

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 49.361/1
VAN 31 MAART 2011

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

DE RAAD VAN STATE, afdeling Wetgeving, eerste kamer, op 9 maart 2011 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 XXI”, 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 ¹, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*
* *

STREKKING EN RECHTSGROND VAN VOORONTWERP VAN DECREET

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

“als operationele doelstelling een reeks aanvullingen en actualisaties te doen aan de bestaande niveau- en themadecreten met het oog op:

- een verbetering van de organisatie van het academie- of schooljaar 2011-2012 met bijhorend een aantal vereenvoudigingen;
- een verduidelijking te geven met betrekking tot een aantal decretale bepalingen;
- een aantal dringende maatregelen te nemen in de sector Volwassenenonderwijs, ondermeer inzake het Nederlands Tweede Taal;
- het omzetten in regelgeving van de op 10 december 2010 ondertekende sectorale akkoorden, de zogenaamde cao IX, cao II Basiseducatie en cao III Hoger onderwijs;
- uitvoering te geven aan een aantal afspraken opgenomen in de beleidsbrief Onderwijs 2010-2011”.

ALGEMENE OPMERKINGEN

I. Legaliteitsbeginsel in onderwijszaken

Artikel 24, § 5, van de Grondwet bepaalt dat de inrichting ², erkenning of subsidiëring van het onderwijs door de gemeenschap wordt geregeld door de wet of het decreet.

Volgens de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof ³ drukt artikel 24, § 5, van de Grondwet de wil van de Grondwetgever uit om aan de bevoegde wetgever de zorg voor te behouden een regeling te treffen voor de essentiële aspecten van het onderwijs, wat de inrichting,

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

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

³ Vaste rechtspraak van het Grondwettelijk Hof, zie bijvoorbeeld arrest nr. 40/2011, 15 maart 2011, B.6.3.

erkenning of subsidiëring ervan betreft, doch verbiedt deze bepaling niet dat onder bepaalde voorwaarden opdrachten aan andere overheden worden toevertrouwd. Die grondwettelijke bepaling vereist dat de door de decreetgever verleende delegaties alleen betrekking hebben op de tenuitvoerlegging van de door hem vastgestelde beginselen. De gemeenschapsregering of een andere overheid zou daarmee de onnauwkeurigheid van die beginselen niet kunnen opvangen of onvoldoende omstandige beleidskeuzes niet kunnen verfijnen ⁴.

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 artikelen.

II. Gelijkheidsbeginsel in onderwijsaangelegenheden

Verschillende bepalingen van het ontwerp houden een ongelijke behandeling in.

Artikel 24, § 4, van de Grondwet, dat voor onderwijszaken de beginselen inzake gelijkheid en niet-discriminatie bevestigt ⁵, bepaalt onder meer dat alle leerlingen of studenten, 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.

⁴ Over het wettigheidsbeginsel, zie onder meer: B. STEEN, "Het legaliteitsbeginsel in onderwijsaangelegenheden (art. 24, § 5 GW): een stand van zaken", *TORB* 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", *TORB* 2006-07, 213-222; L. VÉNY, *Onderwijsrecht. I. Dragende beginselen*, Brugge, die Keure, 2010, 97-108.

⁵ Zie onder meer: Grondwettelijk Hof, nr. 58/96, 24 oktober 1996, B.2.2; Grondwettelijk Hof, nr. 1/2003, 8 januari 2003, B.11; Grondwettelijk Hof nr. 29/2005, 9 februari 2005, B.9.

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

Waar er zich een verschillende behandeling voordoet die vragen oproept, wordt deze besproken bij het onderzoek van de tekst.

III. Retroactiviteit

Heel wat bepalingen uit het ontwerp hebben terugwerkende kracht. 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 verricht⁶. 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 doel 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 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 geboden⁷.

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.

⁶ 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. 80/2008, 15 mei 2008, B.4; Grondwettelijk Hof, nr. 3/2011, 13 januari 2011, B.7.

⁷ 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. 55/2010, 12 mei 2010, B.8.1.

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.

IV. Verband tussen het ontwerp en andere wetgeving

Op 17 december 2010 heeft de Vlaamse Regering het besluit “houdende de codificatie betreffende het secundair onderwijs” goedgekeurd en afgekondigd en op 4 maart 2011 heeft de Vlaamse Regering het voorontwerp van decreet aangaande de bekrachtiging van dat besluit goedgekeurd. Vooralsnog zijn het codificatiebesluit en de gecodificeerde tekst niet in het Belgisch Staatsblad bekendgemaakt, terwijl het ontwerp van bekrachtigingsdecreet op 30 maart 2011 bij het Vlaams Parlement is ingediend ⁸.

Ter wille van de rechtszekerheid verdient het aanbeveling om de wijzigingen die betrekking hebben op het secundair onderwijs direct in de gecodificeerde tekst aan te brengen, aangezien deze tekst reeds door de Vlaamse Regering is aangenomen en dus bestaat. Anders zullen de ontworpen wijzigingen, naargelang de codificatie bij decreet wordt bekrachtigd voor of na de inwerkingtreding van het decreet dat uit het voorliggend ontwerp voortkomt, ofwel zonder voorwerp zijn omdat zij worden aangebracht in een tekst die ondertussen zal zijn opgeheven ofwel uit het rechtsverkeer verdwijnen omdat zij zullen worden opgeheven.

De gemachtigde heeft meegedeeld dat het de bedoeling zou zijn eerst de codificatie secundair onderwijs door de decreetgever te laten bekrachtigen en daarna hoofdstuk III (“Secundair onderwijs”) van het ontwerp van het onderwijsdecreet XXI waar nodig in functie daarvan aan te passen. Vermits de bepalingen van hoofdstuk III zullen moeten worden omgevormd tot wijzigingsbepalingen van de codificatie betreffende het secundair onderwijs, onthoudt de Raad van State zich van het maken van wetgevingstechnische opmerkingen bij dat hoofdstuk.

⁸ *Parl.St.* VI.Parl. 2010-11, nr. 1059/1.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Hoofdstuk II - Basisonderwijs.

Artikel II.1

In de inleidende zin van artikel II.1 van het ontwerp dient de wetshistoriek van artikel 3 van het decreet basisonderwijs van 25 februari 1997 te worden vervolledigd door toevoeging van de wijzigende decreten van 14 juli 1998, 6 juli 2007 en 9 juli 2010.

Artikel II.2

In de inleidende zin van artikel II.2 van het ontwerp schrijve men “..., 8 mei 2009 en 9 juli 2010, worden ...”.

Artikel II.5

In artikel II.5 van het ontwerp schrijve men “..., ingevoegd bij het decreet van 28 juni 2002 en vervangen bij het decreet van 4 juli 2008, wordt het jaartal ...”.

Artikel II.7

De inleidende zin van artikel II.7 van het ontwerp redigere men als volgt: “In artikel 155, § 1, van hetzelfde decreet, gewijzigd bij de decreten van 14 juli 1998 en 7 juli 2006, wordt de eerste zin van het tweede lid vervangen door wat volgt:”.

Artikel II.8

Artikel II.8 van het ontwerp wijzigt artikel 173bis, eerste lid, van het decreet basisonderwijs. Gelet op de logische volgorde van de verschillende wijzigingen aan het decreet basisonderwijs, dient artikel II.8 rang in te nemen tussen de artikelen II.10 en II.11 van het ontwerp. De artikelen II.9 en II.10 dienen dan te worden vernummerd.

Artikel II.9

Artikel II.9 van het ontwerp bepaalt dat in artikel 164*bis* van het decreet basisonderwijs, dat thans uit twee leden bestaat, een aantal “zinnen” worden toegevoegd. Het is niet duidelijk of deze zinnen, zoals ze werden gegroepeerd, verschillende nieuwe leden van artikel 164*bis* vormen. Zo ja, dan dient in de inleidende zin van het ontworpen artikel II.9 uitdrukkelijk te worden vermeld dat na het tweede lid vier nieuwe leden worden toegevoegd en dient vanuit typografisch oogpunt tussen elk ontworpen lid een witregel te worden gelaten. In het andere geval dient te worden vermeld aan welk van de twee leden van artikel 164*bis* bedoelde zinnen worden toegevoegd.

Hoofdstuk III - Secundair Onderwijs

Artikel III.12

In het ontworpen artikel 74*vicies ter*, eerste zin, dienen de woorden “onafgezien van” te worden vervangen door “afgezien van” of “ongeacht”.

Artikel III.13

In artikel 84*bis*, § 1, 2°, van het decreet van 31 juli 1990 betreffende het onderwijs-II komen de woorden “erkende school” thans niet voor. Behoudens indien hiermee reeds wordt aangesloten bij de in de Codex secundair onderwijs gehanteerde terminologie, dienen die woorden te worden vervangen door “erkende onderwijsinstelling”.

Hoofdstuk IV - Volwassenenonderwijs

Artikel IV.1

Het is niet duidelijk waarom definities van de begrippen “geletterdheidsmodule” (artikel IV.1, 2°) en “uitbreidingsmodule” (artikel IV.1, 4°) in artikel 2 van het decreet van 15 juni 2007 betreffende het volwassenenonderwijs worden ingevoegd, terwijl zij verder in het decreet niet voorkomen. Hierover ondervraagd verklaarde de gemachtigde het volgende:

“De uitbreidingsmodules en geletterdheidsmodules komen inderdaad alleen voor in de definities. Initieel was het de bedoeling om op meerdere plaatsen in het decreet volwassenenonderwijs te verwijzen naar deze nieuwe vormen van modules. Dat bleek

uiteindelijk niet nodig te zijn. De link met artikel 24 wordt gemaakt door het feit dat daar over modules gesproken wordt. Aangezien uitbreidings- en geletterdheidsmodules varianten van modules zijn, vallen deze ook onder de bepalingen in artikel 24. Wel zou het technisch correcter zijn om de uitbreidings- en geletterdheidsmodules alleen in artikel 24 in te schrijven en niet in artikel 2 bij de definities, omdat deze twee begrippen niet meer hernomen worden in het decreet volwassenenonderwijs. Een technische aanpassing lijkt hier dus aangewezen”.

Het ontwerp zal in die zin aangepast moeten worden.

Artikel IV.3

De inleidende zin van artikel IV.3 formuleer men als volgt:

“Artikel 17, § 3, van hetzelfde decreet, gewijzigd bij het decreet van 4 juli 2008, wordt vervangen als volgt:”.

Artikel IV.4

1. In de inleidende zin van artikel IV.4 van het ontwerp dienen de nog van kracht zijnde wijzigingen van artikel 24, § 1, van het decreet van 15 juni 2007 te worden vermeld.
2. In de memorie van toelichting wordt de wijziging die het voorwerp is van artikel IV.4 uitdrukkelijk in verband gebracht met het voorzien in de mogelijkheid van het inrichten van uitbreidingsmodules. Uit de tekst van het ontwerp blijkt dat verband echter niet. Integendeel: de verplichting om een volgorde relatie te bepalen lijkt te gelden voor alle modules die in sequentieel verband staan.

Daarover om uitleg verzocht, verklaarde de gemachtigde wat volgt:

“Het is inderdaad zo dat modules al dan niet in sequentieel verband kunnen staan en dat de vroegere opleidingsprofielen ook los van de uitbreidingsmodules volgorde relaties kunnen bevatten. De administratie acht het echter nodig om de bepaling m.b.t. de volgorde relaties duidelijker te expliciteren in de regelgeving, omdat er in het geval van uitbreidingsmodules in het opleidingsprofiel verplicht een volgorde relatie moet voorzien worden tussen de initiële opleiding en de uitbreidingsmodule. In alle andere gevallen zijn volgorde relaties minder dwingend en komen ze bijgevolg ook niet zo veel voor in de door de decretale stuurgroep voorgestelde opleidingsprofielen. In die zin is artikel IV.4 wel degelijk een gevolg van de invoering van het begrip uitbreidingsmodules”.

Gelet daarop zal in de ontworpen bepaling moeten worden vermeld dat de verplichting enkel geldt voor uitbreidingsmodules.

3. In het nieuwe, aan het tweede lid van artikel 24, § 1, toe te voegen punt 5°, lijken de woorden “in voorkomend geval” voor verwarring te zorgen, in het bijzonder in combinatie met het woordenpaar “ten minste” in de inleidende zin van dat lid. Dat kan worden vermeden door het nieuwe punt te formuleren als volgt:

“5° als de modules in sequentieel verband dienen te staan, de volgorde relatie van de modules”.

Artikel IV.5

In artikel IV.5 van het ontwerp wordt inzake de afbouw van opleidingen gebaseerd op vervangen opleidingsprofielen, een verschillende behandeling ingevoerd enerzijds naargelang het aantal lestijden dat de opleiding telt en anderzijds naargelang het al dan niet gaat om het opleidingsprofiel voor de opleiding aanvullende algemene vorming BSO3.

Wat de eerste verschillende behandeling betreft, die weliswaar steunt op een objectief criterium, nl. de duur van de opleiding, is in de memorie van toelichting geen verantwoording te vinden. Aangezien een objectief criterium op zichzelf onvoldoende is om een verschillende behandeling te verantwoorden, zullen de stellers dit verschil moeten kunnen verantwoorden. Het feit dat in artikel 180 van het decreet van 15 juni 2007 hetzelfde onderscheid wordt gehanteerd, verantwoordt op zich in elk geval nog niet de verschillende behandeling.

Wat de tweede verschillende behandeling betreft, wordt in de memorie van toelichting het volgende opgemerkt:

“Volgens de algemene afbouwregeling zou de opleiding BSO3 die slechts 600 lestijden bedraagt na één schooljaar moeten afgebouwd zijn. Deze opleiding wordt echter bijna altijd gelijktijdig met de opleiding Algemene Vorming BSO2 en/of de opleiding Algemene Vorming TSO3 aangeboden die in twee schooljaren kunnen afgebouwd worden. Om verwarring bij de cursisten van de opleidingen te vermijden en de centra organisatorische moeilijkheden te besparen, wordt ook voor de opleiding Algemene Vorming BSO3 een afbouwtermijn van twee schooljaren voorzien”.

Hoewel deze maatregel ongetwijfeld een wettig doel nastreeft dat aldus in herinnering wordt gebracht, is het niet duidelijk of deze verantwoording op zich volstaat, aangezien het niet uitgesloten is dat er nog andere af te bouwen opleidingen bestaan die voor

cursisten en centra dezelfde problemen met zich zullen brengen. De stellers van het ontwerp doen er dan ook goed aan de evenredigheid van de ontworpen maatregel nogmaals te onderzoeken in het licht van het gelijkheidsbeginsel.

Artikel IV.7

Artikel IV.7, 1°, van het ontwerp voert, voor kandidaat-cursisten die voldaan hebben aan de deeltijdse leerplicht, een onderscheid in tussen Belgen en vreemdelingen die wettig in België verblijven, enerzijds, en vreemdelingen die onwettig in België verblijven, anderzijds. De laatste categorie zal zich niet meer in het volwassenenonderwijs kunnen inschrijven.

In de memorie van toelichting wordt het onderscheid omstandig verantwoord. Die verantwoording komt er in essentie op neer dat het volgen van Nederlandse taallessen in functie van integratie slechts nuttig is voor die vreemdelingen die wettig in België verblijven. Niet wettig in België verblijvende personen die niet meer zijn onderworpen aan de deeltijdse leerplicht toch toelaten zou, gelet op het tekort aan opleidingsplaatsen, het voor wettig in België verblijvende vreemdelingen moeilijker maken om zich, door het volgen van een opleiding ‘Nederlands tweede taal’, te integreren.

In de eerste plaats rijst de vraag of deze doelstelling wettig is, in die zin dat het garanderen van het recht van de ene categorie het beperken van het recht van de andere categorie rechtvaardigt, mede gelet op het gegeven dat het volwassenenonderwijs niet in de eerste plaats of hoofdzakelijk is bedoeld voor de integratie van niet-Belgen. Daarnaast lijkt de maatregel onevenredig in het licht van de nagestreefde doelstelling omdat de wijze waarop de beperking is geformuleerd, tot gevolg heeft dat personen die niet wettig in België verblijven niet alleen uitgesloten zijn van de opleiding ‘Nederlands tweede taal’, maar van om het even welke opleiding in het volwassenenonderwijs. Ten slotte kan de doelstelling van de maatregel, nl. het wegwerken van de belemmeringen voor wie wettig op het grondgebied verblijft om ‘Nederlands tweede taal’ te volgen, ook op een andere manier worden bereikt, zonder het recht op onderwijs van de niet wettig in België verblijvende personen aan te tasten, met name door de capaciteit van de opleidingen ‘Nederlands tweede taal’ uit te breiden.

Gelet op wat voorafgaat wordt ter overweging gegeven de regeling op dit punt te herbekijken.

Artikel IV.11

1. Wat de retroactieve werking van artikel IV.11 betreft (zie artikel IV.39, vierde lid, van het ontwerp), wordt in de memorie van toelichting gesteld dat die samenvalt met de ondertekening van cao IX op 10 december 2010. Voor de retroactiviteit wordt volgende verantwoording gegeven:

“Omdat het hier gaat om een maatregel die een bepaling uit een collectieve arbeidsovereenkomst uitvoert, kan alleszins worden aangegeven dat de algemene rechtszekerheid en individuele rechten niet in het gedrang komen. De ingevoerde maatregel geldt immers voor alle betrokken personeelsleden en houdt ook een verbetering in t.a.v. de huidige toestand.

Ook ten opzichte van de betrokken besturen is de algemene rechtszekerheid gegarandeerd, omdat zij al tijdig op de hoogte zijn van de getroffen maatregelen via het protocol van cao IX dat na ondertekening algemeen beschikbaar werd gesteld. Daarnaast wil ik er ook op wijzen dat de representatieve vertegenwoordigers van de centrumbesturen en het Gemeenschapsonderwijs van de Vlaamse Gemeenschap nauw werden betrokken bij de totstandkoming van CAO IX en dat zij bij het afsluiten van deze cao, met uitzondering van het Gemeenschapsonderwijs, een nota van inhoudelijke afstemming hebben neergelegd.”

Een akkoord van sectorale sociale programmatie voor de sector ‘Onderwijs’ van de Vlaamse Gemeenschap is geen wetstekende akte en heeft geen directe werking in de interne rechtsorde⁹. Op zich genomen vormt het bestaan van een dergelijke middelenverbintenis geen verantwoording voor de terugwerkende kracht.

De retroactiviteit van artikel IV.11 is aanvaardbaar voor zover daarvoor redenen van algemeen belang kunnen worden ingeroepen. Het verdient aanbeveling om de redenen die de decreetgever in dit verband meent te kunnen aanvoeren, op te nemen in de memorie van toelichting. Het zal aan het Grondwettelijk Hof toekomen om daarover in voorkomend geval te oordelen.

2. Aan artikel IV.11 van het ontwerp kleven verschillende legistieke problemen. In de eerste plaats is het niet wenselijk om in een opsomming tussenzinnen in de vorm van een lid op te nemen¹⁰. Bovendien volstaat het om in plaats van het decreet met zijn volledige opschrift te vermelden, te schrijven “van hetzelfde decreet”.

⁹ Grondwettelijk Hof, nr. 154/2005, 20 oktober 2005, B.9.2.

¹⁰ *Beginselen van de wetgevingstechniek. Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, Raad van State, 2008, nr. 60, te raadplegen op de internetsite van de Raad van State (www.raadvst-consetat.be).

Aan deze bepaling kleeft echter nog een meer fundamenteel probleem. De opsomming in artikel 50, § 1, van het decreet van 15 juni 2007 heeft betrekking op de voorwaarden waaraan moet zijn voldaan opdat het Vlaams Ondersteuningscentrum voor het Volwassenenonderwijs en de pedagogische begeleidingsdiensten bepaalde middelen kunnen aanwenden. Een van die voorwaarden is het oprichten van een stuurgroep. De ontworpen bepaling biedt de mogelijkheid aan een vakbondsafgevaardigde om dienstvrijstelling te krijgen voor het bijwonen van de vergaderingen van de stuurgroep. Deze bepaling heeft als zodanig geen betrekking op het aanwenden van de betrokken middelen en hoort dan ook veeleer thuis in titel VI van het decreet volwassenenonderwijs, dat betrekking heeft op een aantal aspecten van de rechtspositie van de personeelsleden van de centra voor basiseducatie en de centra voor volwassenenonderwijs.

Artikel IV.12

Dit artikel dient als volgt geformuleerd te worden:

“In artikel 54 van hetzelfde decreet wordt:

- 1° ‘Artikel 93’ vervangen door de ‘De artikelen 93 en 93bis’;
- 2° ‘is’ vervangen door ‘zijn’ ”.

Artikel IV.13

De nieuwe regeling is van toepassing vanaf 1 september 2011 (artikel IV.39, eerste lid, van het ontwerp) en zal pas bekend gemaakt worden nadat de termijnen waarbinnen het zelfevaluatie-rapport moet worden ingediend al verstreken zijn, nl. na 15 februari 2011. De maatregel heeft tot gevolg dat een centrum dat geen zelfevaluatie-rapport heeft ingediend, volgend jaar geen specifieke lerarenopleiding kan organiseren.

Aldus houdt deze bepaling een aantasting in van de gerechtvaardigde verwachtingen van bepaalde centra, met name centra die dit schooljaar geen specifieke lerarenopleiding organiseren maar daarvoor over de nodige onderwijsbevoegdheid beschikken, en de volgende jaren de opleiding wel wensen te organiseren. Op dit ogenblik kunnen zij er immers van uitgaan dat wanneer zij dit jaar geen lerarenopleiding organiseerden (en dus geen zelfevaluatie-rapport konden maken en gevisiteerd worden) dit volgend jaar wel zouden kunnen.

Ongeacht of een wet terugwerkende kracht heeft, voert zij door het bepalen van het tijdstip waarop zij uitwerking heeft, een onderscheid in tussen personen die betrokken zijn bij

rechtstoestanden die onder het toepassingsgebied van de vroegere regeling vielen en personen die betrokken zijn bij rechtstoestanden die onder het toepassingsgebied van de nieuwe regeling vallen. Een dergelijk onderscheid maakt geen schending uit van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet. Elke wetswijziging zou onmogelijk worden indien zou worden aangenomen dat een nieuwe bepaling die grondwetsartikelen zou schenden om de enkele reden dat zij de toepassingsvoorwaarden van de vroegere wetgeving wijzigt, om de enkele reden dat zij de berekeningen in de war zou sturen van diegenen die op de vroegere situatie zijn voortgegaan of om de enkele reden dat zij de verwachtingen van een partij in een rechtsgeding zou dwarsbomen. Indien de decreetgever een beleidswijziging noodzakelijk acht, vermag hij te oordelen dat die beleidswijziging met onmiddellijke ingang moet worden doorgevoerd en is hij in beginsel niet ertoe gehouden in een overgangsregeling te voorzien. De artikelen 10 en 11 van de Grondwet zijn slechts geschonden indien de overgangsregeling of de ontstentenis daarvan tot een verschil in behandeling leidt waarvoor geen redelijke verantwoording bestaat of indien aan het vertrouwensbeginsel op buitensporige wijze afbreuk wordt gedaan. Dat laatste is het geval wanneer de rechtmatige verwachtingen van een bepaalde categorie van rechtsonderhorigen worden miskend zonder dat een dwingende reden van algemeen belang voorhanden is die het ontbreken van een overgangsregeling kan verantwoorden.

Uit de memorie van toelichting blijkt dat de regeling tot doel heeft te vermijden dat de externe beoordeling kan worden omzeild. Deze doelstelling is ongetwijfeld wettig, maar de vraag rijst of de maatregel wel evenredig is. Ook een centrum dat niet de bedoeling had om de externe beoordeling te omzeilen en dit jaar de opleiding niet organiseerde, kan die opleiding de volgende jaren niet meer organiseren. Het is maar de vraag of daarvoor een dwingende reden van algemeen belang bestaat.

Artikel IV.39

In het derde lid van artikel IV.39 wordt bepaald dat de artikelen van het ontwerp die betrekking hebben op de nieuwe ambtsbenamingen in het hoger beroepsonderwijs uitwerking krijgen op 1 september 2010.

Aldus krijgt ook het gehele artikel IV.19 terugwerkende kracht tot 1 september 2010, alhoewel artikel IV.19, 2°, betrekking heeft op het aanwenden van extra lesuren door de Centra voor Volwassenenonderwijs. Het genoemde artikel is overigens de tegenhanger van artikel IV.16, dat betrekking heeft op de centra voor basiseducatie en dat geen terugwerkende kracht krijgt.

Hierover ondervraagd, bevestigde de gemachtigde dat artikel IV.19, 2°, inderdaad geen terugwerkende kracht hoort te krijgen. Het ontwerp zal op dit punt moeten worden aangepast.

Hoofdstuk V – Hoger onderwijs

Artikel V.1

Indien het de bedoeling is, zoals uit de toelichting blijkt, dat de maatregel die het voorwerp is van artikel V.1 enkel betrekking heeft op de tijdelijke aanstelling bij een eerste benoeming, zal in de tekst moeten worden verduidelijkt dat het enkel gaat om de aanstelling “bedoeld in het derde lid”. Een lid van het zelfstandig academisch personeel met een deeltijdse opdracht kan krachtens het tweede lid immers ook tijdelijk worden aangesteld.

Indien zulks inderdaad de bedoeling is, zal, in het licht van het gelijkheidsbeginsel, ook verantwoord moeten kunnen worden waarom de maatregel niet zou gelden voor de tijdelijke aanstelling van een deeltijds lid van het zelfstandig academisch personeel met een deeltijdse opdracht.

Artikel V.5

1. De nog van kracht zijnde wijzigingen die aan artikel 109 van het decreet van 13 juli 1994 betreffende de hogescholen in de Vlaamse Gemeenschap zijn aangebracht, dienen in de inleidende zin te worden vermeld. Deze opmerking geldt ten aanzien van nog andere artikelen, waaronder artikel V.4.

2. Het tweede lid van het ontworpen artikel 109 herneemt de bestaande afwijkende regeling voor de departementen bevoegd voor de studiegebieden ‘kunst’. In de memorie van toelichting wordt deze afwijkende - dus: verschillende - regeling niet verantwoord.

Bij de totstandkoming van deze afwijkende regeling werd het onderscheid als volgt verantwoord:

“In de studiegebieden audio-visuele en beeldende kunst, muziek en dramatische kunst, produktontwikkeling en architectuur zullen praktisch uitsluitend personeelsleden, belast met artistiekgebonden onderwijsactiviteiten, docent kunnen worden. De huidige leraars algemene vakken zullen geconcordeerd worden naar assistent, en de werkleiders uit het studiegebied architectuur blijven werkleider. Het amendement maakt mogelijk dat ook personeelsleden uit deze laatste groepen departementshoofd kunnen worden”¹¹.

Op dat ogenblik was die verantwoording in het licht van het gelijkheidsbeginsel en rekening houdende met de aanvang van de integratie van de kunstenopleidingen in het reguliere hogescholenonderwijs, als redelijk te beschouwen. De vraag is of dat nu nog zo is. De stellers van het ontwerp doen er goed aan om te onderzoeken of het onderscheid nog relevant is en, indien dit hun inziens het geval is, om het onderscheid opnieuw te verantwoorden in het licht van de huidige situatie van de kunstenopleidingen in het hoger onderwijs.

Artikel V.17

1. Door deze bepaling wordt de mogelijkheid gecreëerd om personeelsleden die in dezelfde situatie verkeren (met name niet beschikken over een vereist diploma) verschillend te behandelen, door voor een groep van deze personeelsleden (de zgn. immuun tijdelijken) wel een benoeming mogelijk te maken. In de memorie van toelichting wordt deze verschillende behandeling niet verantwoord. In de memorie wordt enkel verduidelijkt op wie de maatregel van toepassing is, welke de gevolgen van de ontworpen regeling zijn en dat zij tot stand komt in uitvoering van cao III. De stellers van het ontwerp doen er dan ook goed aan deze verschillende behandeling in de memorie van toelichting passend te verantwoorden.

2. De terugwerkende kracht van artikel V.17 (zie artikel V.59, derde lid, van het ontwerp) wordt in de memorie van toelichting niet verantwoord. Gelet op wat hoger, bij de algemene opmerkingen, is uiteengezet verdient het aanbeveling om ook op dit punt een verantwoording in de memorie van toelichting op te nemen.

¹¹ *Parl.St.* VI.Parl. 1994-95, nr. 710/3, 1-2.

Artikel V.34

Het ontworpen artikel 64, § 2, tweede lid, van het decreet van 4 april 2003 betreffende de herstructurering van het hoger onderwijs in Vlaanderen machtigt de Vlaamse Regering om de bepalingen inzake de gegevens van het Hoger Onderwijsregister te wijzigen of aan te vullen “in functie van de organisatorische transparantie van het Hoger Onderwijsregister”. Hoewel uit de memorie van toelichting niet blijkt dat het de bedoeling is dat de Vlaamse Regering het register daardoor ingrijpend zou mogen wijzigen, dient toch te worden vastgesteld dat de machtiging bijzonder vaag is geformuleerd. In het licht van artikel 24, § 5, van de Grondwet doen de stellers van het ontwerp er dan ook goed aan het criterium nauwkeuriger te omschrijven.

Artikel V.41

Voor zover de machtiging in het nieuwe artikel 113^{quinquies} van het decreet van 4 april 2003 betrekking heeft op de wijze waarop gegevens technisch gevalideerd en geregistreerd worden, lijkt de machtiging aanvaardbaar in het licht van het legaliteitsbeginsel. De ermee verbonden gedragscode zal echter geen nieuwe, essentiële regels met betrekking tot de databank hoger onderwijs mogen bevatten.

Artikelen V.46 en V.47

In de memorie van toelichting wordt op geen enkele wijze verantwoord waarom voor beslissingen inzake gelijkwaardigheid van buitenlandse diploma's, bedoeld in artikel II.1, 15°^{bis}, h) en i), van het decreet van 19 maart 2004 betreffende de rechtspositieregeling van de student, de medezeggenschap in het hoger onderwijs, de integratie van bepaalde afdelingen van het hoger onderwijs voor sociale promotie in de hogescholen en de begeleiding van de herstructurering van het hoger onderwijs in Vlaanderen (ingevoegd bij artikel V.42 van het ontwerp), respectievelijk een langere vervaltermijn voor het instellen van het beroep (zie artikel V.46, 3°, van het ontwerp) en een langere ordetermijn voor het nemen van een beslissing (artikel V.47) geldt.

De stellers van het ontwerp doen er goed aan deze verschillen in het licht van het gelijkheidsbeginsel te verantwoorden.

Artikel V.50

1. Artikel 5 van het decreet van 30 april 2004 betreffende de flexibilisering van het hoger onderwijs in Vlaanderen en houdende dringende hogeronderwijsmaatregelen wordt door artikel V.50 aangepast ingevolge opmerkingen van de Europese Commissie.

Het is echter de vraag of met artikel V.50 van het ontwerp tegemoet wordt gekomen aan de eisen van de Europese Commissie. Met de ontworpen bepaling wordt de bestaande toestand eigenlijk bevestigd, in die zin dat het aan de instellingen zelf toekomt om te oordelen of hun opleiding wel beantwoordt aan de eisen van richtlijn 2005/36/EG¹². Het is precies dat principe dat door de Europese Commissie in vraag werd gesteld. Uit de parlementaire voorbereiding van het decreet van 9 juli 2010 betreffende het onderwijs XX - dat artikel 5 van het flexibiliseringsdecreet wijzigde - blijkt immers dat de Europese Commissie vindt dat de (vroegere) bepaling - “[b]ij de vaststelling van het opleidingsprogramma houdt het instellingsbestuur rekening met de bij of krachtens de wet, het decreet of de Europese richtlijn vastgelegde voorwaarden die de toegang tot bepaalde ambten of beroepen reguleren” - te weinig garanties bood dat de instellingen dat ook effectief uitvoeren en in de praktijk brengen¹³. Ook de nieuwe bepaling lijkt terzake onvoldoende garanties te bieden.

2. Aangezien de toegang tot de beroepen uiteraard een federale aangelegenheid is en ten einde geen twijfel te zaaien over de bevoegdheid van de Vlaamse Gemeenschap, late men het ontworpen vierde lid¹⁴ beter aanvangen als volgt:

“Wat betreft de opleidingen die leiden tot de beroepen van arts ...”.

Artikel V.57

Hoewel artikel V.57 de inhoud en de bestemmingen van de tutoring-projecten omschrijft, is het twijfelachtig of hiermee alle noodzakelijke essentiële aspecten van de regeling zijn omschreven. Is dit inderdaad niet het geval, dan zullen in het licht van artikel 24, § 5, van de

¹² In de ontworpen bepalingen wordt enkel verduidelijkt om welke opleidingen het gaat en om welke richtlijn.

¹³ *Parl.St.* VI.Parl. 2009-10, nr. 526/1, 49.

¹⁴ Volgens de inleidende zin gaat het om één lid, terwijl de ontworpen tekst in twee leden is gesplitst. Die tegenstrijdigheid dient te worden verholpen.

Grondwet een aantal bijkomende aspecten van de subsidieregeling in het artikel moeten worden opgenomen.

Hoofdstuk VI - Centra voor leerlingenbegeleiding

Artikel VI.4

Overeenkomstig artikel VI.5 van het ontwerp wordt aan dit artikel terugwerkende kracht gegeven tot 10 december 2010. Het artikel bevat bijkomende rechten voor het personeelslid, en daardoor een bijkomende last voor de inrichtende machten als werkgever. Volgens de toelichting stelt dit geen probleem omdat de inrichtende machten op de hoogte zijn van de getroffen maatregel via het protocol van cao IX.

Zoals reeds bij artikel IV.11 is opgemerkt, vormt het feit dat een maatregel is opgenomen in een akkoord van sectorale sociale programmatie geen voldoende verantwoording voor de terugwerkende kracht. Voor de retroactiviteit zal dus een andere motivering gegeven moeten kunnen worden.

Hoofdstuk VIII - Studiefinanciering

Artikel VIII.1

Dit artikel stelt een voorrecht in ten gunste van de schuldvorderingen die het gevolg zijn van de kosten voor het dekken van het onderhoud van de rechthebbende op een school- of studietoelage, en van de kosten van het door hem gevolgde onderwijs. Het voorrecht geldt voor het bedrag van de studiefinanciering, en wordt ingevoegd in de rangorde van de schuldvorderingen in de Hypotheekwet van 16 december 1851.

Luidens artikel 12 van de Hypotheekwet is een voorrecht een recht dat “uit hoofde van de bijzondere aard der schuldvordering” aan een schuldeiser toekomt en hem voorrang verleent boven de andere schuldeisers, zelfs de hypothecaire.

Volgens de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof kan iedere wetgever van oordeel zijn aan een schuldvordering die voortvloeit uit bepalingen die hij heeft uitgevaardigd ter regeling van een hem toegekende aangelegenheid, een voorrecht of een hypotheek te moeten verbinden. Evenwel, uit het gegeven dat verschillende wetgevers bevoegd zijn om voorrechten in te stellen, die moeten kunnen worden ingepast in eenzelfde rangorde, volgt dat elke wetgever bij

het vaststellen van de rang van het voorrecht dat hij instelt, het belang dat hij door het instellen van het voorrecht beoogt te beschermen, dient af te wegen ten aanzien van de andere belangen die door voorrechten ingesteld door andere wetgevers worden beschermd. Die evenredigheid is in dit bijzonder geval een element van de bevoegdheid van de handelende wetgever¹⁵.

Gelet op de beperkte draagwijdte van het voorrecht (schuldvorderingen samenhangend met kosten bedoeld in artikel 4; bedrag van studiefinanciering) kan er vanuit worden gegaan dat de ontworpen bepaling geen onevenredige weerslag heeft op de bevoegdheden van andere wetgevers.

Hoofdstuk IX - Rechtspositie Onderwijspersoneel

Artikel IX.2

Het ontworpen artikel 12^{sexies}, derde lid, van het decreet van 27 maart 1991 betreffende de rechtspositie van bepaalde personeelsleden van het gemeenschapsonderwijs bepaalt dat de middelen waarvoor de kosten gedragen worden door de raad van bestuur of, voor het vormingscentrum, door de afgevaardigd bestuurder, eigendom blijven van de raad van bestuur of van de afgevaardigd bestuurder.

Hierover om toelichting verzocht door de auditeur-verslaggever heeft de gemachtigde verklaard dat in die bepaling, overeenkomstig artikel 4 van het bijzonder decreet van 14 juli 1998 betreffende het gemeenschapsonderwijs, en naar analogie overigens van het ontworpen artikel 17^{sexies}, derde lid, van het decreet van 27 maart 1991 betreffende de rechtspositie van sommige personeelsleden van het gesubsidieerd onderwijs en de gesubsidieerde centra voor leerlingenbegeleiding (artikel IX.17 van het ontwerp), aan het einde dient te worden geschreven "..., blijven eigendom van de scholengroep en, voor het vormingscentrum, van de Raad van het Gemeenschapsonderwijs". Met die wijziging kan worden ingestemd.

Artikel IX.3

In de inleidende zin van artikel IX.3 van het ontwerp dient melding te worden gemaakt van het wijzigende decreet van 15 juli 2005 (niet: 15 juli 2003).

¹⁵ Grondwettelijk Hof, nr. 27, 22 oktober 1986, 3.B.3.3.

Artikel IX.7

In de inleidende zin van artikel IX.7 van het ontwerp schrijve men:

“In artikel 56/1, § 4, van hetzelfde decreet, ingevoegd bij ...”.

Artikel IX.15

De inleidende zin van artikel IX.15 van het ontwerp redigere men als volgt:

“In artikel 5 van het decreet van 27 maart 1991 betreffende de rechtspositie van sommige personeelsleden van het gesubsidieerd onderwijs en de gesubsidieerde centra voor leerlingenbegeleiding, gewijzigd bij de decreten van 21 december 1994, 1 december 1998, 14 februari 2003, 10 juli 2003, 15 juli 2005, 7 juli 2006, 15 juni 2007, 4 juli 2008, 30 april 2009, 8 mei 2009 en 9 juli 2010, wordt punt 3° vervangen door wat volgt:”.

Artikel IX.18

Artikel IX.18 van het ontwerp redigere men als volgt:

“In artikel 33, § 1, van hetzelfde decreet, vervangen bij het decreet van 9 juli 2010, worden de volgende wijzigingen aangebracht:

- 1° in het eerste lid worden de woorden ‘De vacante betrekkingen worden vastgesteld in functie van de toestand op 15 april van dat jaar.’ vervangen door de woorden ‘De mededeling van de vacante betrekkingen omvat:
 - 1° (...);
 - 2° (...);
 - 3° (...);
- 2° tussen het eerste en het tweede lid wordt een lid ingevoegd, dat luidt als volgt: ‘(...)’ ”.

Artikel IX.19

De inleidende zin van artikel IX.19 van het ontwerp stelle men als volgt:

“In hoofdstuk *Vbis* van hetzelfde decreet, ingevoegd bij het decreet van 14 juli 1998, vervangen bij het decreet van 13 juli 2007 en gewijzigd bij de decreten van 4 juli 2008 en 8 mei 2009, wordt een artikel 47^{ter}/1 ingevoegd, dat luidt als volgt:”.

Artikel IX.26

Artikel IX.26 van het ontwerp voegt aan artikel 9 van het decreet van 9 april 1992 betreffende het onderwijs-III een paragraaf 6 toe waarin wordt bepaald dat de toewijzingen die de Vlaamse reïaffectatiecommissie tijdens het schooljaar 2009-2010 heeft uitgesproken voor personeelsleden van de pedagogische begeleidingsdiensten die ter beschikking werden gesteld wegens ontstentenis van betrekking worden geacht gebeurd te zijn conform het besluit van de Vlaamse Regering van 29 april 1992 betreffende de verdeling van de betrekkingen, de terbeschikkingstelling wegens ontstentenis van betrekking, de reïaffectatie, de weder-tewerkstelling en de toekenning van een wachtgeld of wachtgeldtoelage.

In de toelichting bij artikel IX.26 wordt gesteld dat “[d]e bepaling dat het [...] besluit van 29 april 1992 niet meer van kracht is voor de pedagogische begeleidingsdiensten [...] met terugwerkende kracht [werd] ingevoerd, zodat de Vlaamse reïaffectatiecommissie op het ogenblik van de toewijzingen er nog van uitging dat zij ten volle bevoegd was voor de pedagogische begeleidingsdiensten”, alsook dat het niet valideren van die toewijzingen voor de betrokkenen tot gevolg heeft dat “hun terbeschikkingstelling een negatieve impact kan hebben en kan leiden tot een daling van hun wachtgeld(toelage) of zelfs tot verplichte pensionering”. De gemachtigde heeft bovendien verklaard dat artikel IX.26 slechts de regularisatie van de administratieve situatie als gevolg van de toewijzing van één personeelslid tot doel heeft, dat tegen die aanwijzing geen beroep is ingesteld en dat de termijn voor het instellen van dergelijk beroep in elk geval thans is verstreken.

Gelet op de bijzondere omstandigheden en de zeer beperkte draagwijdte van de in artikel IX.26 bedoelde geldigverklaring, kan deze worden geacht doorgang te kunnen vinden.

Artikel IX.28

Overeenkomstig artikel IX.28 van het ontwerp wordt aan de artikelen IX.2 en IX.17 terugwerkende kracht gegeven tot 10 december 2010. Zoals reeds bij artikel IV.11 is opgemerkt, vormt het feit dat een maatregel is opgenomen in een akkoord van sectorale sociale programmatie geen voldoende verantwoording voor de terugwerkende kracht. Voor de retroactiviteit zal dus een andere motivering gegeven moeten kunnen worden.

Hoofdstuk X - Andere bepalingen

Artikel X.1

Het nieuwe artikel 5 van de wet van 15 juli 1983 houdende oprichting van de Nationale Dienst voor Leerlingenvervoer draagt bepaalde taken op aan de Vlaamse minister bevoegd voor het onderwijs. Het komt de decreetgever niet toe de interne werking van de regering te regelen, zodat deze taken in het decreet aan de Vlaamse Regering moet worden gegeven.

Artikel X.6

Ook voor de terugwerkende kracht van dit artikel - zie artikel X.15 van het ontwerp - zal een verantwoording gegeven moeten kunnen worden.

Hoofdstuk XI - Autonome Bepalingen

Artikel XI.1

In artikel XI.1, 1° en 2°, van het ontwerp schrijve men telkens "... van het decreet van 27 maart 1991 ...".

Artikel XI.2

In artikel XI.2 van het ontwerp dient "artikel 1" telkens te worden vervangen door "artikel XI.1".

De kamer was samengesteld uit

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

De verslagen werden uitgebracht door de Heren R. AERTGEERTS, eerste auditeur-afdelingshoofd, W. PAS, eerste auditeur, en B. STEEN, auditeur.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

G. VERBERCKMOES

M. VAN DAMME