RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 71.670/1
van 12 juli 2022

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘over de organisatie van het secundair onderwijs, wat leerlingen betreft’

‡LW-BCHWQBADH-HBGHAVT‡

Op 10 juni 2022 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 een advies te verstrekken over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘over de organisatie van het secundair onderwijs, wat leerlingen betreft’.

Het ontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 30 juni 2022. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Wouter PAS en Inge VOS, staatsraden, Michel TISON en Johan PUT, assessoren, en Greet VERBERCKMOES, griffier.

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

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 12 juli 2022.

*

‡LW-BCHWQBADH-HBGHAVT‡

STREKKING EN RECHTSGROND

1. Het om advies voorgelegde ontwerp van besluit beoogt enerzijds de regels inzake toelating, evaluatie en studiebekrachtiging in de tweede en derde graad van het voltijds gewoon secundair onderwijs en het buitengewoon secundair onderwijs opleidingsvormen 3 (OV3) en 4 (OV4) voor zowel niet-duale als duale structuuronderdelen, te actualiseren om die regels in overeenstemming te brengen met de uitgangspunten van de modernisering van het secundair onderwijs (titel 2 van het ontwerp). Van de gelegenheid wordt gebruik gemaakt om de studiebekrachtiging te koppelen aan de Vlaamse Kwalificatiestructuur. Anderzijds legt het ontwerp een aantal bepalingen inzake toelating, leerlingenevaluatie en studiebekrachtiging vast voor de opleidingsvormen 1 (OV1) en 2 (OV2) van het buitengewoon onderwijs (titel 3 van het ontwerp).

De ontworpen regeling, die in beginsel in werking treedt op 15 juni 2022, bouwt voort op en komt op termijn[1] volledig in de plaats van enerzijds de besluiten van de Vlaamse Regering van 19 juli 2002[2] (voltijds secundair onderwijs en buso OV4) en 6 december 2002[3] (buso OV3), die worden opgeheven op 1 september 2025 (artikel 118, tweede lid, 2°, j° artikel 105), maar waarvan sommige bepalingen nog worden gewijzigd of ophouden uitwerking te hebben overeenkomstig de progressieve uitrol van de hervorming van het secundair onderwijs (artikelen 182 tot 192) en het besluit van 26 juni 2015[4] (buso OV1 en buso OV2), dat wordt opgeheven met ingang van 1 september 2022 en anderzijds een aantal specifieke bepalingen die inzake evaluatie en studiebekrachtiging gelden voor het duaal leren en de aanloopfase, zowel in het voltijds gewoon secundair onderwijs[5] als in het buso OV3 en OV4[6], die worden opgeheven, doorgaans met ingang van 1 september 2025 (artikelen 110 tot 115 j° artikel 118, tweede lid, 2°). Ook de regeling voor het experimenteel voltijds gewoon secundair onderwijs volgens een modulair stelsel[7] en de regeling voor het experimenteel buitengewoon secundair onderwijs volgens een modulair stelsel[8] worden opgeheven op 1 september 2025 (artikel 116, 3° en 4°, j° artikel 118, tweede lid, 2°), waarbij tevens wordt bepaald dat deze regelingen progressief ophouden uitwerking te hebben overeenkomstig de uitrol van de modernisering van het secundair onderwijs (artikelen 108 en 109).

---

[1] Vanaf 1 september 2025, *cf.* artikel 103, 3°, van het ontwerp gelezen in samenhang met de artikelen 90, 1°, 3° en 4°, 95, 2° en 3°, 97, 98, 2°-4°, 100 en 101, 1° en 2°, van het ontwerp.

[2] Besluit van de Vlaamse Regering van 19 juli 2002 ‘betreffende de organisatie van het voltijds secundair onderwijs’.

[3] Besluit van de Vlaamse Regering van 6 december 2002 ‘betreffende de organisatie van het buitengewoon secundair onderwijs van opleidingsvorm 3’.

[4] Besluit van de Vlaamse Regering van 26 juni 2015 ‘betreffende de studiesanctionering in opleidingsvorm 1 en 2, laatst gewijzigd bij het besluit van 30 augustus 2016’.

[5] Besluit van de Vlaamse Regering van 14 september 2018 ‘houdende uitvoeringsmaatregelen betreffende het duaal leren en de aanloopfase en diverse andere maatregelen’.

[6] Besluit van de Vlaamse Regering van 26 april 2019 ‘houdende uitvoeringsmaatregelen betreffende het duaal leren in het buitengewoon secundair onderwijs van opleidingsvorm 3 en 4 en diverse andere maatregelen’.

[7] Besluit van de Vlaamse Regering van 18 juli 2008 ‘houdende organisatie van het experimenteel voltijds gewoon secundair onderwijs volgens een modulair stelsel’.

[8] Besluit van de Vlaamse Regering van 5 september 2008 ‘houdende organisatie van het experimenteel buitengewoon secundair onderwijs volgens een modulair stelsel’.

‡LW-BCHWQBADH-HBGHAVT‡

Over een eerdere versie van het ontwerpbesluit bracht de Raad van State, afdeling Wetgeving, advies 70.993/1 uit.[9]

2.1. Het ontwerp vindt in hoofdzaak rechtsgrond in de verschillende onderdelen van artikel 115, § 1, eerste lid, van de Codex Secundair Onderwijs.

De Raad van State, afdeling Wetgeving, heeft in advies 71.274/1[10] opgemerkt dat, "er niet zonder meer vanuit kan worden gegaan dat gelijk welke regeling over de toegangsvoorwaarden en studiebekrachtiging door de Vlaamse Regering kan worden vastgesteld, als enkel de machtiging in artikel 115, § 1, van de Codex Secundair Onderwijs overblijft", zoals het geval is ten gevolge van het in het Vlaams Parlement op 6 juli 2022 aangenomen decreet 'over diverse maatregelen voor het onderwijs'[11]. De decreetgever heeft, bij het op 6 juli 2022 aangenomen decreet, evenwel uitdrukkelijk gewild dat de delegatie in artikel 115, § 1, eerste lid, van de Codex Secundair Onderwijs benut kan worden om bij besluit van de Vlaamse Regering "één geactualiseerde, transparante en allesomvattende reglementaire tekst rond de leerlingenorganisatie in het secundair onderwijs" tot stand te laten komen.[12] Gelet hierop kan worden aangenomen dat de betrokken bepalingen van het ontwerpbesluit in artikel 115, § 1, eerste lid, van de Codex Secundair Onderwijs rechtsgrond vinden. Het zal, in voorkomend geval, aan het Grondwettelijk Hof toekomen om de verenigbaarheid van dit artikel 115, § 1, eerste lid, met artikel 24 van de Grondwet te beoordelen.

2.2. Wat betreft de rechtsgrond, dient er een voorbehoud te worden gemaakt bij artikel 75, tweede lid, van het ontwerp.

Deze bepaling stelt dat de onderwijsinspectie kwaliteitstoezicht houdt op de bevoegdheid van de klassenraad om gewone studiebekrachtiging toe te kennen aan een leerling die een individueel aangepast curriculum volgt. De opdrachten van de inspectie zijn in beginsel evenwel vastgelegd bij decreet, met name in de artikelen 32 tot 43 van het decreet van 8 mei 2009 'betreffende de kwaliteit van onderwijs'. Weliswaar bepaalt artikel 32, 3°, van dat decreet dat die inspectie "alle andere opdrachten [uitoefent] die haar worden toegekend bij decreet of besluit van de Vlaamse Regering", maar die bepaling verleent op zichzelf de Vlaamse Regering niet een machtiging om nieuwe opdrachten te bepalen. Opdrachten die desgevallend bij besluit aan de inspectie worden verleend moeten, conform de artikelen 20 en 78 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 'tot hervorming der instellingen', gelezen in het licht van artikel 24, § 5, van de Grondwet, steunen op een specifieke decretale grondslag. Tenzij het de bedoeling is om een opdracht van de inspectie te expliciteren die reeds ligt vervat in de artikelen 32, 2°, en 36 tot 42 van het decreet van 8 mei 2009 – in welk geval het voor de duidelijkheid aanbeveling verdient uitdrukkelijk naar die decretale opdracht te verwijzen ("overeenkomstig …") – is voor een dergelijke bepaling op het eerste gezicht geen decretale grondslag voorhanden. In dat verband kan

[9] Adv.RvS 70.993/1 van 9 maart 2022, over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering 'over de organisatie van het secundair onderwijs, wat leerlingen betreft'.

[10] Adv.RvS 71.274/1 van 6 mei 2022, over een voorontwerp dat heeft geleid tot decreet 'over diverse maatregelen voor het onderwijs', *Parl.St.* Vl.Parl. 2021-22, nr. 1298/1, opmerking 19.

[11] *Parl.St.* Vl.Parl. 2021-22, nr. 1298/6.

[12] *Parl.St*. Vl.Parl. 2021-22, nr. 1298/1, 34.

‡LW-BCHWQBADH-HBGHAVT‡

trouwens nog opgemerkt worden dat een soortgelijke opdracht voor de onderwijsinspectie in het basisonderwijs en het stelsel van leren en werken wel degelijk bij decreet worden geregeld, aangezien de artikelen 29 en 45 van het decreet ‘over diverse maatregelen voor het onderwijs’ dergelijke bepalingen invoegen respectievelijk in artikel 54 van het decreet basisonderwijs en in artikel 73*bis* van het decreet van 10 juli 2008 ‘betreffende het stelsel van leren en werken in de Vlaamse Gemeenschap’.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 118

3.1. Krachtens artikel 118, eerste lid, van het ontwerp hebben de meeste bepalingen van het ontwerp uitwerking op 15 juni 2022, dus met terugwerkende kracht.

3.2. Zowel uit de adviespraktijk als uit de rechtspraak[13] van de Raad van State blijkt dat het verlenen van terugwerkende kracht aan besluiten slechts onder bepaalde voorwaarden toelaatbaar kan worden geacht. Het verlenen van terugwerkende kracht aan besluiten is enkel toelaatbaar ingeval voor de retroactiviteit een wettelijke grondslag bestaat, de retroactiviteit betrekking heeft op een regeling waarbij, met inachtneming van het gelijkheidsbeginsel, voordelen worden toegekend of in zoverre de retroactiviteit noodzakelijk is voor de continuïteit of de goede werking van het bestuur en daardoor, in beginsel, geen verkregen situaties worden aangetast. Enkel indien de retroactiviteit van de ontworpen regeling in één van de opgesomde gevallen valt in te passen, kan deze worden gebillijkt.

In andere arresten heeft de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State op gelijkaardige wijze gesteld dat terugwerkende kracht aanvaardbaar is wanneer dit absoluut noodzakelijk blijkt met het oog op de goede werking van het bestuur of ter regularisatie van een feitelijke of rechtstoestand, en dan nog op voorwaarde dat de terugwerking het vereiste van de rechtszekerheid eerbiedigt en geen afbreuk doet aan verkregen rechten.[14]

3.3. In de nota aan de Vlaamse Regering wordt over de terugwerkende kracht het volgende opgemerkt:

> “Dat deze aanpak neerkomt op tijdelijk uitstel van definitieve goedkeuring van het ontwerpbesluit heeft voor het belanghebbende onderwijsveld geen nadelig gevolg. Van de machtiging tot communicatie over wat op 4 februari 2022 principieel is goedgekeurd, werd immers intussen gebruik gemaakt. Zodoende zijn de onderwijsverstrekkers al duidelijk geïnformeerd hoe de evaluatie en studiebekrachtiging op het einde van het lopende

[13] RvS 5 december 2011, nr. 216.678, *NV AC Recycling*, overw. 14; RvS 15 oktober 2012, nr. 221.001, *BVBA Suipor*, overw. 25.

[14] Zie bv. RvS 31 januari 2005, nr. 139.956, *Bogaert*, overw. 4.2; RvS 31 januari 2005, nr. 139.957, *vzw UNIZO en vzw FVIB*, overw. 3.3.3.1; RvS 13 juni 2005, nr. 145.836, *BV Merck Sharp & Dohme*, overw. 4.2.1.; RvS 19 april 2010, nr. 203.043, *vzw Radio Ti*enen *en Depré*, overw. 60; RvS 15 maart 2011, nr. 212.046, *Delbecque*, overw. 22; RvS 13 februari 2012, nr. 217.904, *Vermoesen*, overw. 15; RvS 29 augustus 2012, nr. 220.489, *De Brauwer*, overw. 7.6; RvS 20 december 2012, nr. 221.864, *De Graeve*, overw. 25; RvS 10 januari 2013, nr. 221.982, *Goutière*, overw. 23; RvS 16 april 2013, nr. 223.166, *Goutière*, overw. 10 en 11; RvS 27 november 2014, nr. 229.369, *De Roy*, overw. 6.8.

‡LW-BCHWQBADH-HBGHAVT‡

schooljaar en de toelatingen tot het volgende schooljaar binnen de modernisering van het secundair onderwijs verlopen.

De inwerkingtreding van het ontwerp met terugwerkende kracht blijft niettemin gehandhaafd al wordt de datum verschoven van 15 maart naar 15 juni, m.a.w. nog steeds voor de start van de leerlingenevaluatie juni a.s. Laatstgenoemde datum sluit dan aan op de inwerkingtreding van de decretale opheffing van de betrokken codexbepalingen, waarvan hoger sprake, per 14 juni 2022.

De Raad van State stelt in zijn advies dat retroactiviteit slechts in bepaalde omstandigheden aanvaardbaar is, waaronder a) het bestaan van een wettelijke grondslag of b) in zoverre de retroactiviteit noodzakelijk is voor de continuïteit of de goede werking van het bestuur. In dit dossier wordt zelfs aan beide voorwaarden voldaan. Enerzijds ontstaat er ingevolge de opheffing van de codexbepalingen een regelgevend vacuüm dat onmiddellijk moet worden ingevuld. Anderzijds vereist een optimale schoolorganisatie zo spoedig mogelijk rechtszekerheid bij toepassing van de nieuwe modaliteiten rond evaluatie en studiebekrachtiging schooljaar 2021-22 en toelatingen schooljaar 2022-23 binnen het gemoderniseerd secundair onderwijs.”

3.4. In deze verantwoording wordt er op gewezen dat de onderwijsverstrekkers al duidelijk zijn geïnformeerd over de nieuwe regels inzake evaluatie en studiebekrachtiging. De afdeling Wetgeving van de Raad van State heeft er in het verleden evenwel meermaals op gewezen dat het procedé waarbij een regeling onmiddellijk wordt ingevoerd zonder de totstandkoming van de noodzakelijke decretale of reglementaire basis af te wachten, en aan die laatste dan, wanneer zij uiteindelijk tot stand komt, terugwerkende kracht wordt verleend voor zoveel tijd als nodig is om de reeds gangbare praktijk te bevestigen, in beginsel niet toelaatbaar is. Dit is vooreerst het geval, omdat met dat procedé wordt afgeweken van de normale regels die moeten worden gevolgd bij de totstandkoming van reglementaire bepalingen en aldus die regels dreigen te worden uitgehold, ten tweede, omdat erdoor de beslissingsbevoegdheid van de Vlaamse Regering in sommige gevallen feitelijk aan banden wordt gelegd, ten derde, omdat de inhoud van de nieuwe meegedeelde regelgeving niet wordt bekendgemaakt op een wijze als bedoeld bij artikel 84 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming er instellingen’ en, ten slotte, omdat het gevolgde procedé een bron van rechtsonzekerheid is voor de bestemmelingen van de betrokken normen.

Weliswaar zullen de handelingen van klassenraden en schoolbesturen die gedaan werden volgens de procedureregels die in het ontwerp zijn opgenomen, geregulariseerd worden, maar dat houdt ook in dat *leerlingen*, die niet op de hoogte zijn en horen te zijn van de instructies van het ministerie van onderwijs, op het ogenblik van de evaluatie werden onderworpen aan regelen die op het ogenblik dat die evaluatiebeslissingen worden genomen, strikt genomen juridisch (nog) niet van toepassing waren. Er mag aangenomen worden dat tijdens de voorbije evaluatieperiode in de maand juni 2022 ook bindende griefhoudende beslissingen zijn genomen ten aanzien van bepaalde leerlingen, zodat niet valt uit te sluiten dat wordt gepoogd om aan te tonen dat dergelijke evaluatiebeslissingen op onwettige wijze tot stand zijn gekomen. Omgekeerd is het denkbaar dat klassenraden en schoolbesturen, geconfronteerd met de rechtsonzekerheid die is ontstaan door de discrepantie tussen het regelgevend kader en de instructies afkomstig van het ministerie van onderwijs, nog evaluatiebeslissingen hebben genomen volgens de op dit ogenblik van kracht zijnde regels, zodat de genomen beslissingen nadat het ontwerpbesluit uitwerking heeft gekregen mogelijk onwettig zullen worden omdat ze niet zijn genomen volgens de regels waarvan na de bekendmaking van het ontwerp geacht zal worden dat deze van toepassing waren. De zorg om

‡LW-BCHWQBADH-HBGHAVT‡

enerzijds een coherent wettelijk kader te creëren en anderzijds alle wijzigingen in één keer door te voeren, lijkt niet op te wegen tegen de rechtsonzekerheid die kan ontstaan bij sommige “onderwijsverstrekkers” en de leerlingen (en hun ouders). Om al deze redenen moet de terugwerkende kracht van het ontwerpbesluit ontoelaatbaar worden geacht.

DE GRIFFIER DE VOORZITTER

Greet VERBERCKMOES Marnix VAN DAMME

‡LW-BCHWQBADH-HBGHAVT‡