



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 65.444/1
van 14 maart 2019

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot wijziging van het besluit van de Vlaamse regering van 5 maart 2004 betreffende de diensten met onderwijsbehoeften en het besluit van de Vlaamse regering van 13 juli 2007 betreffende het onderwijs aan huis voor zieke kinderen en jongeren’

Op 13 februari 2019 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 ontwerp van besluit ‘van de Vlaamse Regering tot wijziging van het besluit van de Vlaamse regering van 5 maart 2004 betreffende de diensten met onderwijsbehoeften en het besluit van de Vlaamse regering van 13 juli 2007 betreffende het onderwijs aan huis voor zieke kinderen en jongeren’.

Het ontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 7 maart 2019. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Wilfried VAN VAERENBERGH en Chantal BAMPS, staatsraden, Michel TISON en Johan PUT, assessoren, en Wim GEURTS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Barbara SPEYBROUCK, auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 14 maart 2019.

*

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

*

STREKKING EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

2. Het om advies voorgelegde ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering strekt ertoe een aantal wijzigingen aan te brengen in de regeling inzake het tijdelijk onderwijs aan huis (TOAH). Daartoe worden de besluiten van de Vlaamse Regering van 5 maart 2004¹ en 13 juli 2007² gewijzigd.

3. De ontworpen regeling kan worden geacht rechtsgrond te vinden in de decretale bepalingen waaraan wordt gerefereerd in de eerste drie leden van de aanhef van het ontwerp, met dien verstande dat dit niet het geval is voor artikel 4 van het ontwerp.

In artikel 4 van het ontwerp wordt beoogd een aantal “zinnen”³ toe te voegen aan artikel 7, § 1, eerste lid, van het besluit van de Vlaamse Regering van 13 juli 2007, waarbij het mogelijk wordt gemaakt om het tijdelijk onderwijs aan huis bij een chronische ziekte “ook gedeeltelijk op school” te organiseren.

Van de decretale bepalingen waarnaar wordt verwezen in de eerste drie leden van de aanhef van het ontwerp zouden enkel artikel 34 van het decreet basisonderwijs van 25 februari 1997 en artikel 117 van de Codex Secundair Onderwijs in aanmerking kunnen komen om voor artikel 4 van het ontwerp rechtsgrond te bieden. In artikel 34, § 4, eerste lid, van het decreet basisonderwijs van 25 februari 1997 en in artikel 117, § 3, van de Codex Secundair Onderwijs wordt de Vlaamse Regering immers opgedragen om onder meer te bepalen hoe het tijdelijk “onderwijs aan huis” wordt georganiseerd.

Zowel in het decreet basisonderwijs van 25 februari 1997 (artikel 3, 38°) als in de Codex Secundair Onderwijs (artikel 116, 2°) wordt “onderwijs aan huis” omschreven als “onderwijs dat thuis of in een medische instelling verstrekt wordt aan zieke leerlingen of leerlingen met een handicap”. Zoals ook wordt aangegeven in de nota aan de Vlaamse Regering VR 2018 2112 DOC.1601/1BIS kan TOAH niet “op school” worden gegeven.

Overeenkomstig artikel 7, § 1, eerste lid, van het besluit van 13 juli 2007 wordt het onderwijs thans onder meer georganiseerd op de “verblijfplaats”, dit is overeenkomstig artikel 2, 7°, van hetzelfde besluit “de eigen woonplaats, de woonplaats van een verwante of derde

¹ Besluit van de Vlaamse Regering van 5 maart 2004 ‘betreffende de diensten met onderwijsbehoeften’.

² Besluit van de Vlaamse Regering van 13 juli 2007 ‘betreffende het onderwijs aan huis voor zieke kinderen en jongeren’.

³ Typografisch lijkt het veeleer om “leden” te gaan.

persoon, of een medische instelling waar de leerling tijdens zijn ziekte of na zijn ongeval effectief verblijft”.⁴

Voorwaar kan begrip worden opgebracht voor de verantwoording die uit de nota aan de Vlaamse Regering valt af te leiden en die erin bestaat dat, voor jongeren die veelvuldig (kort) afwezig zijn wegens chronische ziekte, de organisatie van TOAH op de verblijfplaats niet steeds zinvol is en dat de organisatie van onderwijs op school, met instemming van de betrokkenen buiten de lesuren en niet tijdens de middagpauze, meer zinvol is om de achterstand te beperken.⁵ Dit betekent evenwel niet dat het daarmee ook juridisch mogelijk zou zijn om bij het om advies voorgelegde besluit TOAH op school in te voeren.

Er moet immers worden vastgesteld dat de opdracht aan de Vlaamse Regering in artikel 34, § 4, eerste lid, van het decreet basisonderwijs van 25 februari 1997 en in artikel 117, § 3, van de Codex Secundair Onderwijs om te bepalen hoe het tijdelijk “onderwijs aan huis” wordt georganiseerd, niet zo ver reikt dat ermee zou kunnen worden afgeweken van of toegevoegd aan de decretale omschrijving van “onderwijs aan huis” door die omschrijving uit te breiden met de mogelijkheid om tijdelijk onderwijs voortaan ook gedeeltelijk op school te organiseren. Dergelijke uitbreiding is immers van een dermate essentiële en beleidsmatige aard dat de decreetgever er in beginsel zelf over dient te beslissen, zodat de Vlaamse Regering, zonder een voldoende afgebakende en nauwkeurige machtiging vanwege de decreetgever op dat vlak – wat *in casu* niet het geval is – niet bevoegd kan worden geacht. In overeenstemming hiermee kan de ontworpen uitbreiding uiteraard evenmin worden ingepast in de algemene bevoegdheid van de Vlaamse Regering om de decreten uit te voeren zoals zij put uit artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’.

Uit wat voorafgaat volgt dat, wil het bepaalde in artikel 4 van het ontwerp doorgang kunnen vinden, daartoe alsnog door de decreetgever in een specifieke bevoegdheidsopdracht ten behoeve van de Vlaamse Regering zal moeten worden voorzien.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 3

4. In de inleidende zin van artikel 3 van het ontwerp dient te worden geschreven: “In artikel 3, eerste lid, van hetzelfde besluit, gewijzigd bij het decreet van 17 december 2010, wordt 3° vervangen door wat volgt:”.

⁴ Zie de toelichting in de reeds genoemde nota aan de Vlaamse Regering: “TOAH wordt uitgevoerd ‘op de verblijfplaats van de leerling’, dat hoeft niet het domicilieadres te zijn, dat kan ook bij de grootouders, in een ziekenhuis, in een internaat of MFC, ... zijn”.

⁵ Men kan moeilijk stellen dat omdat het onderwijs met instemming van de betrokkenen buiten de lesuren (en niet tijdens de middagpauze) wordt georganiseerd, de betrokken leerling op die momenten op school zou “verblijven” (zoals het verblijven bij de grootouders of op een internaat).

Artikel 5

5. Aan het ontworpen besluit wordt terugwerkende kracht verleend tot 1 januari 2019. De gemachtigde lichtte deze retroactiviteit toe als volgt:

“De terugwerkende kracht stelt geen beperking in waarmee iemand, tussen 1 januari 2019 en de definitieve goedkeuring van het BVR, in de problemen zou komen.

Gelet op de decretaal vastliggende datum van het artikel 2 (kleuters), die gekend is in het werkveld, en overwegende dat het veld ook op de hoogte was/is van de maatregelen (artikel 3 en 4) die hangende zijn, is het voor de concrete toepassing in scholen noodzakelijk dat de inwerkingtreding aan mekaar gekoppeld is.”

Het verlenen van terugwerkende kracht aan besluiten is slechts onder bepaalde voorwaarden geoorloofd, namelijk ingeval er voor de retroactiviteit een wettelijke grondslag bestaat, de retroactiviteit betrekking heeft op een regeling die, met inachtneming van het gelijkheidsbeginsel, voordelen toekent of in zoverre de retroactiviteit noodzakelijk is voor de continuïteit of de goede werking van het bestuur en erdoor, in beginsel, geen verkregen situaties worden aangetast. Enkel indien de retroactiviteit van de ontworpen bepalingen in één van de opgesomde gevallen valt in te passen, kan deze worden gebillijkt.

Nu al kan erop worden gewezen dat artikel 3 van het ontwerp voorziet in een gewijzigde procedureregeling voor de aanvraag van TOAH en dat het artikel verplichtingen inhoudt waaraan niet met terugwerkende kracht lijkt te kunnen worden voldaan. De datum van inwerkingtreding van alvast die bepaling van het ontwerp lijkt dan ook bezwaarlijk ongewijzigd te kunnen worden behouden.

Met dat voorbehoud vervange men in artikel 5 van het ontwerp de woorden “treedt in werking op” door de woorden “heeft uitwerking met ingang van”.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Wim GEURTS

Marnix VAN DAMME