



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 69.841/1/V
van 14 september 2021

over

een voorontwerp van decreet van de Vlaamse Gemeenschap
'over DBFM-Scholen van Vlaanderen'

Op 7 juli 2021 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Onderwijs, Sport, Dierenwelzijn en Vlaamse Rand verzocht binnen een termijn van dertig dagen, van rechtswege verlengd tot 23 augustus 2021,^(*) een advies te verstrekken over een voorontwerp van decreet van de Vlaamse Gemeenschap ‘over DBFM-Scholen van Vlaanderen’.

Het voorontwerp is door de eerste vakantiekamer onderzocht op 2 september 2021. De kamer was samengesteld uit Wouter PAS, staatsraad, voorzitter, Koen MUYLLE en Inge VOS, staatsraden, Johan PUT, assessor, en Wim GEURTS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Brecht STEEN, eerste auditeur-afdelingshoofd.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 14 september 2021.

*

^(*) Deze verlenging vloeit voort uit artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, *in fine*, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, waarin wordt bepaald dat deze termijn van rechtswege verlengd wordt met vijftien dagen wanneer hij begint te lopen tussen 15 juli en 31 juli of wanneer hij verstrijkt tussen 15 juli en 15 augustus.

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 rechtsgrond¹, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING VAN HET VOORONTWERP

2. Het om advies voorgelegde voorontwerp van decreet beoogt een decretale regeling tot stand te brengen die de juridische basis vormt voor de nieuwe DBFM²-programma's 'Scholen van Vlaanderen'.

De ontworpen regeling bouwt grotendeels voort op de regelingen voor de reeds bestaande DBFM-programma's die zijn opgenomen in de decreten van 7 juli 2006 'betreffende de inhaalbeweging voor schoolinfrastructuur' en 25 november 2016 'betreffende de alternatieve financiering van schoolinfrastructuur via projectspecifieke DBFM-overeenkomsten'. Wel wordt het toepassingsgebied ervan verruimd tot het deeltijds kunstonderwijs.

Inrichtende machten kunnen, mits het verlenen van een zakelijk recht, een zgn. DBFM-overeenkomst met een DBFM-vennootschap sluiten voor een scholenbouwproject binnen een DBFM-programma Scholen van Vlaanderen. De DBFM-vennootschappen hebben als taak om, op grond van de gesloten DBFM-overeenkomst, in te staan voor het ontwerp, de bouw, de financiering en het onderhoud van de infrastructuur en de gerealiseerde schoolinfrastructuur ter beschikking te stellen van de inrichtende machten op grond van een individuele DBFM-overeenkomst (artikel 6). Daartegenover staat dat de inrichtende macht periodiek een beschikbaarheidsvergoeding dient te betalen (artikel 3), waarvan de berekeningsmethode in de kaderovereenkomst zal worden vastgelegd (artikel 7, tweede lid, 3°). Voor het betalen van de beschikbaarheidsvergoeding ontvangen de inrichtende macht een DBFM-toelage.

In tegenstelling tot het decreet van 25 november 2016, krijgt de Vlaamse Regering de opdracht om, overeenkomstig de wetgeving inzake overheidsopdrachten, een aantal³ DBFM-vennootschappen te selecteren waaraan in het algemeen de opdracht tot uitvoering van een bepaald onderdeel van het DBFM-programma wordt toegewezen (artikel 5). De activiteiten van de DBFM-vennootschappen worden ontwikkeld in het raam van het DBFM-programma Scholen van Vlaanderen en in het kader van een kaderovereenkomst die de Vlaamse Regering met de verschillende geselecteerde DBFM-vennootschappen sluit en waarvan de minimale inhoud wordt bepaald in artikel 7 van het ontwerp.

De selectiecriteria en de selectieprocedure van de bouwprojecten worden geregeld in de artikelen 8 tot 13.

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 In de memorie van toelichting is sprake van drie vennootschappen.

Onder bepaalde voorwaarden (artikel 14) komt de inrichtende macht wiens investeringsproject wordt gerealiseerd, in aanmerking voor een DBFM-toelage, die berekend wordt als een percentage van de beschikbaarheidsvergoeding (100 % voor de instellingen, internaten, centra en academies van het gemeenschapsonderwijs, 70 % voor de instellingen van het gewoon- en buitengewoon gesubsidieerd basisonderwijs en 60 % voor de instellingen van andere onderwijsniveaus, internaten, centra en academies van het gesubsidieerd onderwijs) (artikel 15) en die goedgekeurd (artikelen 19 tot 23) en uitbetaald wordt door AGION (artikel 18).

Bij het einde van de individuele DBFM-overeenkomst dient de schoolinfrastructuur kosteloos te worden overgedragen aan de inrichtende macht (artikel 29).

Het sluiten van een individuele DBFM-overeenkomst staat er, binnen zekere grenzen, niet aan in de weg dat de betrokken inrichtende macht nog een beroep doet op de reguliere financiering of subsidiëring van de schoolinfrastructuur (artikelen 27 en 28).

Ten slotte machtigt het voorontwerp de Vlaamse Regering om onder bepaalde voorwaarden een gemeenschapswaarborg te stellen ten gunste van de inrichtende machten (artikel 31).

VORMVEREISTEN

3.1. Artikel 31 van het voorontwerp voorziet in de mogelijkheid dat de Vlaamse Regering een gemeenschapswaarborg stelt voor de inrichtende machten voor de verbintenissen die niet gedekt worden door de DBFM-toelage.

Ondervraagd of desgevallend overeenkomstig de voorschriften voor staatssteun⁴ een voorafgaande aanmelding bij de Europese Commissie is gebeurd, heeft de gemachtigde geantwoord als volgt:

“Doordat een beroep wordt gedaan op de mededinging op basis van de wetgeving inzake overheidsopdrachten, kan ervan uitgegaan worden dat de prijs die uiteindelijk zal overeengekomen worden, een marktconforme prijs is zodat de weerhouden inschrijver uit de gemeenschapswaarborg geen voordeel zal halen.

Ten aanzien van de inrichtende macht kan er evenmin sprake zijn van staatssteun. Openbaar onderwijs dat door de staat wordt gefinancierd en onder staatstoezicht staat, kwalificeert zich niet als een economische activiteit. De scholen zijn hier bovendien in de context van schoolinfrastructuur geen ondernemingen. Het betreft hier geen economische activiteiten van de school.”

3.2. In advies 63.746/1/V, over het stellen van de gemeenschapswaarborg voor projectspecifieke DBFM-overeenkomsten in het onderwijs die evenmin was aangemeld bij de Europese Commissie, merkte de Raad van State, afdeling Wetgeving, het volgende op:

⁴ Artikel 108, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.

“4.2. Het feit dat een overheidsopdrachtenprocedure moet worden georganiseerd, sluit als zodanig evenwel niet uit dat de projectvennootschap uit de gemeenschapswaarborg een voordeel kan halen dat als staatssteun kan worden opgevat.

In dit verband acht de afdeling Wetgeving het nodig te wijzen op de Mededeling van de Commissie ‘betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het EG-Verdrag op de staatssteun in de vorm van garanties’ (2008/C 155/02).⁵ Daarin worden onder meer de voorwaarden vermeld waaraan de individuele garantie cumulatief dient te voldoen om de aanwezigheid van staatssteun uit te sluiten.

Het verdient dan ook aanbeveling dat de steller van het ontwerp, eventueel in samenspraak met de bevoegde diensten van de Europese Commissie, nagaat of de beoogde regeling van de gemeenschapswaarborg voldoet aan deze voorwaarden. Mocht na dit onderzoek twijfel bestaan over de mogelijke kwalificatie van de maatregel als staatssteun, dan wordt de adviesaanvrager aangeraden om in elk geval een aanmelding van het ontwerp te doen in het kader van de Europese staatssteunregeling, waarna het aan de Europese Commissie zal zijn om hieromtrent een formeel standpunt in te nemen.⁶

Indien de aan de Raad van State voorgelegde tekst ten gevolge van die aanmelding nog wijzigingen zou ondergaan, moeten de gewijzigde of toegevoegde bepalingen, ter inachtneming van het voorschrift van artikel 3, § 1, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, nog aan de afdeling Wetgeving worden voorgelegd.”⁷

3.3. Eenzelfde opmerking geldt ten aanzien van huidig voorontwerp en de in artikel 31 ervan vervatte gemeenschapswaarborg.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

ALGEMENE OPMERKING: HET GELIJKHEIDSBEGINSEL IN ONDERWIJSAANGELEGENHEDEN

4. Het voorontwerp bevat op verschillende punten een verschillende behandeling tussen de instellingen van het gemeenschapsonderwijs en van het gesubsidieerd onderwijs, onder meer door de wijze waarop de projecten worden geselecteerd (artikelen 10, 11 en 12) en de hoogte van de DBFM-toelage (artikel 15, §§ 2 en 3). Wat de hoogte van de DBFM-toelage betreft, wordt er ook een verschillende behandeling ingevoerd tussen de verschillende instellingen van het gesubsidieerd onderwijs, nl. tussen het basisonderwijs en de overige onderwijsniveaus (artikel 15, § 2, eerste lid).

5. Artikel 24, § 4, van de Grondwet bepaalt:

⁵ Voetnoot 3 van het aangehaalde advies:

[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/HTML/?uri=CELEX:52008XC0620\(02\)&from=NL](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/HTML/?uri=CELEX:52008XC0620(02)&from=NL)

⁶ Voetnoot 4 van het aangehaalde advies: “Er mag immers niet uit het oog worden verloren dat, in het geval de ontworpen regeling of een deel ervan zou worden beschouwd als een regeling inzake staatssteun, het miskennen van de aanmeldingsverplichting de onwettigheid van de betrokken staatssteun tot gevolg heeft, zelfs al zou die in se verenigbaar met het unierecht kunnen worden verklaard, alsmede, in beginsel, de verplichting tot terugvordering van de onrechtmatig toegekende steun (HvJ 8 december 2011, C-275/10, Residex Capital IV CV)”.

⁷ Adv.RvS 63.746/1/V van 23 juli 2018 over een ontwerp dat heeft geleid tot het besluit van de Vlaamse Regering van 7 september 2018 ‘houdende de instelling van een gemeenschapswaarborg in het kader van het projectspecifieke DBFM-programma’, opmerking 4.2.

“Alle leerlingen of studenten, ouders, personeelsleden en onderwijsinstellingen zijn gelijk voor de wet of het decreet. De wet en het decreet houden rekening met objectieve verschillen, waaronder de eigen karakteristieken van iedere inrichtende macht, die een aangepaste behandeling verantwoorden.”

Deze grondwettelijke regel van gelijkheid en niet-discriminatie in onderwijszaken sluit niet uit dat een verschil in behandeling tussen bepaalde categorieën van onderwijsinstellingen wordt ingesteld, voor zover dat verschil op een objectief criterium berust en het redelijk verantwoord is. 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.⁸

6.1. Wat het verschil in de hoogte van de DBFM-toelage betreft, verklaarde de gemachtigde het volgende:

“De context voor het derde DBFM-programma is niet gewijzigd m.b.t. de subsidiepercentages ten opzichte van het eerste en het tweede DBFM-programma. Er is dan ook geen aanleiding, rechtvaardiging of noodzaak om de bewuste percentages aan te passen voor het derde programma. Bij de vorige DBFM-programma's zijn effectief geen opmerkingen gemaakt over de verschillende percentages. Het bestaan van een verschil in de subsidiepercentages vloeit o.i. onvermijdelijk voort uit de opzet en formulering van de Grondwet alsook de organisatie en regeling van het onderwijs in de Vlaamse gemeenschap. Daarbij is er namelijk een ‘subsiëring’ die voor het gesubsidieerd vrij onderwijs en het gesubsidieerd officieel onderwijs neerkomt op de subsidiepercentages, tegenover een ‘financiering’ van het gemeenschapsonderwijs (GO!) met een volledige betoelaging van de schoolinfrastructuur. Inzake schoolinfrastructuur is er tevens het objectieve verschil in de eigendomssituatie van de schoolgebouwen waarbij voor het gesubsidieerd onderwijs de gebouwen eigendom zijn van inrichtende machten die geheel los staan van de Vlaamse Gemeenschap.”

6.2. Hoewel de gelijke behandeling van onderwijsinstellingen het basisbeginsel is, sluit artikel 24, § 4, van de Grondwet een verschil in behandeling van die instellingen niet uit, op voorwaarde dat dat gegrond is op objectieve verschillen, “waaronder de eigen karakteristieken van iedere inrichtende macht”. In de parlementaire voorbereiding van de grondwetsherziening van 15 juli 1988 wordt in dat verband de mogelijkheid vermeld om rekening te houden met de eigen verplichtingen die op de scholen van de gemeenschap rusten, met de eigendomsregeling van de schoolgebouwen, of nog met de mogelijkheid voor sommige inrichtende machten of instellingen om de door de gemeenschap toegekende financiering aan te vullen met openbare of private middelen (*Parl.St.*, Senaat, B.Z. 1988, nr. 100-1/1^o, pp. 5-7). Om ten aanzien van het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie een verschil in behandeling tussen de onderwijsinstellingen van de onderwijsnetten te verantwoorden, is het evenwel niet voldoende te wijzen op het bestaan van objectieve verschillen tussen die instellingen. Bovendien moet worden aangetoond dat, ten aanzien van de geregelde aangelegenheid, het aangevoerde onderscheid relevant is om een verschil in behandeling in redelijkheid te verantwoorden. Het gelijkheidsbeginsel inzake onderwijs kan overigens niet los worden gezien van de andere in

⁸ Zie bv. GwH 9 februari 2005, nr. 29/2005, B.9.; GwH 16 juli 2015, nr. 104/2015, B.6.

artikel 24 van de Grondwet vervatte waarborgen, inzonderheid van de vrijheid van onderwijs en van het recht op onderwijs.⁹

In dat verband moet worden verwezen naar het recente arrest 99/2021 van 1 juli 2021 van het Grondwettelijk Hof, dat betrekking had op het verschil in behandeling op vlak van een gedeelte van de financiering van de werking van de instellingen voor hoger kunstonderwijs in de Franse Gemeenschap. Het verschil in behandeling kwam erop neer dat de regels inzake de berekening van de werkingstoelagen van de instellingen voor hoger kunstonderwijs van het vrije net leiden tot de toekenning van een werkingstoelage die in feite per student gelijk is aan ongeveer 40 % van de werkingsdotatie die per student aan de instellingen voor hoger kunstonderwijs van de Franse Gemeenschap wordt toegekend.

Het Hof oordeelde als volgt:

“B.10. Noch de bestaansreden van het verschil in behandeling tussen de gesubsidieerde vrije kunsthogescholen en de kunsthogescholen van de Franse Gemeenschap, noch de orde van grootte van dat verschil blijken uit de parlementaire voorbereiding van de in het geding zijnde bepaling of uit de verantwoordingen die de Franse Gemeenschapsregering in haar memories aanvoert.

De Franse Gemeenschapsregering toont niet aan in welk opzicht een verplichting op de Franse Gemeenschap rust om onderwijs in te richten ‘waar daaraan behoefte bestaat’, in de aangelegenheid van het hoger kunstonderwijs, die kosten met zich mee zou brengen die de gesubsidieerde vrije kunsthogescholen niet zouden moeten maken en zij identificeert geen opdracht van openbare dienst die een grotere financiële tegemoetkoming ten voordele van de kunsthogescholen van de Franse Gemeenschap zou verantwoorden. Het blijkt evenmin dat de financieringsmogelijkheden waarover de gesubsidieerde vrije kunsthogescholen beschikken, naast hun subsidiëring, van dien aard zijn dat zij een dergelijke wanverhouding in de aan de verschillende kunsthogescholen toegekende middelen verantwoorden. In dat verband moet worden beklemtoond dat het doel dat erin bestaat de toegankelijkheid van de hogere kunststudies voor zoveel mogelijk studenten te waarborgen en dat verantwoordt dat het inschrijvingsgeld zo laag mogelijk wordt gehouden, niet alleen geldt voor de studenten die zich in de kunsthogescholen van de Franse Gemeenschap inschrijven, maar ook voor die welke zich in de gesubsidieerde vrije kunsthogescholen inschrijven.”¹⁰

6.3. Hoewel het verschil in behandeling in het hiervoor aangehaalde arrest van een andere orde is, aangezien het betrekking had op werkingstoelagen, kan uit het arrest worden afgeleid dat de stellers van het voorontwerp zowel de bestaansreden als de orde van grootte van de verschillende behandeling tussen de onderwijsinstellingen die behoren tot de verschillende netten moeten kunnen verantwoorden en dat het voor de verantwoording van dit verschil in behandeling niet volstaat te wijzen op het bestaan van een objectief verschil inzake het eigendomsstelsel, op de globaal verschillende financiering of op het feit dat het verschil in behandeling in het verleden reeds bestond.

⁹ GwH 1 juli 2021, nr. 99/2021, B.9. Zie ook reeds o.m. GwH 21 maart 1995, nr. 27/95, B.5; GwH 26 juli 2007, nr. 110/2007, B.13; GwH 11 juni 2008, nr. 90/2008, B.4 en B.5.; GwH 10 november 2011, nr. 174/2011, B.7.

¹⁰ GwH 1 juli 2021, nr. 99/2021, B.10.

De stellers van het ontwerp dienen de hoegrootheid van het verschillend bedrag van de DBFM-toelage dus concreet te kunnen verantwoorden in het licht van de bestaande objectieve verschillen *in de geregelde aangelegenheid*, bijvoorbeeld aan de hand van aanvullende financieringsmogelijkheden van de gesubsidieerde onderwijsinstellingen op het vlak van infrastructuur of de hogere kosten die het gemeenschapsonderwijs heeft ten aanzien van de via DBFM-programma's gerealiseerde infrastructuur. Evenzo zal moeten kunnen worden aangetoond in welke zin de financieringsnood van instellingen voor het gesubsidieerd basisonderwijs verschilt van de financieringsnood van de andere instellingen van het gesubsidieerd onderwijs (artikel 15, § 2). Dat in het verleden een gelijkaardige verdeling werd gebruikt doet van deze vaststelling niets af, nu de verantwoording van dit verschil in het verleden niet noodzakelijk nog steeds kan dienen als een verantwoording voor het huidige verschil in behandeling.

Hoewel zulks niet verplicht is, doen de stellers van het ontwerp er goed aan, ook met het oog op een eventuele toetsing door het Grondwettelijk Hof, deze verantwoording op te nemen in de memorie van toelichting.

ALGEMENE OPMERKING: HET BIJZONDERE MEERDERHEIDSVEREISTE BEDOELD IN ARTIKEL 24, § 2, VAN DE GRONDWET

7. Uit de artikelen 8 tot 13 van het voorontwerp blijkt dat AGION optreedt als coördinator, ook ten aanzien van het gemeenschapsonderwijs.

Uit het arrest 105/2018 van 19 juli 2018 van het Grondwettelijk Hof, dat betrekking had op gelijkaardige bepalingen uit het decreet van 25 november 2016, volgt dat die bepalingen in overeenstemming zijn met artikel 24, § 2, van de Grondwet.

In het genoemde arrest overwoog het Hof het volgende:

“B.13.1. Uit het bovenstaande blijkt dat de decreetgever geen bevoegdheden van de Gemeenschap, als inrichtende macht, opdraagt aan één of meer autonome organen en evenmin afbreuk doet aan de bevoegdheden van de inrichtende macht van het Gemeenschapsonderwijs (GO!) inzake schoolinfrastructuur, zodat de bestreden bepalingen niet dienden te worden aangenomen met de in artikel 24, § 2, van de Grondwet vereiste bijzondere meerderheid.

B.13.2. Vermits zij de financiering van de schoolinfrastructuur regelen voor de verschillende onderwijsnetten, behoren de bestreden bepalingen tot de algemene normatieve bevoegdheid van de gemeenschappen inzake onderwijs. Het enkele feit dat de bestreden bepalingen ook moeten worden nageleefd door de autonome organen van het Gemeenschapsonderwijs (GO!) brengt de geregelde aangelegenheid niet binnen het toepassingsgebied van artikel 24, § 2, van de Grondwet. Die organen moeten immers, zoals elke inrichtende macht, handelen binnen het algemeen normatief kader inzake de financiering van de schoolinfrastructuur dat de decreetgever bij gewone meerderheid kan aannemen.”¹¹

¹¹ GwH 19 juli 2018, nr. 105/2018, B.13.1-B.13.2.

Artikel 10, tweede lid, van het voorontwerp lijkt evenwel te impliceren (zie verder de artikelsgewijze bespreking), dat de aanvraag die wordt ingediend door het GO! dient te worden goedgekeurd door de Raad van het GO!. Aldus kent de gewone decreetgever een bepaalde taak toe aan één welbepaald orgaan van het gemeenschapsonderwijs. Hoewel op deze wijze geen inrichtingsbevoegdheid wordt toegekend aan een autonoom orgaan, wijzigt of verduidelijkt de gewone decreetgever de wijze waarop het bijzonder decreet van 14 juli 1998 ‘betreffende het gemeenschapsonderwijs’ verscheidene bevoegdheden inzake schoolinfrastructuur toekent aan de verschillende bestuursniveaus van het Gemeenschapsonderwijs, en wordt aldus, in de woorden van het Grondwettelijk Hof, “afbreuk [gedaan] aan de bevoegdheden van de inrichtende macht van het Gemeenschapsonderwijs (GO!) inzake schoolinfrastructuur”.

Uit de eis van een bijzonderemeerderheidsdecreet zoals geformuleerd in artikel 24, § 2, van de Grondwet, volgt niet alleen dat die bijzondere meerderheid nodig is voor de principiële beslissing tot overdracht van bevoegdheid tot uitoefening van de inrichtende macht aan een autonoom orgaan, doch ook voor het vaststellen van de essentiële regels met betrekking tot de organisatie en de bevoegdheden van het autonome orgaan, alsmede van het administratief en financieel beheer en het toezicht erop.¹² Een bijzonder decreet is niet enkel vereist voor het opdragen van bevoegdheden als inrichtende macht aan één of meer autonome organen, doch ook voor het naderhand wijzigen ervan.¹³

Door de wijze te bepalen waarop de organen van het gemeenschapsonderwijs beslissen over de infrastructuur van het gemeenschapsonderwijs en in het bijzonder beslissen over projecten die in aanmerking komen voor een DBFM-programma, lijkt het voorontwerp een wijziging aan te brengen in de bevoegdheden van de organen van het gemeenschapsonderwijs. Bijgevolg moet ofwel artikel 10, tweede lid, van het voorontwerp worden aangenomen met een bijzondere meerderheid,¹⁴ ofwel moet de voorwaarde dat de aanvraag door de Raad van het Go! werd goedgekeurd, worden weggelaten uit het voorontwerp.

ARTIKELSGEWIJZE OPMERKINGEN

Artikel 4

8. In de punten 2° en 5° van artikel 4 van het voorontwerp wordt gesteld dat de regeling van toepassing is op “het” volwassenenonderwijs en “het” deeltijds kunstonderwijs, terwijl de regeling volgens de punten 1°, 3° en 4°, van toepassing is op instellingen en centra. Zo is voor het ene onderwijsniveau de regeling van toepassing op dat niveau, terwijl het in andere niveaus van toepassing is op instellingen en/of centra. Het verdient aanbeveling om het

¹² *Parl.St.* Senaat, B.Z. 1988, nr. 100-1/2°, 82.

¹³ Zie o.m. adv.RvS 48.279/1 van 27 mei 2010 over een voorontwerp van bijzonder decreet dat heeft geleid tot het bijzonder decreet van 21 september 2010 ‘zur Abänderung des Sonderdekretes vom 21. Februar 2005 zur Schaffung einer autonomen Hochschule’, *Parl.St.* D.Parl. 2009-10, nr. 45/1.

¹⁴ In dit geval is het aan te bevelen de bepaling formeel onder te brengen in een bijzonder decreet. Niet artikel 24, § 2, van de Grondwet vereist dit (zie GwH 6 mei 2010, nr. 52/2010, B.11.2), maar wel het rechtszekerheidsbeginsel.

toepassingsgebied op een meer coherente manier te omschrijven, hetzij in termen van niveaus, hetzij in termen van instellingen, centra of, wat het kunstonderwijs betreft, academies.

Artikel 5

9. Rekening houdend met de definitie van “gunning” in artikel 2, 38°, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’, schrijve men in artikel 5, eerste lid, van het voorontwerp beter “gunning” in de plaats van “toewijzing”. Evenzo is het raadzaam om, rekening houdend met de definities van de verschillende plaatsingsprocedures in artikel 2, 22°, en volgende van diezelfde wet van 17 juni 2016, het begrip “gunningswijze” in artikel 5, tweede lid, van het voorontwerp, te vervangen door “plaatsingsprocedure”.

Artikel 6

10. Het is niet duidelijk wat precies wordt bedoeld met “de lijst die de Vlaamse Regering conform hoofdstuk 3 opstelt”. Wellicht wordt bedoeld op de selectie en rangschikking van de scholenbouwprojecten bedoeld in artikel 11 van het voorontwerp. Het verdient aanbeveling dit te preciseren.

Artikel 7

11. Uit artikel 7 van het voorontwerp blijkt niet duidelijk welke partijen precies zijn betrokken bij de kaderovereenkomst. In dat verband verklaarde de gemachtigde:

“Er wordt een kaderovereenkomst afgesloten per vennootschap, dus per plaatsingsprocedure. Dit gaat inderdaad over de kaderovereenkomst met als partijen de Vlaamse Regering en de DBFM-vennootschap. Dus niet met de inrichtende machten.”

Het verdient aanbeveling dit te verduidelijken. Voor de bestaande tekst van artikel 7 zou een zin kunnen worden ingevoegd die luidt als volgt:

“De Vlaamse Regering sluit met elke DBFM-vennootschap een kaderovereenkomst.”

12.1. Met elke DBFM-vennootschap sluit de Vlaamse Regering een aparte kaderovereenkomst waarin onder meer de taken van de DBFM-vennootschap en de (resultaats)verbintenissen van de partijen worden opgenomen. Voor het formuleren van de rechten van de DBFM-vennootschappen (bijv. hun vergoeding) en de verplichtingen die op de DBFM-vennootschappen rusten, wordt aldus een beroep gedaan op het contractuele procedé.

Volgens de adviespraktijk van de Raad van State is het sluiten van dergelijke overeenkomsten problematisch indien het decreet niet zelf in voldoende mate de essentiële voorwaarden bepaalt waaronder de instellingen of organisaties worden betrokken bij het beleid

(bijv. subsidievoorwaarden of -bedragen) of indien door middel van dergelijke overeenkomsten verordenende bevoegdheid wordt uitgeoefend ten aanzien van derden.

12.2. Over de aard van de kaderovereenkomst verklaarde de gemachtigde het volgende:

“Daarbij is het de bedoeling dat de kaderovereenkomsten in erg grote mate gelijkaardig zullen zijn maar vermits ze het resultaat zijn van een plaatsingsprocedure in de markt zijn kleine verschillen niet uitgesloten. Elke kaderovereenkomst moet minstens de bepalingen bevatten die opgesomd worden in het decreet. Het werken met een contractueel kader binnen een DBFM-project is onvermijdelijk en klassiek. Dit gebeurt bij alle DBFM-projecten en is een gekende praktijk. De bestraffende maatregelen waarvan sprake, hebben betrekking op de verhouding tussen de overheid en de DBFM-vennootschap en dus niet op de inrichtende machten. Ze zijn dus geen verkapte normatieve bepalingen t.a.v. derden. Zoals eerder vermeld zijn de inrichtende machten geen partij bij kaderovereenkomst. Gezien het beleidsmatig een aandachtspunt is dat particuliere spaarders zouden kunnen betrokken worden in de financiering van de DBFM-vennootschap, is het belangrijk dat dit element ook decretaal verankerd wordt teneinde duidelijk deel uit te maken van het kader en de kaderovereenkomst in de verhouding tussen de overheid en de DBFM-vennootschap.”

12.3. Wat de essentiële voorwaarden betreft waaronder de DBFM-vennootschappen bij het beleid worden betrokken, moet worden vastgesteld dat de artikelen 3 en 6 van het voorontwerp de krijtlijnen van de rol van de DBFM-vennootschap bepalen, en artikel 7 in grote lijnen de inhoud van de kaderovereenkomst bepaalt. In die zin lijken de essentiële elementen van de normering te zijn bepaald.

Er dient evenwel de aandacht op te worden gevestigd dat de hoogte van de beschikbaarheidsvergoeding ook de hoogte van de DBFM-toelage (artikel 15) en dus de financiële tussenkomst van de overheid ten aanzien van de inrichtende machten bepaalt. In advies 40.205/1 van 4 mei 2006 werd over het vastleggen van de berekeningswijze van de beschikbaarheidsvergoeding het volgende opgemerkt:

“1.3. Volgens artikel 7, § 2, 3°, van het ontwerp wordt het vaststellen van de wijze waarop de beschikbaarheidsvergoeding dient te worden berekend, geregeld in de overeenkomst tussen de Vlaamse Gemeenschap en de DBFM-vennootschap. In de praktijk zal daarover derhalve onderhandeld worden tussen de Vlaamse Regering en de vennootschap.

Het gaat echter om een essentieel aspect van de regeling, vermits het berekenen of het vaststellen van de beschikbaarheidsvergoeding, gelet op de artikelen 2, 2°, 19 en 20 van het ontwerp, direct leidt tot het vaststellen van het bedrag van de overheidsfinanciering of -subsiëring.

Gelet op artikel 24, § 5, van de Grondwet kan dit aspect van de regeling niet worden overgelaten aan de beleidsvrijheid van de Vlaamse Regering.”¹⁵

Deze opmerking dient te worden herhaald.

¹⁵ Adv.RvS 40.205/1 van 4 mei 2006, over een voorontwerp dat heeft geleid tot het decreet van 7 juli 2006 ‘betreffende de inhaalbeweging voor schoolinfrastructuur’, *Parl.St.* VI.Parl. 2005-06, nr. 849/1, opmerking 3.1.

12.4. Bovendien komen in de kaderovereenkomst, zoals bepaald in artikel 7, tweede lid, van het voorontwerp, niet enkel bepalingen voor die rechten en verplichtingen formuleren ten aanzien van de partijen, maar ook bepalingen die verplichtingen zullen bepalen van de betrokken inrichtende machten (bijv. de wijze waarop de door de inrichtende machten verschuldigde beschikbaarheidsvergoeding wordt berekend (artikel 7, tweede lid, 3°), de remediërende en bestraffende maatregelen¹⁶ als de DBFM-overeenkomsten niet worden nageleefd (artikel 7, tweede lid, 8°) de standaardbepalingen van de DBFM-overeenkomsten (artikel 7, tweede lid, 9°) of zelfs van andere derden (de wijze waarop de middelen van particuliere spaarders als schoolaandeelhouders betrokken kunnen worden (artikel 7, tweede lid, 10°)).

Aldus lijken de kaderovereenkomsten ook normatieve bepalingen te kunnen bevatten, die op een onbepaald aantal gevallen van toepassing zijn op rechtszoekenden die niet bij het sluiten van de kaderovereenkomst zijn betrokken. In die zin dient een voorbehoud te worden gemaakt bij het feit dat de inhoud van de betrokken regelingen volledig wordt overgelaten aan de kaderovereenkomst.

13. Rekening houdend met de definitie van “plaatsing” in artikel 2, 37°, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’, schrijve men in artikel 7, eerste lid, van het voorontwerp beter “plaatsingsprocedure” in de plaats van “gunningsprocedure”.

Artikel 10

14. In artikel 10, tweede lid, van het voorontwerp is sprake van “de eisen gekoppeld aan de selectiecriteria”, terwijl niet duidelijk bepaald wordt hoe deze eisen worden vastgelegd. In het eerste lid van hetzelfde artikel is immers enkel sprake van een advies “over de selectie en rangschikking van de aanvragen”, maar niet van het formuleren van (concrete) eisen op grond van de in artikel 9 op algemene wijze bepaalde selectiecriteria.

15. Onverminderd hetgeen *sub 7* werd opgemerkt over artikel 10, tweede lid, van het voorontwerp, moet in deze bepaling het woordje “en” worden geschrapt.

16. In het derde lid van artikel 10 wordt gesteld dat de verdeling van de totale budgettaire investeringsruimte gebeurt “op basis van de toepassing van Onderwijsdecreet II”. De bepalingen van het zgn. Onderwijsdecreet-II zijn evenwel goeddeels opgeheven. Er dient ongetwijfeld te worden verwezen naar de bepalingen van het vroegere onderwijsdecreet II die betrekking hebben op de verdeling van de investeringsmiddelen en die zijn opgenomen in de codificatie van 28 oktober 2016 ‘sommige bepaling voor het onderwijs’, en meer bepaald naar artikel IX.1. van deze codificatie.

¹⁶ Door de wijze waarop de bepaling is geformuleerd, lijken die maatregelen ook van toepassing te kunnen zijn op een inrichtende macht die de DBFM-overeenkomst niet naleeft.

Artikel 14

17. Gelet op het feit dat het deeltijds kunstonderwijs onder het toepassingsgebied van de regeling valt (artikel 4, 5°), is het, zoals de gemachtigde bevestigde, wel degelijk de bedoeling dat ook de academies van het deeltijds kunstonderwijs in aanmerking komen voor een DBFM-toelage. Zulks dient in de inleidende zin van artikel 14 van het voorontwerp te worden verduidelijkt.

Gelet op wat hierboven reeds werd opgemerkt over de omschrijving van het toepassingsgebied verdient het aanbeveling om in artikel 14 te spreken over de “centra van” het volwassenenonderwijs.

18. In artikel 14, punt 2 wordt verwezen naar de fysische en financiële normen, vermeld in het besluit van de Vlaamse Regering van 5 oktober 2007. Verwijzen naar teksten van lager hiërarchisch niveau is af te raden, omdat dit later problemen kan doen ontstaan bij wijziging van die lagere teksten.¹⁷ Uit de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof blijkt inderdaad dat in een aan de formele wetgeving voorbehouden aangelegenheid, wat *in casu* het geval is gelet op artikel 24, § 5, van de Grondwet, een verwijzing (zonder clichering) naar een “lagere” rechtsnorm impliceert dat die norm in die zin dient te worden geïnterpreteerd dat wordt verwezen naar de “lagere” norm zoals hij van toepassing was *op de datum van de totstandkoming* van de “hogere” norm.¹⁸

Artikel 15

19. Gelet op het feit dat het deeltijds kunstonderwijs onder het toepassingsgebied van de regeling valt (artikel 4, 5°), dient zoals de gemachtigde bevestigde, in de paragrafen 2 en 3¹⁹, te worden verduidelijkt op basis van welk percentage van de beschikbaarheidsvergoeding de DBFM-toelagen voor de academies van het deeltijds kunstonderwijs wordt berekend.

¹⁷ In gelijkaardige zin adv.RvS 27.612/1 van 30 april 1998, over een voorontwerp dat heeft geleid tot het decreet van 14 juli 1998 ‘houdende diverse maatregelen met betrekking tot het secundair onderwijs en tot wijziging van het decreet basisonderwijs’, *Parl.St.* VI.Parl. 1997-98, nr. 1058/1, opmerking 6.

¹⁸ Zie GwH 20 november 2008, nr. 159/2008, B.4.2, en in dezelfde zin, GwH 1 september 2008, nr. 126/2008, B.6.

¹⁹ Aangezien het GO! ook instellingen van deeltijds kunstonderwijs inricht.

Artikel 30

20. Gelet op het feit dat het deeltijds kunstonderwijs onder het toepassingsgebied van de regeling valt (artikel 4, 5°), dient in het eerste lid van artikel 30 van het voorontwerp ook melding te worden gemaakt van de academies van het deeltijds kunstonderwijs.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Wim GEURTS

Wouter PAS