RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 59.609/1
van 13 juli 2016

over

een voorontwerp van decreet ‘betreffende de alternatieve financiering van schoolinfrastructuur via projectspecifieke DBFM-overeenkomsten’

‡LW-BEHQMAGFJ-FJGAJVT‡

Op 14 juni 2016 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Onderwijs verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een voorontwerp van decreet ‘betreffende de alternatieve financiering van schoolinfrastructuur via projectspecifieke DBFM-overeenkomsten’.

Het voorontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 5 juli 2016. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Wilfried VAN VAERENBERGH en Patricia DE SOMERE, staatsraden, en Leen VERSCHRAEGHEN, toegevoegd griffier.

Het verslag is uitgebracht door Thomas MAES, adjunct-auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 13 juli 2016.

*

‡LW-BEHQMAGFJ-FJGAJVT‡

1. 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 VAN HET VOORONTWERP

2.1. Het om advies voorgelegde voorontwerp van decreet strekt ertoe te voorzien in een nieuwe regeling inzake de alternatieve financiering van schoolinfrastructuur via projectspecifieke DBFM[2]-overeenkomsten, in navolging en op basis van de ervaringen met de "Scholen van Morgen" DBFM-regeling[3].

Waar "Scholen van Morgen" een globaal programma betreft, is de invalshoek van de regeling in het huidige voorontwerp het realiseren van verschillende kleinere programma's met de rechtstreeks betrokken inrichtende machten. De inrichtende machten zijn in het nieuw ontworpen systeem zelf verantwoordelijk voor het voeren van de gunningsprocedure tot het aanduiden van een private partij voor het uitvoeren van het projectspecifiek DBFM-programma. De inrichtende machten kunnen op ondersteuning rekenen van het Agentschap voor Infrastructuur in het onderwijs (hierna: AGIOn) en van een nog op te richten projectbureau en zullen kunnen gebruik maken van een lijst van geïnteresseerde private partijen, die vooraf zal worden opgesteld door AGIOn.

In concreto houdt de ontworpen regeling in dat één of meer inrichtende machten het ontwerp, de bouw, de financiering en het onderhoud van één of meer schoolinfrastructuurprojecten gedurende 30 jaar via een overheidsopdracht gunnen aan een private partner, die "de projectvennootschap" wordt genoemd. Enkel private partners die vooraf door AGIOn werden geselecteerd komen in aanmerking om een offerte in te dienen. Als tegenprestatie voor de DBFM zullen de betrokken inrichtende machten gedurende 30 jaar een beschikbaarheidsvergoeding betalen aan de projectvennootschap. Deze beschikbaarheidsvergoeding zal naargelang het geval volledig of ten dele worden gedekt door een DBFM-toelage, die door AGIOn aan de inrichtende macht zal worden uitbetaald. Aan het einde van de 30 jaar zullen de inrichtende machten kosteloos eigenaar worden van de infrastructuur.

2.2. Artikel 1 van het ontwerp vermeldt de aard van de geregelde aangelegenheid, terwijl artikel 2 definities bevat.

[1] Aangezien het om een voorontwerp van decreet gaat, wordt onder "rechtsgrond" de overeenstemming met de hogere rechtsnormen verstaan.

[2] "*Design, Build, Finance and Maintain*" (hierna: DBFM).

[3] Deze regeling is opgenomen in het decreet van 7 juli 2006 'betreffende de inhaalbeweging voor schoolinfrastructuur'; adv.RvS 40.205/1 van 4 mei 2006, *Parl.St.* Vl. Parl. 2005-06, nr. 849/1.

‡LW-BEHQMAGFJ-FJGAJVT‡

Artikel 3 bepaalt het toepassingsgebied van de ontworpen regeling. Artikel 4 zet het algemeen principe van de ontworpen DBFM-regeling uiteen. Artikel 5 bepaalt dat AGIOn vooraf een lijst van geselecteerde kandidaten kan opstellen die nadien offertes kunnen indienen voor DBFM-overeenkomsten. Artikel 6 voorziet in ondersteuning van de inrichtende machten door AGIOn bij het sluiten van een DBFM-overeenkomst, alsook in het opstellen door AGIOn van typedocumenten. Artikel 7 voorziet in het oprichten van een projectbureau. Artikel 8 bepaalt de aangelegenheden waarvoor dit projectbureau AGIOn zal ondersteunen.

Artikel 9 regelt het indienen van de aanvraag door de inrichtende macht om in aanmerking te komen voor het projectspecifiek DBFM-programma. Artikel 10 bepaalt de selectiecriteria aan de hand waarvan de aanvragen zullen worden beoordeeld. Artikel 11 voorziet in een schriftelijk advies van AGIOn. Artikel 12 bepaalt dat de Vlaamse Regering beslist over de selectie en rangschikking van de aanvragen.

Artikel 13 bevat de voorwaarden waaraan inrichtende machten moeten voldoen om in aanmerking te komen voor een DBFM-toelage. In artikel 14 wordt de vorm van de DBFM-toelage bepaald. Artikel 15 machtigt AGIOn om financiële verbintenissen aan te gaan ten belope van 15 miljoen euro per jaar en voorziet in de indexering van de beschikbaarheidsvergoeding.

De artikelen 16 tot en met 19 betreffen het toezicht door AGIOn op de uitvoering van de DBFM-overeenkomsten en op het aanwenden van de DBFM-toelage.

Artikel 20 bepaalt dat de DBFM-toelage niet in de plaats komt van de reguliere subsidiëring of financiering. Artikel 21 sluit voor het gesubsidieerd onderwijs wel uit dat de reguliere subsidiëring zou worden gebruikt om de betrokken schoolinfrastructuur tijdens de DBFM-overeenkomst aan te kopen.

Artikel 22 bepaalt dat op het einde van de DBFM-overeenkomst de schoolinfrastructuur kosteloos wordt overgedragen aan de inrichtende macht. Artikel 23 bepaalt dat AGIOn tot terugvordering overgaat wanneer de schoolinfrastructuur aan het einde van de DBFM-overeenkomst wordt verkocht of voor andere doeleinden dan onderwijsdoeleinden wordt aangewend.

Artikel 24 ten slotte machtigt de Vlaamse Regering om een gemeenschapswaarborg te stellen voor de financiële verbintenissen van de inrichtende machten die uit de DBFM-overeenkomst voortvloeien en die niet gedekt worden door een DBFM-toelage.

VORMVEREISTEN

3.1. Uit de memorie van toelichting en de bij de adviesaanvraag gevoegde nota aan de Vlaamse Regering blijkt dat over het ontwerp van decreet nog het akkoord moet worden verkregen van Eurostat in het kader van ESR2010. Het betreft het Europees Stelsel van Rekeningen, versie 2010, zoals bepaald in de Verordening (EU) nr. 549/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2013 ‘betreffende het Europees systeem van nationale en regionale rekeningen in de Europese Unie’.

‡LW-BEHQMAGFJ-FJGAJVT‡

3.2. De Vlaamse Regering heeft op 25 maart 2016 haar principiële goedkeuring gehecht aan het voorontwerp van decreet "[m]its voldaan wordt aan de voorwaarden, geformuleerd in het akkoord van 23 maart 2016 van de Vlaamse minister, bevoegd voor de begroting". In dat akkoord werd het volgende gesteld:

> "Conferatur het advies van de Inspectie van Financiën, gegeven op 25/02/2016, (…) kan ik het begrotingsakkoord enkel verlenen aan het [voorontwerp van decreet] betreffende de alternatieve financiering van schoolinfrastructuur via projectspecifieke DBFM-overeenkomsten op voorwaarde dat:
>
> 1) Er een slotartikel wordt toegevoegd dat luidt: 'De Vlaamse Regering bepaalt de datum van inwerkingtreding van het decreet'; en
>
> 2) Principiële goedkeuring van het decreet enkel kan na vervollediging van het dossier met tegemoetkoming aan de voorwaarden betreffende de ESR-neutraliteit van de projectspecifieke DBFM's".

3.3. Uit hetgeen voorafgaat volgt dat (1) aan het ontwerp van decreet overeenkomstig het verleende begrotingsakkoord nog een inwerkingtredingsbepaling moet worden toegevoegd, en (2) over het ontwerp van decreet nog het akkoord moet worden verkregen van Eurostat in het kader van ESR2010.

De Raad van State, afdeling Wetgeving, heeft geen opmerkingen bij de in het begrotingsakkoord voorgestelde bepaling van inwerkingtreding. Die bepaling kan bijgevolg worden toegevoegd aan het ontwerp. Indien echter als gevolg van het akkoord van Eurostat nog wijzigingen zouden worden aangebracht aan het ontwerp, zullen die wijzigingen eerst om advies moeten worden voorgelegd aan de afdeling Wetgeving.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Algemene opmerking betreffende het legaliteitsbeginsel in onderwijszaken

(artikel 24, § 5, van de Grondwet)

4.1. Volgens de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof drukt artikel 24, § 5, van de Grondwet de wil uit van de grondwetgever om aan de bevoegde wetgever de zorg voor te behouden een regeling te treffen voor de essentiële aspecten van het onderwijs wat de inrichting, de erkenning of de subsidiëring betreft. Die bepaling verbiedt volgens dezelfde rechtspraak weliswaar niet dat onder bepaalde voorwaarden bevoegdheden aan andere overheden worden toegekend, doch enkel voor zover die bevoegdheden op de tenuitvoerlegging van de door de decreetgever zelf vastgestelde beginselen betrekking hebben. Via die opdrachten kan de regering of een andere overheid de onnauwkeurigheid van die beginselen niet opvangen of onvoldoende omstandige beleidskeuzes niet verfijnen.[4]

[4] Vaste rechtspraak, zie o.m.: GwH 12 juni 2012, nr. 72/2012, B.4; GwH 30 oktober 2008, nr. 142/2008, B.3 en GwH 17 maart 2004, nr. 41/2004, B.3.2.

‡LW-BEHQMAGFJ-FJGAJVT‡

4.2. Artikel 10 van het ontwerp bepaalt dat de aanvragen ingediend door de inrichtende machten om in aanmerking te komen voor het projectspecifiek DBFM-programma, worden beoordeeld op basis van "minstens" negen in dat artikel opgesomde criteria. Artikel 11 bepaalt dat AGIOn, op basis van de selectiecriteria "vermeld in artikel 10"[5], in een schriftelijk verslag advies geeft over de selectie en rangschikking van de aanvragen. Artikel 12 bepaalt dat de Vlaamse Regering, op grond van dat advies en op voorstel van de bevoegde minister, beslist over de selectie en rangschikking van de scholenbouwprojecten.

4.2.1. Voor zover artikel 10 van het ontwerp impliceert dat nog andere dan de decretaal bepaalde selectiecriteria kunnen worden gehanteerd, is het niet duidelijk welke overheid daarover beslist en welke de aard en het gewicht[6] van die bijkomende selectiecriteria zullen zijn. In het licht van artikel 24, § 5, van de Grondwet dient daarover uitsluitsel te worden gegeven in het ontwerp.

4.2.2. Zowel de selectie als de rangschikking van de aanvragen worden volledig overgelaten aan AGIOn en de Vlaamse Regering, respectievelijk bij wege van het geven van een advies en het nemen van een beslissing. Daardoor wordt aan deze overheden een te ruime beleidsvrijheid gelaten. In het licht van het legaliteitsbeginsel in onderwijszaken staat het aan de decreetgever om het kader te bepalen waarbinnen deze selectie en rangschikking moeten worden uitgevoerd.

4.3. Artikel 14, § 4, van het ontwerp machtigt de Vlaamse Regering om "de nadere normen, modaliteiten en de procedure [te] bepalen voor de toekenning en [de] uitbetaling van de DBFM-toelage door AGIOn".

Noch uit de tekst van het ontwerp, noch uit de memorie van toelichting, kan worden afgeleid wat, onder meer in het licht van hetgeen reeds is bepaald in artikel 14, §§ 1 tot 3, van het ontwerp, dient te worden verstaan onder "de nadere normen". Het staat aan de steller van het ontwerp om hierover duidelijkheid te verschaffen, met dien verstande dat op grond van die machtiging geen "bijkomende" normen kunnen worden bepaald waarvan de essentie niet reeds vooraf door de decreetgever is geregeld of de daaraan ten grondslag liggende beleidskeuze onvoldoende omstandig door de decreetgever zelf is gemaakt.

[5] Er is een discrepantie tussen het gebruik van het woord "minstens" in artikel 10 en het gebruik van de woorden "vermeld in artikel 10" in artikel 11, aangezien deze laatste veeleer wijzen op het limitatief karakter van de opsomming, terwijl een beperkende omschrijving van de criteria, zoals ook blijkt uit de memorie van toelichting, niet de bedoeling is van de steller van het ontwerp. Het ware dan ook beter om in artikel 11 te schrijven " zoals bedoeld in artikel 10".

[6] De Raad van State, afdeling Wetgeving, gaat ervan uit, bij ontstentenis van een regeling ter zake, dat minstens aan de decretaal bepaalde criteria hetzelfde gewicht wordt toegekend. Zo dat laatste niet het geval is, dient in het licht van artikel 24, § 5, van de Grondwet de beoogde regeling dienaangaande in het ontwerp te worden geëxpliciteerd.

‡LW-BEHQMAGFJ-FJGAJVT‡

Artikelsgewijze opmerkingen

Voorafgaande opmerkingen

5. Ter wille van de toegankelijkheid en de leesbaarheid van de ontworpen regeling verdient het aanbeveling om het ontwerp in te delen in hoofdstukken.

6. In het ontwerp wordt meermaals het veeleer vage begrip "ondersteunen" gehanteerd om bepaalde verplichtingen uit te drukken (zie de artikelen 5, 6 en 8 van het ontwerp). In het licht van de rechtszekerheid en de transparantie van de regelgeving verdient het aanbeveling om waar mogelijk de beoogde "ondersteuning" te expliciteren.

Artikelen 8 en 11

7. Overeenkomstig artikel 8, 1°, van het ontwerp is AGIOn belast met het voorbereiden van de aanvragen ingediend door de inrichtende machten om in aanmerking te komen voor het projectspecifiek DBFM-programma.

Overeenkomstig artikel 11 van het ontwerp stelt AGIOn op basis van de selectiecriteria vermeld in artikel 10 van het ontwerp een schriftelijk verslag en advies op over de selectie en rangschikking van de aanvragen, op basis waarvan de Vlaamse Regering een beslissing neemt over de aanvragen (artikel 12 van het ontwerp).

AGIOn is bijgevolg zowel betrokken bij het opstellen van de aanvragen als bij het beoordelen ervan. Vraag is of een dergelijke werkwijze de onafhankelijke en onpartijdige beoordeling door AGIOn van de aanvragen niet in het gedrang brengt, en of door deze dubbele betrokkenheid van AGIOn geen afbreuk dreigt te worden gedaan aan het transparantiebeginsel, dat voortvloeit uit het beginsel van gelijke behandeling. De voornoemde bepalingen dienen op dit punt aan een nieuw onderzoek te worden onderworpen.

8. Volgens de gemachtigde dient de laatste volzin van artikel 11 van het ontwerp te luiden als volgt:

> "Er wordt rekening gehouden met een evenwichtige verdeling tussen de onderwijsnetten van het gesubsidieerd onderwijs en het voorstel van het GO!."

‡LW-BEHQMAGFJ-FJGAJVT‡

Artikel 24

9. Artikel 24, tweede lid, van het ontwerp herneemt de deels overlappende bepalingen van de artikelen 37, tweede lid, en 39 van het decreet van 7 juli 2006 ‘betreffende de inhaalbeweging voor schoolinfrastructuur’. In artikel 39 wordt bepaald dat de machtiging aan de Vlaamse Regering geldt “met inbegrip van de mogelijkheid om hierbij af te wijken van het interest maximum zoals bepaald in artikel 6, § 4, van het decreet van 7 mei 2004 houdende bepalingen inzake kas-, schuld- en waarborgbeheer van de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest”. De steller van het ontwerp zal moeten nagaan of dezelfde mogelijkheid zich opdringt met betrekking tot het voorliggend ontwerp. In voorkomend geval zal de machtiging aan de Vlaamse Regering opgenomen in artikel 24, tweede lid, van het ontwerp op dat punt moeten worden aangevuld.

DE GRIFFIER DE VOORZITTER

Leen VERSCHRAEGHEN Marnix VAN DAMME

‡LW-BEHQMAGFJ-FJGAJVT‡