RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 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’

‡LW-AJDWOEBCA-HAJJDMR‡

Op 7 februari 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 3 maart 2022. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Wouter PAS en Inge VOS, staatsraden, Michel TISON en Johan PUT, assessoren, en Wim GEURTS, griffier.

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

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 9 maart 2022.

*

‡LW-AJDWOEBCA-HAJJDMR‡

STREKKING EN RECHTSGROND

1. Het om advies voorgelegde ontwerp van besluit beoogt de regels inzake toelating, evaluatie en studiebekrachtiging in de tweede en derde graad van het voltijds gewoon secundair onderwijs en het buitengewoon secundair onderwijs van opleidingsvormen 3 en 4 (hierna: buso OV 3 en buso OV 4) 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. Van de gelegenheid wordt gebruikgemaakt om de studiebekrachtiging te koppelen aan de Vlaamse Kwalificatiestructuur.

De ontworpen regeling, die in beginsel in werking treedt op 15 maart 2022, bouwt voort op en komt op termijn[1] volledig in de plaats van enkele besluiten van de Vlaamse Regering. Dit zijn enerzijds de besluiten van de Vlaamse Regering van 19 juli 2002[2] (voltijds secundair onderwijs en buso OV 4) en 6 december 2002[3] (buso OV 3), die worden opgeheven op 1 september 2025, 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). Anderzijds worden een aantal specifieke bepalingen die inzake evaluatie en studiebekrachtiging gelden voor het duaal leren en de aanloopfase, zowel in het voltijds gewoon secundair onderwijs[4] als in het buso OV 3 en OV 4,[5] opgeheven, doorgaans met ingang van 1 september 2025 (artikelen 95 tot 100). De regelingen voor het experimenteel voltijds gewoon secundair onderwijs volgens een modulair stelsel[6] en het experimenteel buitengewoon secundair onderwijs volgens een modulair stelsel[7] worden opgeheven op 1 september 2020, waarbij tevens wordt bepaald dat deze regelingen progressief ophouden uitwerking te hebben overeenkomstig de uitrol van de modernisering van het secundair onderwijs (artikelen 93 en 94).

2.1. Het ontwerp vindt in beginsel rechtsgrond in de verschillende onderdelen van artikel 115, § 1, eerste lid, van de Codex Secundair Onderwijs van 17 december 2010, zoals vermeld in de rubriek Rechtsgrond van de aanhef.

---

[1] Vanaf 1 september 2025, zie 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 14 september 2018 ‘houdende uitvoeringsmaatregelen betreffende het duaal leren en de aanloopfase en diverse andere maatregelen’.

[5] 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’.

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

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

‡LW-AJDWOEBCA-HAJJDMR‡

2.2. Hoewel artikel 115, § 1, eerste lid, van de Codex Secundair Onderwijs, krachtens artikel 2, § 1, van de Codex Secundair Onderwijs, ook van toepassing is op duaal leren en de aanloopfase, zowel in het voltijds secundair onderwijs als in het buso OV 3 en OV 4, moet er evenwel rekening mee worden gehouden dat in de huidige stand van de wetgeving, sommige artikelen uit deel V/1, deel V/2 en deel V/3 van de Codex Secundair Onderwijs, specifieke bepalingen bevatten inzake samenstelling van de klassenraad, de evaluatie en de studiebekrachtiging. Deze bepalingen hebben voorrang op artikel 115 van de Codex Secundair onderwijs, aangezien de artikelen 357/1, 357/37 en 357/56 van de Codex Secundair onderwijs bepalen dat alle decretale en reglementaire bepalingen die in strijd zijn met de bepalingen van de delen V/1, V/2 en V/3, niet van toepassing zijn respectievelijk op het duaal leren dat de door de Vlaamse Gemeenschap erkende, gefinancierde of gesubsidieerde aanbieders duaal leren organiseren, op de aanloopstructuuronderdelen die door de Vlaamse Gemeenschap erkende, gefinancierde of gesubsidieerde centra voor deeltijds beroepssecundair onderwijs en centra voor vorming van zelfstandigen en kleine en middelgrote ondernemingen worden georganiseerd en op het duaal leren dat de scholen voor buitengewoon secundair onderwijs met opleidingsvorm 3 en 4 die erkend, gefinancierd of gesubsidieerd worden door de Vlaamse Gemeenschap, organiseren.

De machtigingen in artikel 115, § 1, eerste lid, van de Codex Secundair Onderwijs moeten derhalve worden gelezen in het licht van de artikelen 357/9 tot 357/19 (duale structuuronderdelen in het voltijds secundair onderwijs), 357/45 tot 357/51 (aanloopstructuuronderdelen in het voltijds secundair onderwijs) en 367/65 (duale structuuronderdelen in het buso OV 3 en OV 4). Dit houdt in dat de reikwijdte van de machtiging beperkt wordt, enerzijds omdat sommige bepalingen van de delen V/1, V/2 en V/3 van de Codex Secundair onderwijs inhoudelijk een aantal aspecten van de evaluatie en studiebekrachtiging regelen en anderzijds omdat sommige bepalingen meer specifieke machtigingen aan de Vlaamse Regering bevatten (bijv. de artikelen 357/14, laatste lid, 357/18, laatste lid, 357/50, laatste lid en 357/65, vierde en zevende lid, van de Codex Secundair Onderwijs).

Dat de Vlaamse Regering het initiatief zou nemen om deze bepalingen in de Codex Secundair Onderwijs te laten opheffen of te laten wijzigen, doet niets af aan het feit dat sommige van deze bepalingen thans het ontwerp mede tot rechtsgrond strekken. Voor zover de artikelen 4 tot 6 en 8 van het ontwerp betrekking hebben op het functioneren van de mentor in de klassenraad (artikel 5, 3°, 6, § 1, 7 en 8, 1°), dient ervoor vooralsnog rechtsgrond te worden gezocht in artikel 357/14, laatste lid, en 357/65, vierde lid, van de Codex Secundair Onderwijs. Voor zover de artikelen 63 tot 74 ook van toepassing zijn op de studiebekrachtiging van duale structuuronderdelen, vinden deze bepalingen vooralsnog rechtsgrond in de artikelen 357/18 en 357/65, zevende lid, van de Codex Secundair Onderwijs, naar luidt waarvan de Vlaamse Regering “de lijst van studiebewijzen vast[legt] die uitgereikt worden in duale structuuronderdelen”.

2.3. Sommige wijzigings- en opheffingsbepalingen vinden eveneens rechtsgrond in een of meer specifieke bepalingen van de Codex Secundair Onderwijs. Zo vinden de artikelen 93 en 94 van het ontwerp rechtsgrond in de artikelen 158 en 341 van de Codex Secundair Onderwijs, en vinden artikel 95, 2° en 3°, 96, 97, 98, 2° tot 4°, van het ontwerp rechtsgrond in de artikelen 357/14, derde lid, 357/18, tweede lid en 357/50, vierde lid, van de Codex Secundair Onderwijs.

‡LW-AJDWOEBCA-HAJJDMR‡

2.4. Ook artikel 78 van het ontwerp vindt rechtsgrond in een specifieke bepaling van de Codex Secundair Onderwijs, meer bepaald in artikel 136/5, § 1, 2°, a) van de Codex Secundair onderwijs. Krachtens deze bepaling bepaalt de Vlaamse Regering de sporttaken die in aanmerking komen voor individuele leertrajecten voor een leerling of leerlingengroep met een topsportstatuut.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Aanhef

3. De rubriek Rechtsgrond moet in overeenstemming worden gebracht met hetgeen werd opgemerkt over de rechtsgrond.

4. Uit de stukken gevoegd bij de adviesaanvraag blijkt dat het overleg over fundamentele onderwijshervormingen in de zin van artikel 70 van de Codex Secundair Onderwijs heeft plaatsgehad. Indien het overleg werd gevraagd door een afgevaardigde van de schoolbesturen en door één van de representatieve vakorganisaties, is het overleg een verplicht vormvereiste. Van het vervullen van deze vormvereiste dient melding te worden gemaakt in de rubriek Vormvereisten van de aanhef.

Algemene opmerking

5.1. Het ontwerp bevat verschillende bepalingen of onderdelen ervan die bepalingen inzake duaal leren overnemen of parafraseren. Zonder exhaustief te zijn gaat het onder meer over volgende bepalingen. Artikel 4, 1°, c), van het ontwerp parafraseert artikel 357/14, eerste en tweede lid, van de Codex Secundair Onderwijs. Artikel 75, en in elk geval het tweede lid, vormt een (gedeeltelijke) parafrase van artikel 357/10 van de Codex Secundair Onderwijs. Artikel 39 vormt een parafrase van de artikelen 357/11, eerste lid, en 357/45 van de Codex Secundair Onderwijs. Artikel 11 herneemt artikel 252/1 van de Codex Secundair Onderwijs. Artikel 53, eerste lid, parafraseert artikel 115/6, § 1, van de Codex Secundair Onderwijs.

5.2. Het overnemen in een lagere regeling van bepalingen van een hogere regeling dient te worden vermeden. Niet alleen is een dergelijke werkwijze op het normatieve vlak overbodig aangezien ze geen nieuwe norm tot stand brengt, maar bovendien kan ze tot verwarring leiden over de precieze aard van het in de lagere regeling opgenomen voorschrift en kan ze inzonderheid aanleiding ertoe zijn dat later uit het oog verloren wordt dat alleen de hogere regelgever het betrokken voorschrift kan wijzigen. Het overnemen van decretale bepalingen in een besluit van de Vlaamse Regering kan dan ook alleen maar worden gedoogd in zoverre zulks noodzakelijk is voor de leesbaarheid van het besluit, in welk geval een uitdrukkelijke verwijzing naar de betrokken decreetsbepaling het geëigende middel zal zijn om de aard van de betrokken bepaling herkenbaar te houden (“Overeenkomstig artikel … van het decreet van …”).

‡LW-AJDWOEBCA-HAJDMR‡

Dat de stellers van het ontwerp beweren dat de decretale bepalingen zullen worden opgeheven door de decreetgever doet daaraan niets af. Op het moment dat het voorliggende ontwerp wordt uitgevaardigd mag geen verwarring ontstaan over de precieze juridische aard van een bepaalde regeling. Het komt desgevallend de regering toe om in een later stadium de verordenende bepalingen in overeenstemming te brengen met het eventueel gewijzigde decretale kader.

5.3. In ieder geval komt het de regering niet toe om wijzigingen aan te brengen in de overgenomen decretale bepalingen, zoals op zijn minst het geval is in artikel 39, tweede lid, 1°, en artikel 53, eerste lid, van het ontwerp.

Artikel 39, tweede lid, 1°, van het ontwerp wijkt af van artikel 357/47, tweede lid, van de Codex Secundair Onderwijs voor zover wordt gesteld dat de klassenraad de afwijking kan toestaan, terwijl artikel 357/47, tweede lid, bepaalt dat *het bestuur van de aanbieder* van de aanloopfase die toelating geeft.

Artikel 53 van het ontwerp bepaalt dat de leerlingenevaluatie er ook toe strekt na te gaan of de doelstellingen die opgenomen zijn in het curriculumdossier en de leerplannen zijn bereikt of nagestreefd, terwijl artikel 115/6, § 1, van de Codex Secundair Onderwijs enkel verwijst naar de doelstellingen die zijn vastgelegd door of krachtens decreet- of regelgeving.

Artikelsgewijze opmerkingen

Artikel 2

6. Aangezien de begrippen “mentor” en “zijinstromer” al zijn gedefinieerd in artikel 357/2, 6° en 19°, van de Codex Secundair Onderwijs, zijn de punten 10° en 19° van artikel 2 van het ontwerp overbodig. Indien de omschrijving omwille van de leesbaarheid van de tekst toch behouden blijft, verdient het aanbeveling om in de bepaling uitdrukkelijk te verwijzen naar de betrokken punten in artikel 357/2 van de Codex Secundair Onderwijs, zodat duidelijk is dat hetzelfde begrip wordt bedoeld en er geen verwarring kan rijzen over de precieze juridische aard van de definitie.

Artikel 3

7. Luidens de laatste zin van artikel 3 van het ontwerp moeten beslissingen van de klassenraad altijd worden gemotiveerd. Voor zover deze bepalingen betrekking hebben op evaluatie en deliberatie van regelmatige leerlingen in alle onderwijsinstellingen, en voor zover deze bepalingen van toepassing zijn op andere beslissingen inzake toelating en vorming van onderwijsinstellingen met een publiekrechtelijk karakter die rechtsgevolgen meebrengen voor derden, is het opleggen van een dergelijke motiveringsplicht overbodig en misleidend. Het is overbodig omdat deze beslissingen onder de toepassing vallen van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ en de verplichting tot

‡LW-AJDWOEBCA-HAJJDMR‡

formele motivering reeds uit die wet voortvloeit.[8] Het is misleidend omdat dergelijke bepalingen ten onrechte de indruk wekken dat de formele motiveringsverplichting niet bestaat zonder dat zulks uitdrukkelijk wordt voorgeschreven. Tenzij een verdergaande motiveringsplicht wordt beoogd dan diegene die voortvloeit uit de wet van 29 juli 1991, in welk geval de draagwijdte ervan dient te worden omschreven, moet de ontworpen bepaling worden weggelaten. Dit geldt des te meer aangezien reeds een verdergaande motiveringsplicht dan diegene die voortvloeit uit de wet van 29 juli 1991, wordt geregeld in artikel 56 van het ontwerp.

Artikel 4

8. Artikel 4, 1°, van het ontwerp is verwarrend geformuleerd. Het artikel regelt in principe de voorwaarden om als stemgerechtigd lid van de klassenraad te kunnen optreden. De voorwaarde in punt 1°, b), 1) dat minstens drie leden van het onderwijzend personeel van het structuuronderdeel waarvoor de leerling opteert, deel uitmaken van de klassenraad bij een toelatingsbeslissing is evenwel geen voorwaarde die verband houdt met het lid van het onderwijzend personeel dat ambtshalve stemgerechtigd is. Dat slechts drie leden aanwezig moeten zijn, vormt veeleer een afwijking op de inleidende zin van artikel 5, eerste lid, dat de verplichte aanwezigheid van de stemgerechtigde leden oplegt, zodat die afwijking beter daar wordt geregeld.

Artikelen 95 en 96

9. De artikelen 95 en 96 van het ontwerp strekken er onder meer toe de uitwerking in de tijd van artikel 8 van het besluit van 14 september 2018 te bepalen. Artikel 96 stelt dat deze bepaling progressief ophoudt uitwerking te hebben “voor de duale structuuronderdelen”. Artikel 8, eerste en derde lid, van het besluit van 14 september 2018 heeft inderdaad betrekking op de aanloopstructuuronderdelen. Aangenomen mag worden dat deze bepaling uitwerking blijft hebben. Artikel 95, 3°, heft evenwel het volledige artikel 8 op met ingang van 1 september 2025. Als het de bedoeling is dat de studiebekrachtiging van de aanloopstructuuronderdelen niet geregeld wordt door het voorliggend ontwerp (artikel 60 van het ontwerp) is er geen reden om artikel 8, eerste en derde lid, op te heffen. De conclusie is dan ook dat artikel 8 van het besluit van 14 september 2018 niet moet worden opgeheven, zelfs niet gedeeltelijk, maar moet worden gewijzigd zodat in die bepaling de studiebewijzen in de aanloopstructuuronderdelen worden geregeld.

Artikel 103

10. De meeste bepalingen van het ontwerp “tre(…)d[en] in werking op 15 maart 2022”. Gelet op het tijdstip waarop de Raad van State om advies wordt gevraagd, zouden de bepalingen dus uitwerking krijgen met terugwerkende kracht.

[8] J. DERIDDER, “Hoofdstuk VI Onderwijsrecht” in I. OPDEBEEK en A. COOLSAET (eds.), *Formele motivering van bestuurshandelingen*, Brugge, Die Keure, 2013, (331) 335.

‡LW-AJDWOEBCA-HAJDMR‡

Als dit daadwerkelijk de bedoeling zou zijn, moet worden opgemerkt 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.

Voor zover de betrokken bepalingen van het ontwerp louter bestaande bepalingen inhoudelijk hernemen lijkt de terugwerkende kracht niet problematisch, hoewel een dergelijke terugwerkende kracht weinig zin heeft.

Voor zover de betrokken bepalingen van het ontwerp nieuwe verplichtingen zouden opleggen aan de schoolbesturen, de klassenraden, personeelsleden of leerlingen die reeds vanaf 15 maart 2022 moeten worden nagekomen, is een dergelijke terugwerkende kracht niet aanvaardbaar.

DE GRIFFIER DE VOORZITTER

Wim GEURTS Marnix VAN DAMME

‡LW-AJDWOEBCA-HAJJDMR‡