrichting ⁽¹⁾, erkenning of subsidiëring van het onderwijs door de gemeenschap wordt geregeld door de wet of het decreet. Volgens de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof ⁽²⁾ vereist artikel 24, § 5, van de Grondwet dat de door de decreetgever verleende opdrachten slechts op de

⁽¹⁾ De inrichting van een bepaalde vorm van onderwijs sluit de financiering ervan in (*Parl. St. Senaat, B.Z. 1988, nr. 100-1/2/, 91*).

⁽²⁾ Vaste rechtspraak van het Grondwettelijk Hof, zie bijvoorbeeld arrest nr. 142/2008, 30 oktober 2008, B.3.

tenuitvoerlegging van de door de decreetgever zelf vastgestelde beginselen betrekking hebben. Via die opdrachten kan een gemeenschapsregering of een andere overheid de onnauwkeurigheid van die beginselen niet opvangen of onvoldoende omstandige beleidskeuzes niet verfijnen ⁽³⁾.

In het licht van het legaliteitsbeginsel in onderwijszaken, stellen een aantal bepalingen van het ontwerp een probleem. Daarop zal geval per geval worden gewezen bij de bespreking van de bedoelde artikels.

II. Retroactiviteit

Heel wat bepalingen uit het ontwerp hebben terugwerkende kracht. Er kan in dit verband onder meer worden verwezen naar de artikelen II.11, III.48, IV.13, IV.41, V.32, VI.14, VII.30 en VIII.22 van het ontwerp, die de inwerkingtreding van de verschillende hoofdstukken regelen.

Zoals het Grondwettelijk Hof er reeds meermaals heeft op gewezen, is de niet-retroactiviteit van wetten of decreten een waarborg ter voorkoming van rechtsonzekerheid en vereist die waarborg dat het recht voorzienbaar en toegankelijk is, zodat eenieder in redelijke mate de gevolgen van een welbepaalde handeling kan voorzien op het tijdstip dat de handeling wordt verricht ⁽⁴⁾. Nog volgens het Grondwettelijk Hof kan de terugwerkende kracht van wetten of decreten enkel worden verantwoord wanneer zij onontbeerlijk is voor de verwezenlijking van een doelstelling van algemeen belang; indien bovendien blijkt dat de terugwerkende kracht tot gevolg heeft dat de afloop van gerechtelijke procedures in een welbepaalde zin wordt beïnvloed of dat rechtscolleges worden verhinderd zich uit te spreken over een bepaalde rechtsvraag, vergt de aard van

⁽³⁾ Over het wettigheidsbeginsel, zie onder meer: B. STEEN, "Het legaliteitsbeginsel in onderwijsaangelegenheden (art. 24, §5 GW): een stand van zaken", *T.O.R.B.*, 2000-01, 347-382; B. STEEN, "Streng, strenger, strengst!? De verhouding tussen de rechtspraak van het Arbitragehof en de adviezen van de afdeling wetgeving van de Raad van State in constitutionele onderwijsaangelegenheden. Het legaliteitsbeginsel als casus", *T.O.R.B.*, 2006-2007, 213-222; L. VÉNY, *Onderwijsrecht. I. Dragende beginselen*, Brugge, die Keure, 2010, 97-108.

⁽⁴⁾ Zie onder meer: Grondwettelijk Hof, nr. 49/98, 20 mei 1998, B.4; Grondwettelijk Hof, nr. 17/2000, 9 februari 2000, B.4; Grondwettelijk Hof, nr. 36/2000, 29 maart 2000, B.5.

het in het geding zijnde beginsel dat uitzonderlijke omstandigheden een verantwoording bieden voor het optreden van de wet- of decreetgever dat ten nadele van een categorie burgers inbreuk maakt op de jurisdictionele waarborgen die aan allen worden geboden ⁽⁵⁾.

Voor elk van de gevallen van terugwerkende kracht waarin het ontwerp voorziet zal derhalve een verantwoording moeten kunnen worden geboden. Het verdient aanbeveling die verantwoording in de memorie van toelichting op te nemen.

Bij de bepalingen van het ontwerp die in het licht hiervan een probleem lijken te stellen, zal daarop worden gewezen bij de bespreking van de bedoelde artikels.

VORMVEREISTEN

Overleg in verband met fundamentele onderwijshervormingen

Artikel II.2 van het decreet van 8 mei 2009 betreffende het onderwijs XIX heeft in het decreet basisonderwijs van 25 februari 1997 een artikel 11*bis* ingevoegd dat luidt:

"De regering informeert de afgevaardigden van de inrichtende machten en de representatieve vakorganisaties over elke geplande fundamentele onderwijshervorming.

Vóór de Vlaamse Regering een eerste principiële beslissing ter zake neemt, wordt op vraag van ten minste één van de afgevaardigden van de inrichtende machten een apart overleg georganiseerd over die fundamentele onderwijshervorming tussen de minister, bevoegd voor het onderwijs, of zijn afgevaardigde en de afgevaardigden van de inrichtende machten.

Vóór de Vlaamse Regering een eerste principiële beslissing ter zake neemt, wordt op vraag van ten minste één van de representatieve vakorganisaties een apart overleg georganiseerd over die fundamentele onderwijshervorming tussen de

⁽⁵⁾ Zie, naast de in de vorige voetnoot geciteerde arresten, onder meer: Grondwettelijk Hof, nr. 64/97, 6 november 1997, B.5; Grondwettelijk Hof, nr. 3/98, 14 januari 1998, B.7; Grondwettelijk Hof, nr. 97/99, 15 september 1999, B.2.3; Grondwettelijk Hof, nr. 89/2000, 13 juli 2000, B.15; Grondwettelijk Hof, nr. 38/2001, 13 maart 2001, B.14.1; Grondwettelijk Hof, nr. 98/2001, 13 juli 2001, B.8.1; Grondwettelijk Hof, nr. 159/2001, 19 december 2001, B.13.1; Grondwettelijk Hof, nr. 6/2003, 22 januari 2003, B.8; Grondwettelijk Hof, nr. 40/2003, 9 april 2003, B.7.1.

minister, bevoegd voor het onderwijs, of zijn afgevaardigde en de representatieve vakorganisaties"⁽⁶⁾.

Deze regeling is in de plaats gekomen van de regeling vervat in artikel 5 van de schoolpactwet ⁽⁷⁾, die is opgeheven bij artikel III.1 van onderwijsdecreet XIX. Op grond van de opgeheven bepaling diende aan fundamentele onderwijshervormingen een "overleg onder de afgevaardigden van de inrichtende machten" vooraf te gaan; onder "fundamentele hervorming" diende volgens dezelfde bepaling te worden verstaan "een wijziging in de algemene oriëntering of de duur van de studiën en in de voorwaarden van toelating en overgang van de leerlingen".

Zo bevat het ontworpen artikel 18 van het decreet basisonderwijs (artikel II.4 van het ontwerp) toelatingsvoorwaarden voor het lager onderwijs, die op grond van het opgeheven artikel 5 van de schoolpactwet als "fundamentele hervorming" zouden dienen te worden beschouwd.

In de nieuwe bepaling is echter geen omschrijving van "fundamentele onderwijshervorming" opgenomen. Ook de memorie van toelichting ⁽⁸⁾ bevat terzake geen nadere verduidelijking, terwijl over de bespreking in de bevoegde commissie van het Vlaams Parlement van het ontwerp van decreet dat het onderwijsdecreet XIX geworden is, geen verslag ter beschikking is zodat ook op basis van de bespreking ervan in de commissie niet meer duidelijkheid kan worden bekomen ⁽⁹⁾.

⁽⁶⁾ Zie, in dezelfde zin, voor het secundair onderwijs, het deeltijds kunstonderwijs en het volwassenenonderwijs: de artikelen 46bis en 90bis van het onderwijsdecreet II en artikel 131 van het decreet van 15 juni 2007 betreffende het volwassenenonderwijs.

⁽⁷⁾ Wet van 29 mei 1959 tot wijziging van sommige bepalingen van de onderwijswetgeving.

⁽⁸⁾ *Parl. St. Vl. Parl.*, 2008-09, nr. 2159/1, 11-12. Wel bevat de memorie volgende uitleg over de aard van het overleg: "Het overleg wordt niet meer gezien als een vormvereiste om besluiten of decreten tot stand te brengen. Het wordt gezien als ondersteunend voor het formeel overleg tussen de sociale partners in de VLOR-instanties en in de onderhandelingscomités. Het gaat meer om het verduidelijken in de diverse niveaudecreten van het nu al bestaande informeel overleg dat systematischer wordt. Het heeft als hoofddoel het formeel overleg vlotter en minder langdurig te maken zodat het besluitvormingsproces van nieuwe onderwijsregelgeving tijdig kan afgerond worden om te kunnen communiceren met de verschillende onderwijsactoren" (*ibidem*, 12).

⁽⁹⁾ Bij de artikelsgewijze bespreking in de plenaire vergadering van het Vlaams Parlement zijn alle artikelen "zonder opmerkingen" aangenomen (*Hand. Vl. Parl.*, plenaire vergadering nr. 45, 30 april 2009, 13).

Aangezien de draagwijdte van wat onder "geplande fundamentele onderwijshervorming" moet worden verstaan door de decreetgever niet duidelijk is bepaald, is er aan de Vlaamse Regering meer ruimte gelaten om te oordelen of er al dan niet sprake is van een dergelijke hervorming.

De gemachtigde heeft desgevraagd laten weten dat het voorontwerp van decreet geen bepalingen bevat die als fundamentele hervormingen in de zin van artikel 11bis van het decreet basisonderwijs kunnen worden aangemerkt. Het informeren en het voorafgaand overleg op verzoek, zoals voorzien in de betrokken bepaling, hebben dan ook niet plaats gevonden.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

HOOFDSTUK III - SECUNDAIR ONDERWIJS

Afdeling III - Decreet houdende diverse maatregelen met betrekking tot het secundair onderwijs

Artikel III.30

Het ontworpen artikel 103, § 4, van het decreet van 14 juli 1998 houdende diverse maatregelen met betrekking tot het secundair onderwijs en tot wijziging van het decreet van 25 februari 1997 betreffende het basisonderwijs, bepaalt dat de Vlaamse Regering verdere regels kan vastleggen inzake de toekenning, de uitbetaling en de controle op de aanwending van de extra middelen aan instellingen met technische of beroepsgerichte opleidingen.

Deze bepaling mag uiteraard niet zo worden begrepen dat ze het de Vlaamse Regering zou mogelijk maken om afbreuk te doen aan de regeling die inzake de terugvordering van subsidies in geval van niet-naleving van de subsidievoorwaarden door de toelagetrekker en de afwending van subsidies van de doeleinden waarvoor ze werden

verleend, is vervat in artikel 57, eerste lid, van de wetten op de Rijkscomptabiliteit, gecoördineerd op 17 juli 1991 ⁽¹⁰⁾.

Afdeling V - Eindtermen, de ontwikkelingsdoelen en de specifieke eindtermen in het voltijds gewoon en buitengewoon onderwijs

Artikel III.48

Artikel III, 48, 1/, van het ontwerp doet ervan blijken dat aan onder meer de artikelen III.10 en III.40 terugwerkende kracht wordt verleend met ingang van 1 september 2009. De laatstgenoemde bepalingen verplichten het centrum voor deeltijds beroepssecundair onderwijs en de ouders ertoe om diverse wederzijdse afspraken te maken door middel van een engagementsverklaring die in het centrumreglement wordt opgenomen. Dergelijke verplichting kan niet retroactief worden opgelegd.

⁽¹⁰⁾ Krachtens artikel 71, § 1, van de bijzondere wet van 16 januari 1989 betreffende de financiering van de gemeenschappen en de gewesten zijn, "tot de inwerkingtreding van de wet bedoeld in artikel 50, § 2, (...) de bepalingen inzake de Rijkscomptabiliteit (...) van overeenkomstige toepassing op de gemeenschappen en de gewesten". Voor wat de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest betreft, is de wet van 16 mei 2003 tot vaststelling van de algemene bepalingen die gelden voor de begrotingen, de controle op de subsidies en voor de boekhouding van de gemeenschappen en de gewesten, alsook voor de organisatie van de controle door het Rekenhof, nog niet in werking getreden. Bij artikel 1 van het koninklijk besluit van 7 juni 2007 houdende, voor wat de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest betreft, uitstel van inwerkingtreding van de wet van 16 mei 2003 tot vaststelling van de algemene bepalingen die gelden voor de begrotingen, de controle op de subsidies en voor de boekhouding van de gemeenschappen en de gewesten, alsook voor de organisatie van de controle door het Rekenhof werd de inwerkingtreding van die wet immers uitgesteld tot 1 januari 2010. Het zou echter de bedoeling zijn om de inwerkingtreding van de wet van 16 mei 2003, wat de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest betreft, verder uit te stellen aangezien een ontwerp van koninklijk besluit daartoe om advies is voorgelegd aan de afdeling Wetgeving.

HOOFDSTUK IV - LEVENSLANG LEREN

Afdeling I - Deeltijds kunstonderwijs

Artikel IV.2

In het ontworpen artikel 93, § 5, van het onderwijsdecreet II wordt voorzien in de mogelijkheid van een 'genadejaar' voor instellingen, studierichtingen, filialen en graden ⁽¹¹⁾ die niet voldoen aan de "rationalisatienormen of programmatienormen". Uit de aard zelf van de regeling lijkt die enkel van toepassing te zijn wanneer de eenheid reeds in de programmatieregeling is opgenomen, met andere woorden op een ogenblik dat voor die eenheid reeds de rationalisatienormen gelden. Het is dan ook de vraag waarom in de ontworpen bepaling melding wordt gemaakt van de programmatienormen ⁽¹²⁾.

Artikel IV.3

1. De regeling die wordt toegevoegd aan artikel 94, § 3, tweede lid, van onderwijsdecreet II komt reeds voor in artikel 9, §§ 2 en 3, van het besluit van de Vlaamse Regering van 31 juli 1990 houdende organisatie van het deeltijds kunstonderwijs, studierichting «Beeldende kunst», zoals dit besluit gewijzigd is bij besluit van 30 oktober

⁽¹¹⁾ Volgens de gemachtigde geldt de regeling ook voor kunstacademies. Dat zou duidelijker tot uiting moeten worden gebracht in de tekst van het ontwerp (vgl. met artikel 93*bis*, § 6, van het onderwijsdecreet II).

⁽¹²⁾ Vergelijk met de regeling voor het basisonderwijs waarin alleen melding wordt gemaakt van rationalisatie- of behoudsnormen (zie artikel 115 van het decreet basisonderwijs).

2009 ⁽¹³⁾. Ze wordt in het decreet opgenomen omdat de Raad van State, afdeling Wetgeving, er in zijn advies 47.189/1 van 1 oktober 2009 geen rechtsgrond voor zag.

Gelet daarop verdient het aanbeveling dat de Vlaamse Regering de betrokken bepalingen van het besluit van 31 juli 1990 zou opheffen om geen twijfel te laten bestaan over de decretale aard van de regels.

2. Uit artikel IV.13, 2/, van het ontwerp blijkt dat artikel IV.3 zal terugwerken tot 1 september 2009. In verband met die retroactiviteit dient het volgende te worden opgemerkt.

Het Grondwettelijk Hof heeft in verschillende arresten waarbij een wetsebepaling werd bestreden die mogelijk onwettige verordenende bepalingen overnam en er terugwerkende kracht aan verleende, gesteld dat een "retroactieve vervanging geen aanleiding (geeft) tot rechtsonzekerheid vermits zij de vroegere bepalingen overneemt" ⁽¹⁴⁾, of nog, dat dergelijke bepalingen

"op het vlak van de kenbaarheid van de wet geen rechtsonzekerheid (doen) ontstaan. [Dergelijke bepalingen] hebben weliswaar een terugwerkend effect, maar bevatten geen nieuwe bepaling in vergelijking met de bepalingen die in het (...) besluit voorkwamen, zodat zij niets anders hebben gedaan dan bepalingen consolideren waarvan de adressaten de draagwijdte kenden"⁽¹⁵⁾.

⁽¹³⁾ Besluit van de Vlaamse Regering van 30 oktober 2009 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.

⁽¹⁴⁾ Zie o.m.: Grondwettelijk Hof nr. 72/2002, 23 april 2002, B.11.4.; Grondwettelijk Hof, nr. 106/2002, 26 juni 2002, B.2.9; Grondwettelijk Hof nr. 3/2003, 14 januari 2003, B.2.

⁽¹⁵⁾ Grondwettelijk Hof nr. 139/2006, 14 september 2006, B.14. Zie bijv. ook Grondwettelijk Hof nr. 41/2008, 4 maart 2008, B.7.3.

De regeling bij besluit die aldus wordt gevalideerd, werd aangenomen op 30 oktober 2009, werkte terug tot 1 september 2009, doch werd pas bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad van 12 januari 2010. De kenbaarheid vóór 12 januari 2010 van die regeling was dus problematisch en die rechtsonzekerheid werkt ook door bij het bij decreet hernemen van de regeling. Er kan niet worden gesteld dat de adressaten de draagwijdte van de verordenende bepalingen kenden in de periode van 1 september 2009 tot 12 januari 2010.

Voor die inbreuk op de normale waarborg van de voorzienbaarheid en kenbaarheid van het recht zal derhalve een verantwoording moeten kunnen worden gegeven. Voor meer details kan worden verwezen naar de algemene opmerking die in dit verband is gemaakt (zie: Algemene opmerkingen, II. Retroactiviteit).

Artikelen IV.6, IV.7 en IV.11

1. Er is een discrepantie tussen de ontworpen paragrafen 4 die het voorwerp zijn van enerzijds artikel IV.6, 3/, en anderzijds artikel IV.7, 3/. In de eerste bepaling is sprake van "de projectorganisatoren", terwijl in de tweede bepaling sprake is van "de instellingen". Bovendien luidt de eerste bepaling "leveren inspanningen om (...) te realiseren", wat duidt op een inspanningsverbintenis, terwijl de tweede bepaling gewag maakt van "realiseren", wat lijkt te wijzen op een resultaatsverbintenis.

Indien in beide bepalingen hetzelfde is bedoeld, dan is vanuit rechtszekerheidsoogpunt vereist dat dezelfde terminologie wordt gebruikt. Is dit niet het geval, dan zal voor dat verschil in behandeling een verantwoording gegeven moeten kunnen worden.

2. De bedoeling van artikel IV.6, 4/ (ontworpen artikel 3, § 6, van het decreet van 10 juli 2008 houdende enkele dringende maatregelen voor het deeltijds kunstonderwijs) is niet helemaal duidelijk. De bepaling verlengt een aantal bij decreet bekrachtigde tijdelijke projecten, maar slechts "voor zover zij de realisatie van de aanbevelingen uit het eindrapport niet belemmeren". Daarmee wordt de indruk gewekt dat aan de aanbevelingen van het eindrapport normatieve waarde wordt toegekend.

Mocht dit de bedoeling zijn, dan zou het betrokken artikel op gespannen voet staan met de beginselen van het publiek recht. Enerzijds houdt dit immers in dat aan private personen verordenende bevoegdheid wordt toegewezen. Anderzijds moet dat eindrapport niet officieel worden bekendgemaakt. Ten slotte is de constructie een bron van rechtsonzekerheid, aangezien er geen enkele garantie is dat uit het eindrapport kan worden afgeleid welke decretale bepalingen zullen moeten wijken.

Mocht de machtiging aan de Regering om "(d)esgevallend (...) gewijzigde voorwaarden (op te leggen)" zo begrepen moeten worden dat het de Regering zal zijn die zal vaststellen of de voorwaarden van de projecten de aanbevelingen van het eindrapport "belemmeren", dan lijkt de regeling op dit punt wel aanvaardbaar. Maar in dat geval rijst hoe dan ook de vraag of de machtiging aan de Regering om af te wijken van bepalingen met een decretale waarde, niet op gespannen voet komt te staan met de artikelen 24, § 5, van de Grondwet en 78 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, ook al wordt de verplichting opgelegd om die bepalingen bij decreet te bekrachtigen. Uit de samenhang tussen beide artikelen vloeit immers voort dat essentiële aspecten van de inrichting, erkenning of subsidiëring van het onderwijs enkel aan de Regering kunnen worden opgedragen, op voorwaarde dat die machtiging "uitdrukkelijk en ondubbelzinnig" is en dat de machtigingsbepaling voorschrijft dat de betrokken bepalingen binnen een redelijke termijn bij decreet worden bekrachtigd. Bovendien lijkt uit de recente rechtspraak ook naar voor te komen dat daartoe bijzondere omstandigheden moeten worden aangevoerd. De ontworpen bepaling is zo algemeen geformuleerd dat niet duidelijk is of de Vlaamse Regering al dan niet essentiële aspecten van de regelgeving zal kunnen wijzigen en bovendien wordt er geen bekrachtigingstermijn bepaald.

De stellers van het ontwerp doen er dan ook goed aan het ontworpen procedé aan een nieuw onderzoek te onderwerpen.

Deze opmerking geldt eveneens voor de artikelen IV.7, 3/ (ontworpen paragraaf 6), IV.8, 2/ en IV.11, 4/, van het ontwerp.

Afdeling II - Volwassenenonderwijs

Algemene opmerking

De artikelen IV.14, IV.21, IV.23, IV.30, IV.32, IV.33 van het ontwerp hebben betrekking op de examencommissie die de kennis van de onderwijstaal vaststelt.

.../...

De ontworpen bepalingen vertonen een rechtstreeks verband met de zogenaamde "taalbepalingen" die bij decreet van 8 mei 2009 betreffende het onderwijs XIX werden ingevoerd in de onderwijswetgeving. In advies 46.096/1, over het voorontwerp dat heeft geleid tot dat decreet, heeft de Raad van State, afdeling Wetgeving, met betrekking tot de taalbepalingen die betrekking hebben op het voldoen aan de taalvereisten van de onderwijstaal opgemerkt dat het "niet duidelijk (is) of de band met de rechtspositieregeling voldoende is om de aangelegenheid als onderwijs en niet als onderwijstaal te kunnen beschouwen" ⁽¹⁶⁾. Dat voorbehoud dient, gelet op de nauwe band met die taalbepalingen, ook te worden betrokken op de thans ontworpen bepalingen. Het onderscheid tussen het regelen van het onderwijs (aangelegenheid: onderwijs) en het regelen van het gebruik van de talen voor het onderwijs (aangelegenheid: onderwijstaal) is bevoegdheidsrechtelijk van belang omdat voor het uitoefenen van beide bevoegdheden een ander territoriaal toepassingsgebied geldt ⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁶⁾ *Parl. St.*, VI. Parl., 2008-09, nr. 2159/1, 313.

⁽¹⁷⁾ Op grond van artikel 127, § 1, eerste lid, 2/, van de Grondwet is de Vlaamse Gemeenschap bevoegd inzake het onderwijs, met uitsluiting van (a) de bepaling van het begin en het einde van de leerplicht, (b) de minimale voorwaarden voor het uitreiken van diploma's en (c) de pensioenregeling. Krachtens artikel 127, § 2, van de Grondwet, hebben de desbetreffende decreten kracht van wet respectievelijk in het Nederlandse taalgebied en in het Franse taalgebied, alsmede ten aanzien van de instellingen gevestigd in het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad die, wegens hun activiteiten moeten worden beschouwd uitsluitend te behoren tot de ene of de andere gemeenschap. Naar luid van artikel 129, § 1, 2/, van de Grondwet is de Vlaamse Gemeenschap bevoegd inzake het gebruik van de talen voor het onderwijs in de door de overheid ingerichte, gesubsidieerde of erkende instellingen. Krachtens artikel 129, § 2, van de Grondwet, hebben de desbetreffende decreten kracht van wet in het Nederlandse taalgebied, uitgezonderd wat betreft, onder meer, de gemeenten of groepen van gemeenten palend aan een ander taalgebied en waar de wet het gebruik van een andere taal dan die van het gebied waarin zij gelegen zijn, voorschrijft of toelaat. Voor deze faciliteitengemeenten kan in de bepalingen betreffende het gebruik van de talen geen verandering worden aangebracht dan bij een federale wet aangenomen met de in artikel 4, laatste lid, van de Grondwet bepaalde meerderheid. Deze decreten hebben derhalve ook geen uitwerking in het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad. Het regelen van het gebruik van de talen in het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad is zaak van de federale wetgever gebleven.

Artikel IV.15

Het nieuw artikel 5, § 3, tweede lid, van het decreet van 15 juni 2007 betreffende het volwassenenonderwijs bepaalt dat de opleidingen van het hoger beroepsonderwijs een minimale globale duur van twee jaar en een studieomvang van 90 of 120 studiepunten hebben. Vergeleken met de huidige bepaling dient de studieomvang dus ofwel 90 ofwel 120 studiepunten te omvatten, en niet langer "ten minste 90 studiepunten en ten hoogste 120 studiepunten". De voorwaarde dat de opleidingen een minimale globale duur van twee jaar hebben, is reeds opgenomen in de huidige bepaling. Die voorwaarde werd aan de oorspronkelijk ontworpen bepaling toegevoegd om tegemoet te komen aan het advies van de Raad van State ⁽¹⁸⁾.

Het is echter de vraag of de toevoeging van die voorwaarde berust op een juiste interpretatie van advies 45.921/1. In dat advies werd vastgesteld dat "de minimumduur van de opleidingen in het hoger beroepsonderwijs 90 studiepunten (bedraagt), hetgeen - gelet op de decretale verhouding tussen het aantal studiepunten en studiejaar ⁽¹⁹⁾ - niet overeenkomt met een minimumduur van twee jaar". De toevoeging van de voorwaarde dat de opleidingen in het hoger beroepsonderwijs "een minimale globale duur van twee jaar" moeten hebben, doet aan die vaststelling geen afbreuk, nu de bepaling van de minimumduur uitgedrukt in studiepunten ongewijzigd is behouden. Op die wijze is bovendien een tegenstrijdigheid in de regelgeving ontstaan, nu daardoor de minimumduur van de opleidingen op twee verschillende wijzen wordt bepaald, waarvan, zoals in voornoemd advies wordt gesteld, de bepaling van de minimumduur in studiepunten in strijd is met de door de federale wetgever voor die opleidingen bepaalde minimumduur van twee jaar ⁽²⁰⁾.

⁽¹⁸⁾ Adv. RvS 45.921/1, 19 februari 2009, over een voorontwerp van decreet "betreffende de kwalificatiestructuur", *Parl. St. Vl. Parl.* 2008-09, nr. 2157/1, 275-278. Zie ook: memorie van toelichting bij het ontwerp van decreet betreffende de kwalificatiestructuur, *Parl. St. Vl. Parl.* 2008-09, nr. 2157/1, 26.

⁽¹⁹⁾ (voetnoot 5 van het advies) Cf. artikel 2, 43/, van het decreet van 15 juni 2007 betreffende het volwassenenonderwijs en de omschrijving van "studiejaar" in artikel 3 van het decreet van 4 april 2003 betreffende de herstructurering van het hoger onderwijs in Vlaanderen.

⁽²⁰⁾ Zie artikel 2, derde, vierde en vijfde lid, van de wet van 7 juli 1970 betreffende de algemene structuur van het hoger onderwijs.

Artikel IV.19

De stellers van het ontwerp dienen na te gaan of in het ontworpen artikel 34*bis*, § 2, tweede lid, van het decreet van 15 juni 2007, naar het voorbeeld van artikel 34, § 2, tweede lid, van hetzelfde decreet, niet ook moet worden bepaald op welk tijdstip de toelatingsproef uiterlijk dient te worden georganiseerd. Het ontbreken van een regeling in die zin in het ontworpen artikel 34*bis*, § 2, waardoor een verschil in behandeling wordt gecreëerd tussen kandidaat-cursisten, al naar gelang zij onder de regeling van artikel 34, § 2, dan wel onder die van het ontworpen artikel 34*bis*, § 2, vallen, dient in elk geval te kunnen worden verantwoord in het licht van artikel 24, § 4, van de Grondwet.

Artikel IV.22

Het ontworpen artikel 62*bis*, eerste lid, van het decreet van 15 juni 2007 zou aan duidelijkheid winnen indien het zou worden gesteld als volgt:

"In afwijking van artikel 62, kan de Vlaamse Regering aan een Centrum voor Basiseducatie onderwijsbevoegdheid toekennen voor de opleiding Nederlands tweede taal richtgraad 1 van het studiegebied Nederlands tweede taal van het secundair volwassenenonderwijs, op voorwaarde dat de hoofdvestigingsplaats van een Centrum voor Volwassenenonderwijs dat beschikt over een wachtlijst, zoals bedoeld in artikel 37, eerste lid, voor deze opleiding gelegen is in het werkingsgebied van het consortium volwassenenonderwijs waartoe het betrokken Centrum voor Basiseducatie behoort".

Artikel IV.23

Het ontworpen artikel 63, § 3*bis*, van het decreet van 15 juni 2007 machtigt de Vlaamse Regering om de nadere modaliteiten (lees: de nadere regels) te bepalen met betrekking tot de organisatie van de examencommissies en de aanwijzing van de Centra voor Volwassenenonderwijs die een examencommissie mogen organiseren.

Het legaliteitsbeginsel vervat in artikel 24, § 5, van de Grondwet verbiedt weliswaar niet dat nadere uitvoeringsregelen door de regering worden vastgesteld, doch vereist dat de decreetgever ten minste de essentiële elementen van de aangelegenheid waarop de machtiging betrekking heeft zelf regelt. De ontworpen machtiging voldoet duidelijk niet aan die voorwaarde.

Artikel IV.24

Met het oog op een meer duidelijke redactie van het ontworpen artikel 64, § 9, van het decreet van 15 juni 2007 wordt *mutatis mutandis* verwezen naar het tekstvoorstel dat voor het ontworpen artikel 62bis (artikel IV.22 van het ontwerp) wordt gedaan.

Artikel IV.34

Het is niet duidelijk waarom in het ontworpen artikel 128quater van het decreet van 15 juni 2007 niet langer sprake is van een door de Vlaamse Gemeenschap "erkende" onderwijsinstelling. In het huidige artikel 128quater is dat wel het geval. Indien het niet langer in aanmerking nemen van bekwaamheidsbewijzen uitgereikt door erkende onderwijsinstellingen wel degelijk strookt met de bedoeling van de stellers van het ontwerp, dient het onderscheid dat aldus wordt gemaakt tussen onderwijsinstellingen verantwoord te kunnen worden in het licht van artikel 24, § 4, van de Grondwet. In dat geval dient bovendien te worden nagegaan of het niet meer vermelden van de "erkende" onderwijsinstellingen in het ontworpen artikel 128quater coherent is met de andere bepalingen van het decreet van 15 juni 2007. Zo is bijvoorbeeld in artikel 128sexies, § 1, 1/, van dat decreet ook sprake van "erkende" onderwijsinstellingen. Nochtans wordt die bepaling door het ontwerp ongemoeid gelaten.

Deze opmerking geldt *mutatis mutandis* ook voor artikel IV.35 van het ontwerp (ontworpen artikel 128sexies, § 1, 3/, van het decreet van 15 juni 2007).

HOOFDSTUK V - HOGER ONDERWIJS

Afdeling I - Financiering en controle universitaire instellingen

Artikel V.1

Artikel V.1 van het ontwerp strekt ertoe artikel 43 van de wet van 27 juli 1971 op de financiering en de controle van de universitaire instellingen op te heffen. Dat artikel luidt:

"De rekeningen worden goedgekeurd door de Minister tot wiens bevoegdheid het universitair onderwijs behoort; door bemiddeling van de Minister van Financiën stuurt hij de goedgekeurde rekeningen voor toezicht en visum naar het Rekenhof.

Dit Hof kan een toezicht ter plaatse op de comptabiliteit en de verrichtingen van de inrichtingen organiseren".

De regeling die is opgenomen in artikel 43 van de wet van 27 juli 1971 vertoont bevoegdheidsrechtelijk verschillende aanknopingspunten. Voor zover die regeling voorziet in de goedkeuring van de rekeningen van de universiteiten door de voor het universitair onderwijs bevoegde Minister, dient ze te worden aangemerkt als een onderwijsaangelegenheid en bijgevolg als een gemeinschapsaangelegenheid. Voor zover die regeling betrekking heeft op de controle door het Rekenhof en de wijze waarop deze wordt verricht, behoort ze evenwel tot de federale bevoegdheid⁽²¹⁾. De opdrachten van het Rekenhof worden omschreven in artikel 180 van de Grondwet en dit grondwetsartikel bepaalt eveneens dat deze controle-instelling door de federale wet wordt georganiseerd.

Zo bijgevolg de decreetgever ontegensprekelijk bevoegd kan worden geacht om bepaalde onderdelen van de in voornoemd artikel 43 opgenomen regeling op te heffen, is hij onbevoegd om de in dat artikel geregelde controle door het Rekenhof op te heffen,

⁽²¹⁾ De inwerkingtreding voor de Vlaamse Gemeenschap van de wet van 16 mei 2003 tot vaststelling van de algemene bepalingen die gelden voor de begrotingen, de controle op de subsidies en voor de boekhouding van de gemeenschappen en de gewesten, alsook voor de organisatie van de controle door het Rekenhof zou aan die vaststelling in geen geval afbreuk kunnen doen, nu de in die wet opgenomen regeling dient te worden onderscheiden van de specifieke regeling opgenomen in artikel 43 van de wet van 27 juli 1971.

behoudens wanneer een beroep zou kunnen worden gedaan op artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen. Daartoe is evenwel vereist dat die opheffing noodzakelijk kan worden geacht voor de uitoefening van de bevoegdheden van de Vlaamse Gemeenschap, dat die aangelegenheid zich tot een gedifferentieerde regeling leent en dat de weerslag ervan op die aangelegenheid slechts marginaal is. Het is zeer de vraag of aan die voorwaarden in het voorliggende geval wordt voldaan. In elk geval worden in de memorie van toelichting geen voldoende elementen aangereikt om daartoe te kunnen besluiten. Een meer rechtszekere oplossing lijkt er dan ook in te bestaan om de opheffing van artikel 43 van de wet van 27 juli 1971 te regelen middels het sluiten van een samenwerkingsakkoord in de zin van artikel 92bis van de bijzondere wet van 8 augustus 1980, door de federale Staat en de Vlaamse Gemeenschap.

Afdeling III - Herstructurering hoger onderwijs

Artikel V.7

Zie de opmerking die hiervoor is gemaakt bij artikel IV.15 van het ontwerp.

Artikel V.16

1. In het ontworpen artikel 63*decies*, § 4, eerste zin, van het decreet van 4 april 2003 betreffende de herstructurering van het hoger onderwijs in Vlaanderen dienen de woorden "aan de Vlaamse Regering", die tweemaal voorkomen, eenmaal te worden geschrapt.

2. In het ontworpen artikel 63*duodecies*, § 3, laatste zin, van hetzelfde decreet wordt gebruik gemaakt van het procedé van de stilzwijgende beslissing.

Al kan het procedé van de stilzwijgende beslissing niet geheel worden afgekeurd wanneer de beslissing in het voordeel van de betrokkene is, toch moet worden opgemerkt dat aan een stilzwijgende besluitvorming een aantal nadelen zijn verbonden. Zo is dergelijk procedé niet bevorderlijk voor de rechtszekerheid, al was het maar omdat

.../...

een schriftelijk besluit ontbreekt, wat tot bewijsproblemen aanleiding kan geven, en de stilzwijgende beslissing in beginsel niet op dezelfde wijze zal worden meegedeeld of bekendgemaakt als gewone beslissingen, met alle gevolgen van dien voor de kenbaarheid en de aanvechtbaarheid van dergelijke stilzwijgende beslissingen. Meer bepaald sluit het procedé van de stilzwijgende beslissing hierdoor ook grotere risico's in voor een schending van de belangen van derden die, op een impliciete, doch daarom niet minder verstreckende wijze, in het gedrang kunnen komen. In de tweede plaats kan het procedé van de stilzwijgende beslissing in strijd komen met het algemeen belang in de mate dergelijk procedé tot gevolg kan hebben dat impliciet beslissingen worden genomen zonder dat een zorgvuldige voorbereiding en afweging van alle betrokken belangen gebeurt. Daarenboven ontberen die beslissingen een formele motivering.

Afdeling IV - Flexibilisering hoger onderwijs

Artikel V.23

Het ontworpen artikel 56, § 4, eerste lid, van het decreet van 30 april 2004 betreffende de flexibilisering van het hoger onderwijs in Vlaanderen en houdende dringende hogeronderwijsmaatregelen bepaalt dat een bijkomend inschrijvingsgeld kan worden gevraagd voor de studiepunten waarvoor de student op het ogenblik van de inschrijving geen toereikend leerkrediet heeft. Dat bijkomend inschrijvingsgeld kan ten hoogste tien euro per studiepunt bedragen.

Het valt geenszins uit te sluiten dat die nieuwe regeling tot gevolg heeft dat in bepaalde gevallen een hoger inschrijvingsgeld zal worden gevraagd dan thans mogelijk is op basis van de huidige regeling.

In dat verband weze eraan herinnerd dat uit de lezing van artikel 13.2 van het internationaal verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten, opgemaakt te New York op 19 december 1966, in samenhang met artikel 2.1 van datzelfde verdrag, blijkt dat de - door het verdrag opgelegde - gelijke toegankelijkheid van het hoger onderwijs "voor een ieder op basis van bekwaamheid" geleidelijk moet worden ingevoerd in de verdragsluitende staten, in het bijzonder door de invoering van kosteloos onderwijs, rekening houdend met de economische mogelijkheden en de situatie van de

.../...

overheidsfinanciën eigen aan elk van die staten, en niet volgens strikt uniforme temporele voorwaarden. Artikel 13.2, *littera c*), van het verdrag heeft geen rechtstreekse gevolgen in de interne rechtsorde en doet op zichzelf geen recht op kosteloze toegang tot het hoger onderwijs ontstaan. Wel verzet die bepaling zich ertegen dat de gemeenschappen, na de inwerkingtreding van het verdrag ten aanzien van België - op 6 juli 1983 - maatregelen zouden nemen die tegen de doelstelling van de geleidelijke invoering van gelijke toegankelijkheid van het hoger onderwijs voor een ieder op basis van bekwaamheid, rekening houdend met de situatie van de overheidsfinanciën, ingaan ⁽²²⁾. Dat impliceert dat moet worden gestreefd naar de geleidelijke invoering van kosteloos onderwijs.

De ontworpen regeling zal dan ook moeten kunnen worden verantwoord in het licht van de zogenaamde "standstill-verplichting" die uit voornoemde verdragsbepaling voortvloeit.

Afdeling VII - Financiering hoger onderwijs

Artikel V.26

Vraag is of de toevoeging van de woorden "ongeacht of het gaat om een diploma-, een credit- of een examencontract", aan de bepaling die thans is opgenomen in artikel 46, § 1, van het decreet van 14 maart 2008 betreffende de financiering van de werking van de hogescholen en de universiteiten in Vlaanderen, coherent is met de definitie van leerkrediet die thans is opgenomen in artikel 2, 17/, van hetzelfde decreet. In laatstgenoemde bepaling is immers geen sprake van een "examencontract".

Artikel V.27

Bij het ontworpen artikel 47, § 3, derde lid, laatste zin, van het decreet van 14 maart 2008 geldt dezelfde opmerking als die welke hiervoor is gemaakt bij artikel V.16 (randnr. 2).

⁽²²⁾ Grondwettelijk Hof, nr. 33/92, 7 mei 1992, B.4.3.

Afdeling VIII - Kwalificatiestructuur

Artikel V.29

De stellers van het ontwerp dienen na te gaan of de ontworpen wijzigingen van artikel 17 van het decreet van 30 april 2009 betreffende de kwalificatiestructuur niet tevens nopen, vanuit het oogpunt van de rechtszekerheid, tot een wijziging van artikel 5*bis* van het decreet van 30 april 2004 betreffende de flexibilisering van het hoger onderwijs in Vlaanderen en houdende dringende onderwijsmaatregelen.

HOOFDSTUK VII - RECHTSPOSITIE ONDERWIJSPERSONEEL

Artikel VII.2

Het nieuwe artikel 17*bis* van het decreet van 27 maart 1991 betreffende de rechtspositie van bepaalde personeelsleden van het gemeenschapsonderwijs bepaalt dat een personeelslid voldoet aan de taalvereisten voor de onderwijstaal als zijn aanwerving steunt "op een bekwaamheidsbewijs dat behaald is in de onderwijstaal aan een door de Vlaamse Gemeenschap gefinancierde of gesubsidieerde onderwijsinstelling of op een ander bekwaamheidsbewijs dat behaald is in de onderwijstaal". Eigenlijk kan worden volstaan te schrijven "op een bekwaamheidsbewijs dat behaald is in de onderwijstaal", vermits dat ook de eerste categorie insluit ⁽²³⁾.

Artikel VII.22

Uit artikel VII.30 blijkt dat geen terugwerkende kracht wordt verleend aan artikel VII.22. Nochtans wordt in de memorie van toelichting bij de artikelsgewijze bespreking van artikel VII.22 gesteld dat deze bepaling met terugwerkende kracht wordt

⁽²³⁾ Bij de formulering van de eerste categorie rijst de vraag waarom enkel gefinancierde of gesubsidieerde onderwijsinstellingen worden vermeld, met uitsluiting van de erkende instellingen. Ook daarom wordt de bepaling beter korter geformuleerd, met weglating van de verwijzing naar gefinancierde of gesubsidieerde onderwijsinstellingen.

ingevoegd, "omdat de leden van de pedagogische begeleidingsdiensten vanaf 1 september 2009 ingeschreven zijn in de decreten rechtspositie".

HOOFDSTUK VIII - ANDERE BEPALINGEN

Afdeling I - Dienstprestaties in internaten

Artikelen VIII.1 en VIII.2

De artikelen VIII.1 en VIII.2 van het ontwerp beogen de uitbreiding te regelen van het aantal betrekkingen van studiemeester-opvoeder internaat als compensatie voor het gegeven dat de nachtprestaties van die opvoeders vanaf 1 september 2009 niet langer voor drie, doch wel voor vier uren worden verrekend.

De voornoemde artikelen betreffen enkel de toekenning van extra middelen. Uit die bepalingen kan de Vlaamse Regering evenwel geen bevoegdheid putten om de prestatieregeling van het betrokken personeel vast te stellen ⁽²⁴⁾.

Afdeling II - Subsidiëring van de ouderkoepelverenigingen

Artikel VIII.4

Luidens het ontworpen artikel 5 van het decreet van 20 juni 1996 betreffende de subsidiëring van ouderkoepelverenigingen houdt de Vlaamse Regering bij het vastleggen van het bedrag van de subsidie-enveloppes bij de start van elke driejarige periode "ten dele" rekening met het aantal leerlingen dat elk onderwijsnet telt. Deze bepaling laat niet toe om met een voldoende nauwkeurigheid te weten in welke mate rekening moet worden gehouden met het aantal leerlingen per onderwijsnet. Om toelaatbaar te zijn, dient de ontworpen delegatiebepaling op dat punt te worden gepreciseerd. De woorden "ten dele" moeten daartoe nadere invulling krijgen in de tekst van het ontwerp.

⁽²⁴⁾ Aan deze conclusie wordt geen afbreuk gedaan door het feit dat de artikelen VIII.1 en VIII.2 deel uitmaken van afdeling I van hoofdstuk VIII van het ontwerp en het opschrift van de betrokken afdeling luidt: "Dienstprestaties in internaten".

De kamer was samengesteld uit

de Heren	M. VAN DAMME,	kamervoorzitter,
	J. BAERT, W. VAN VAERENBERGH,	staatsraden,
	M. RIGAUX,	assessor van de afdeling Wetgeving,
Mevrouw	A. BECKERS,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de H. R. AERTGEERTS, eerste auditeur-afdelingshoofd, de H. W. PAS, eerste auditeur, en de H. B. STEEN, auditeur.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

A. BECKERS

M. VAN DAMME