RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 74.796/1
van 9 november 2023

over

amendementen op een ontwerp van programmadecreet
‘houdende bepalingen tot begeleiding van de (…)
begrotingsopmaak 2024’

#LW-AJLXLCBDD-HEHJGUQ#

Op 30 oktober 2023 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Onderwijs, Sport, Dierenwelzijn en Vlaamse Rand verzocht binnen een termijn van vijf werkdagen een advies te verstrekken over amendementen op een ontwerp van programmadecreet ‘houdende bepalingen tot begeleiding van de (…) begrotingsopmaak 2024’.

De amendementen zijn door de eerste kamer onderzocht op 7 november 2023. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Brecht STEEN en Tim CORTHAUT, staatsraden, en Greet VERBERCKMOES, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Barbara SPEYBROUCK, eerste auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 9 november 2023.

*

‡LW-AJLXLCBDD-HEHJGUQ‡

1. Volgens artikel 84, § 1, eerste lid, 3°, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, moeten in de adviesaanvraag de redenen worden opgegeven tot staving van het spoedeisende karakter ervan.

In het onderhavige geval wordt het spoedeisende karakter van de adviesaanvraag gemotiveerd:

> "door de omstandigheid dat het programmadecreet wegens de nauwe band met de begrotingsdecreten en de gelijktijdige behandeling in het Vlaams Parlement in dezelfde periode ingediend moet worden".

2. Overeenkomstig artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, heeft de afdeling Wetgeving zich moeten beperken tot het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond,[1] alsmede van de vraag of aan de voorgeschreven vormvereisten is voldaan.

ONTVANKELIJKHEID VAN DE ADVIESAANVRAAG

3.1. In de adviesaanvraag vraagt de Vlaamse minister, bevoegd voor onderwijs en vorming, een advies op vijf werkdagen over regeringsamendementen bij het decreet 'houdende bepalingen tot begeleiding van de begrotingsopmaak 2024' "die door [hem] werden ondertekend". Uit de notificatie van de vergadering van de Vlaamse Regering van vrijdag 27 oktober 2023 (beslissingsfiche VR PV 2023/42 – punt 0054), zoals die aan de Raad van State werd voorgelegd,[2] lijkt evenwel te volgen dat de Vlaamse Regering enkel haar principiële goedkeuring heeft gehecht aan amendement nr. Y en niet aan amendement nr. Z, dat haar nochtans werd voorgelegd.[3]

---

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

[2] Uit de notificatie van de vergadering van de Vlaamse Regering van vrijdag 27 oktober 2023 (beslissingsfiche VR PV 2023/42 – punt 0054) die aan de Raad van State werd voorgelegd, blijkt dat de Vlaamse Regering heeft beslist:
"1. haar principiële goedkeuring te hechten aan het voorontwerp van regeringsamendement betreffende de bijzondere maatregelen in het kader van de capaciteitsproblematiek en aan de bijbehorende verantwoording;
2. de Vlaamse minister, bevoegd voor onderwijs en vorming, te gelasten over voornoemd voorontwerp van regeringsamendement het advies in te winnen van de Raad van State, met verzoek het advies mee te delen binnen een termijn van ten hoogste vijf werkdagen, met toepassing van artikel 84, § 1, eerste lid, 3°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State. Het verzoek om spoedeisend advies wordt gemotiveerd door de omstandigheid dat het programmadecreet wegens de nauwe band met de begrotingsdecreten en de gelijktijdige behandeling in het Vlaams Parlement in dezelfde periode ingediend moet worden."

[3] De nota aan de Vlaamse Regering bij het voorontwerp van amendement (VR 2023 2740 DOC.1443/1BIS) die aan de Vlaamse Regering werd voorgelegd, stelt immers dat de Vlaamse Regering beslist:
"1° haar goedkeuring te hechten aan het regeringsamendement betreffende de bijzondere maatregelen in het kader van de capaciteitsproblematiek;
2° haar goedkeuring te hechten aan het regeringsamendement betreffende Monitoring en bevordering van het welbevinden van de studenten
3° de Vlaamse minister bevoegd voor het onderwijs te gelasten over voornoemd regeringsamendement het advies in te winnen van de Raad van State, met verzoek het advies mee te delen binnen een termijn van ten hoogste vijf werkdagen, met toepassing van artikel 84, §1, eerste lid, 3°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State. Het verzoek om spoedeisend advies wordt gemotiveerd door de omstandigheid dat het programmadecreet wegens de nauwe band met de begrotingsdecreten en de gelijktijdige behandeling in het Vlaams Parlement in dezelfde periode ingediend moet worden."

‡LW-AJLXLCBDD-HEHJGUQ‡

3.2. De gemachtigde verklaarde evenwel dat “er op de ministerraad overeenstemming was over beide amendementen (…) [en dat het] een materiële fout [betreft]”. Hij bezorgde op dinsdag 7 november 2023 een door de secretaris van de Vlaamse Regering ondertekend *corrigendum* waarin deze materiële vergissing wordt rechtgezet. Gelet op deze rechtzetting aanvaardt de Raad van State, afdeling Wetgeving, de ontvankelijkheid van de adviesaanvraag wat amendement nr. Z betreft.

VORMVEREISTEN

4.1. Luidens de bij amendement nr. Z ontworpen bepaling zal via oproep een partner worden geselecteerd voor de monitoring en de bevordering van het welbevinden van studenten in het hoger onderwijs, waarbij in een beheersovereenkomst onder meer de concretisering van de te leveren prestaties en het bedrag van de financiële ondersteuning die jaarlijks maximaal 300.000 euro bedraagt, zal worden bepaald.

Het valt niet uit te sluiten dat sommige aspecten van de opdrachten van de gesubsidieerde partner, met name het monitoren en bevorderen van het welbevinden van studenten middels het opzetten “van een long[i]t[u]dinaal en cross-sectioneel onderzoek”[4], economische activiteiten zouden kunnen uitmaken die worden verricht door dienstverleners. Aldus rijst de vraag of de subsidiëring van één geselecteerde partner als staatsteun moet worden beschouwd,[5] in de zin van artikel 107 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, die in beginsel bij de Europese Commissie dient te worden aangemeld op grond van artikel 108, lid 3, van dat Verdrag.

4.2. Gevraagd of de maatregel werd aangemeld bij de Europese Commissie verklaarde de gemachtigde het volgende:

> “Met deze rechtsgrond wordt de mogelijkheid gemaakt om een subsidie voor een niet-commerciële, maatschappelijke taak ten behoeve van derden te verlenen. Het is niet a priori gericht op ondernemingen die een economische activiteit verrichten. We voorzien dus niet dat dat nodig zal zijn. Indien, gelet op de geselecteerde begunstigde na oproep, dit wel nodig zal zijn, zal dat aangemeld worden conform de geldende regels.”

4.3.1. Voor zover de gemachtigde beoogt aan te geven dat de te subsidiëren prestaties moeten worden beschouwd als een (niet-economische) dienst van algemeen belang, kan hiertegen het volgende worden ingebracht. Het feit dat een bepaalde dienst door de overheid wordt aangemerkt als zijnde van algemeen belang, of dat, zoals te dezen, de onderwijsinstellingen waartoe de gesubsidieerde partner zich dient te richten, zelf geen economische activiteiten verrichten, sluit niet uit dat de diensten van de gesubsidieerde partner zelf die aan die instellingen worden aangeboden, economische activiteiten kunnen betreffen. Het komt de Raad van State voor dat de opdrachten die de te selecteren partner op vlak van onderzoek, ondersteuning en ontwikkeling van kennis inzake mentaal welzijn van studenten zal verrichten ten behoeve van

[4] Zie de toelichting, p. 5.

[5] Zie over de daartoe vereiste criteria, K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, T. CORTHAUT (ed.), *EU Constitutional Law*, Oxford, OUP, 2021, p. 293-294, nr. 9-022.

‡LW-AILXLCBDD-HEHJGUQ‡

zowel onderwijsinstellingen als de overheid, tevens door andere, ook commerciële, aanbieders kunnen worden verricht.

4.3.2. Voor zover de gemachtigde beoogt aan te geven dat de te subsidiëren prestaties moeten worden beschouwd als een dienst van algemeen economisch belang, kan de ontworpen regeling slechts van aanmelding zijn vrijgesteld om reden dat de subsidiëring is te beschouwen als een vergoeding voor het uitvoeren van openbaredienstverplichtingen. De voorwaarden daartoe zijn vastgesteld bij besluit 2012/21/EU van de Europese Commissie van 20 december 2011 'betreffende de toepassing van artikel 106, lid 2, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst, verleend aan bepaalde met het beheer van diensten van algemeen economisch belang belaste ondernemingen', dat zelf gebaseerd is op de criteria die zijn ontwikkeld in het arrest *Altmark* van het Europese Hof van Justitie[6].

Wanneer de subsidiëring overigens zou voldoen aan alle zgn. *Altmark*-criteria,[7] kan de subsidiëring *per se* niet als staatssteun worden beschouwd, en dan hoeft zij uiteraard ook niet te worden aangemeld.

Dat de partner wordt geselecteerd via oproep is op zich alvast onvoldoende om de subsidieregeling niet als staatssteun te beschouwen of om te zijn vrijgesteld van aanmelding op grond van besluit 2012/21/EU. Voor het overige is het onmogelijk om aan de hand van de tekst van de ontworpen bepaling en de toelichting erbij uit te maken of aan de voorwaarden van besluit 2012/21/EU of aan de *Altmark*-criteria is voldaan. Behalve wanneer de tekst van de ontworpen bepaling of de toelichting erbij zo wordt aangepast dat er uit blijkt dat aan die voorwaarden is voldaan, dient het ontworpen amendement nr. Z derhalve te worden aangemeld bij de Europese Commissie.

AMENDEMENT NR Y

5.1. Het bij amendement Y ontworpen artikel 48/3 van de Codex Secundair Onderwijs van 17 december 2010, voorziet in drie mogelijke gevallen waarin aan scholen een extra werkingsbudget kan worden toegekend. In elk van die gevallen moet de hoofdvestigingsplaats van die school gelegen zijn in een onderwijszone waar, naargelang het geval, in de eerste graad B-stroom of in de eerste graad B-stroom, alle structuuronderdelen van het beroepssecundair onderwijs en het deeltijds beroepssecundair onderwijs samen, het aantal regelmatige leerlingen op de eerste schooldag van oktober van 20TT-1 hoger is dan op de eerste schooldag van februari van 20TT-1. Er wordt dus een onderscheid gemaakt tussen de scholen die geconfronteerd worden met

[6] HvJ 24 juli 2003, C-280/00, *Altmark Trans GmbH en Regierungspräsidium Magdeburg v. Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, *Jur.* 2003, I-07747.

[7] Met name 1° dat de openbaredienstverplichtingen duidelijk zijn afgebakend, 2° de parameters op basis waarvan de compensatie wordt berekend vooraf op objectieve en doorzichtige wijze zijn vastgesteld, 3° dat de compensatie niet hoger mag zijn dan nodig is om de kosten van de uitvoering van openbaredienstverplichtingen geheel of gedeeltelijk te dekken, rekening houdend met de opbrengsten alsmede met een redelijke winst uit de uitvoering van die verplichtingen, en 4° dat bij gebrek aan openbare aanbesteding, de noodzakelijke compensatie wordt vastgesteld aan de hand van de kosten die een gemiddelde, goed beheerde onderneming, die zodanig is uitgerust dat zij aan de vereisten van de openbare dienst kan voldoen, zou hebben gemaakt om deze verplichtingen uit te voeren, rekening houdend met de opbrengsten alsmede met een redelijke winst uit de uitoefening van deze verplichtingen.

‡LW-AILXLCBDD-HEHJGUQ‡

een stijging van het aantal leerlingen, naargelang het geval, in de eerste graad B-stroom of in de eerste graad B-stroom, alle structuuronderdelen van het beroepssecundair onderwijs en het deeltijds beroepssecundair onderwijs (hierna: doelgroepleerlingen), naargelang in de onderwijszone waarin de hoofdvestigingsplaats van de school is gelegen het totale aantal doelgroepleerlingen al dan niet stijgt. Dit leidt tot een verschillende behandeling van scholen die met eenzelfde stijging van het aantal doelgroepleerlingen worden geconfronteerd.

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

> "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 personeelsleden of 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]

Om ten aanzien van het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie een verschil in behandeling onder onderwijsinstellingen te verantwoorden, is het evenwel niet voldoende te wijzen op het bestaan van objectieve verschillen onder die onderwijsinstellingen. Daarnaast moet nog worden aangetoond dat, ten aanzien van de geregelde aangelegenheid, het onderscheid relevant is om een verschillende behandeling in redelijkheid te verantwoorden.[9]

5.3. Het onderscheidingscriterium, met name de stijging van het aantal doelgroepleerlingen in de onderwijszone, is een objectief criterium. De vraag kan evenwel worden gesteld of dat onderscheidingscriterium wel pertinent is gelet op de doelstelling die met de ontworpen maatregel wordt nagestreefd en die in de toelichting bij het amendement naar voor komt. In de algemene verantwoording van het amendement wordt immers het volgende betoogd:

> "Deze maatregel voorziet financiële steun in het lopende schooljaar voor scholen en centra voor deeltijds onderwijs die bijkomende plaatsen creëren in de B-stroom van de eerste graad of in het beroepssecundair onderwijs. Het feit dat de omkadering en de werkingsbudgetten van scholen en centra berekend worden op basis van de leerlingenaantallen op de eerste schooldag van februari van het voorgaande schooljaar, zorgt ervoor dat scholen en centra een substantiële toename van leerlingen bij de start van een schooljaar niet altijd financieel kunnen opvangen. Dit kan een belemmering vormen voor school- en centrumbesturen die willen inzetten op het creëren van bijkomende plaatsen om tegemoet te komen aan leerlingenstijgingen.
>
> Het aantal leerlingen in de B-stroom en het beroepssecundair onderwijs zit in stijgende lijn. De verwachting is dat de leerlingenaantallen in deze structuuronderdelen de

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

[9] Zie 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.

‡LW-AILXLCBDD-HEHJGUQ‡

komende jaren zullen blijven toenemen. De maatregel is er dan ook op gericht om het organiseren van deze structuuronderdelen te faciliteren.

Het is specifiek de bedoeling om uitzonderlijke groei op te vangen. Het regulier financieringssysteem werkt met een vertraging van een jaar om scholen de nodige stabiliteit In hun financiering te bieden. Deze maatregel is gericht op de uitzonderlijke gevallen waarbij de groei te groot is om in jaar 1 op te vangen. Ook het inrichten van een nieuwe B-stroom heeft een bijkomende incentive nodig, gelet op de nood aan bijkomende plaatsen."

Uit de toelichting valt niet af te leiden dat de maatregel bedoeld is om problemen met de B-stroom of het beroepsssecundair onderwijs in bepaalde onderwijszones op te lossen. Integendeel, uit die passage blijkt dat de maatregelen tot doel hebben om een oplossing te bieden voor "een substantiële toename van leerlingen bij de start van een schooljaar", "het creëren van bijkomende plaatsen", "om het organiseren van deze structuuronderdelen te faciliteren", en "om uitzonderlijke groei op te vangen". Ook scholen die in een onderwijszone liggen waarin het totale aantal doelgroepleerlingen niet stijgt kunnen hiermee geconfronteerd worden (bijv. n.a.v. een sluiting van of het afbouwen van een bepaald structuuronderdeel door een andere school of gewoonweg een onverwachte verschuiving in de leerlingenstroom tussen scholen). Ook dergelijke scholen kunnen kampen met een financieringsprobleem als ze voor het eerst een B-stroom inrichten of geconfronteerd worden met een fors gestegen leerlingenaantal. Aldus lijkt het gekozen onderscheidingscriterium niet pertinent in het licht van de doelstelling van de maatregel.

5.4. Hierover nader bevraagd verklaarde de gemachtigde het volgende:

"De doelstelling van deze regeling is scholen incentiveren om bijkomende plaatsen te creëren *waar dat nodig is*. We stellen in de monitoring van de vraag op basis van demografie en evolutie van leerlingen in basisonderwijs vast dat de groei in b-stroom en BSO in het algemeen groot is, maar niet in alle regio's. In een aantal onderwijszones is de verwachting de komende jaren licht negatief. In die zones is de groei in bepaalde scholen eerder te wijten aan verschuivingen van leerlingen, dan aan de nood voor netto extra plaatsen te creëren om aan de vraag te voldoen. Voor verschuivingen die geen extra plaatsen opleveren in een zone dient de reguliere financiering afdoende te werken.

Dit is inderdaad mee op basis van opmerking 3.2.3 van IF ivm de voorgestelde krimpmalus. Het reguliere financieringssysteem werkt met omkadering en beperktere maten werkingsmiddelen. Daar is enige stabiliteit in vereist omdat personeels- en infrastructuur engagementen met die middelen worden aangegaan, waarvan het op korte termijn stopzetten vele ongewenste effecten kan hebben. Een pure krimpmalus is daardoor onwenselijk. Wel wordt de opmerking gevolgd in de zin dat wanneer de zone geen extra plaatsen creëert, de groeibonus haar doel op macroniveau niet zou halen. Potentieel plaatstekort is er het gevolg van scholen die hun plaatsen actief afbouwen. Het is best dat niet te faciliteren met groeibonussen toe te kennen in die zones."

5.5. Die bijkomende verduidelijking van de doelstelling van de ontworpen regeling overtuigt niet. Het komt de Raad van State voor dat scholen die gelegen zijn in een onderwijszone waar het totale aantal doelgroepleerlingen niet stijgt, maar die een fors aantal bijkomende plaatsen creëren voor doelgroepleerlingen, in elk geval wanneer dat het gevolg is van een verminderd aanbod van andere scholen, evenzeer bijkomende plaatsen creëren "waar dat nodig is" en ook worden geconfronteerd met een "uitzonderlijke groei" van het leerlingenaantal. Zij ontvangen nu

‡LW-AILXLCBDD-HEHJGUQ‡

geen extra werkingsbudget op grond van een criterium waar ze zelf geen vat op hebben, terwijl zij zich in eenzelfde situatie bevinden.

Het staat aan de stellers van het amendement om beter te verantwoorden waarom bepaalde scholen die uitzonderlijk meer doelgroepleerlingen aantrekken, in elk geval als dat het gevolg is van een wijziging van het onderwijsaanbod, niet in aanmerking komen voor het extra werkingsbudget. De stellers doen er goed aan een en ander meer passend te verantwoorden in de toelichting bij het amendement. Als dat niet mogelijk is, dient het toepassingsgebied van de regeling te worden uitgebreid.

6. In het laatste lid van het ontworpen artikel 48/3 wordt gesteld dat de Vlaamse Regering "het extra werkingsbudget [kan] (…) verhogen". Maar krachtens het eerste, tweede en vierde lid, van het ontworpen artikel 48/3 wordt het extra werkingsbudget toegekend "per school" aan de hand van de berekeningswijze in het zesde lid van die bepaling. Zoals de gemachtigde bevestigde, is het niet de bedoeling dat de Vlaamse Regering de berekeningswijze (rechthebbenden of verdelingssleutel) van het extra werkingsbudget kan aanpassen, doch enkel dat het totale bedrag dat in het vijfde lid voor de maatregelen bestemd is door de Vlaamse Regering kan worden verhoogd. Om daarover geen enkele twijfel te laten bestaan, verdient het aanbeveling om in het laatste lid van het ontworpen artikel 48/3 in plaats van de bewoordingen "extra werkingsbudget, vermeld in dit artikel" de woorden "bedrag bedoeld in het vijfde lid" te schrijven.

AMENDEMENT NR Z

7. Het bij amendement nr. Z ontworpen artikel 98/0 doet een beroep op het contractuele procedé van de beheersovereenkomst om de nadere regels betreffende de subsidiëring van de geselecteerde partner te bepalen. Het ontworpen eerste lid bepaalt in zeer algemene bewoordingen de taak van de geselecteerde partner en legt de, veeleer procedurele, elementen vast die moeten voorkomen in de beheersovereenkomst. Uit het tweede lid blijkt ook dat de jaarlijkse financiële ondersteuning, waarvan het maximumbedrag is bepaald, in de beheersovereenkomst zal worden opgenomen. Gelet op de beginselen die de uitoefening van de normatieve functie beheersen, kunnen in een beheersovereenkomst enkel praktische afspraken worden opgenomen die een concretisering inhouden van de bij een decreet of, binnen de grenzen waarbinnen delegaties toelaatbaar zijn, bij uitvoeringsbesluit vastgestelde regels. Aangezien in de ontworpen bepalingen nauwelijks wordt bepaald wat de taken van de geselecteerde partner zullen zijn, welke de subsidievoorwaarden zijn en op welke wijze het daadwerkelijke subsidiebedrag wordt bepaald, dient de ontworpen bepaling meer omstandig te worden uitgewerkt.

8. In het ontworpen artikel 98/0, vierde lid, wordt bepaald dat de Vlaamse Regering een deel van de "maandelijkse termijnen" kan inhouden en desgevallend terugvorderen indien zij vaststelt dat de partner de beheersovereenkomst niet naleeft. Dit wekt de indruk dat de subsidie in gelijke maandelijkse termijnen zal worden uitbetaald, hoewel dit niet uitdrukkelijk wordt bepaald. Dat blijkt evenwel niet de bedoeling te zijn. De gemachtigde verklaarde immers het volgende:

> "[D]at betekent enkel dat de subsidie in maandelijkse termijnen kan beoordeeld worden, en bij de effectieve uitbetalingen desgevallend ingehouden of zelfs teruggevorderd

‡LW-AILXLCBDD-HEHJGUQ‡

worden. Het praktische uitbetalingsregime (voorschot, tussentijdse betalingen en saldo na rapportering) wordt bepaald in de beheersovereenkomst.”

Het verdient aanbeveling om, ter wille van de rechtszekerheid, de door de gemachtigde geschetste bedoeling duidelijker tot uiting te brengen in de ontworpen bepaling.

DE GRIFFIER DE VOORZITTER

Greet VERBERCKMOES Marnix VAN DAMME

‡LW-AJLXLCBDD-HEHJGUQ‡