



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 73.102/1
van 15 maart 2023

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘m.b.t. de
uitvoering van leersteun’

Op 13 februari 2023 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 ‘m.b.t. de uitvoering van leersteun’.

Het ontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 2 maart 2023. 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 15 maart 2023.

*

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 beoogt uitvoering te geven aan verschillende aspecten van het nieuwe leersteunmodel. Dat nieuwe leersteunmodel wordt ingevoerd bij het voorontwerp van decreet ‘over leersteun’, waarover de Raad van State, afdeling Wetgeving, op 27 februari 2023 advies 72.583/1 heeft verstrekt.

Het ontwerp bevat in de eerste plaats een aantal autonome bepalingen onderverdeeld in vier hoofdstukken. Deze hebben betrekking op de samenstelling en opdracht van de commissie inclusief onderwijs (artikelen 1 tot 7 van het ontwerp), het vastleggen van de maximale bewaartermijn van leerlingengegevens en de verwerkingsactiviteiten in het kader van leersteun (artikel 8), het regelen van diverse personeelsaangelegenheden (o.m. indeling van de ambten, bekwaamheidsbewijzen, salarisschalen, prestatieregeling en opdracht van leerondersteuners) (artikelen 9 tot 24) en de wijze waarop de toegekende omkaderingspunten kunnen worden aangewend (artikelen 25 en 26).

De bepalingen van hoofdstuk 5 (artikelen 27 tot 72) brengen diverse wijzigingen aan in een vijftiental reglementaire teksten van uiteenlopende aard, teneinde de bepalingen ervan aan te passen aan de invoering van het nieuwe leersteunmodel, zowel wat personeelsaangelegenheden, onderwijsorganisatie, studiebekrachtiging, als investeringen betreft.

3.1. Luidens de rubriek “Rechtsgronden” in de aanhef, wordt voor het ontwerp rechtsgrond gezocht enerzijds in verschillende bepalingen van de codificatie ‘sommige bepalingen voor het onderwijs’ van 28 oktober 2016, bekrachtigd bij het decreet van 23 december 2016 (hierna: codificatie van 28 oktober 2016) en anderzijds in het nog aan te nemen decreet ‘over leersteun’ zonder dat hierbij de relevante bepalingen worden vermeld.

De door de adviesaanvrager gehanteerde werkwijze, waarbij in de aanhef als rechtsgrond wordt verwezen naar een nog aan te nemen decreet¹ heeft noodzakelijkerwijze tot gevolg dat de Raad van State, afdeling Wetgeving, slechts een beperkt en voorwaardelijk onderzoek kan wijden aan de rechtsgrond voor het ontworpen besluit. Dit onderzoek wordt daarenboven nog bemoeilijkt door het feit dat de aanhef de rechtsgrondbiedende bepalingen niet

¹ Het is slechts bij wijze van hoge uitzondering, gelet op de datum waarop de afdeling Wetgeving advies heeft kunnen uitbrengen over het voorontwerp van decreet ‘over leersteun’, op het feit dat het ontwerp reeds gedeeltelijk rechtsgrond vindt in de bepalingen van de codificatie van 28 oktober 2016 en op de beoogde datum van inwerkingtreding, dat de afdeling Wetgeving overgaat tot een onderzoek van het om advies voorgelegde ontwerp van besluit, ook al zijn de rechtsgrondbiedende bepalingen van het decreet ‘over leersteun’ vooralsnog niet door het Vlaams Parlement aangenomen. Bij dat onderzoek werd uitgegaan van het voorontwerp van decreet ‘over leersteun’, waarover de Raad van State, afdeling Wetgeving op 27 februari 2023 advies 72.583/1 heeft verstrekt.

preciseert, waarbij in de aanhef evenmin de rechtsgrond wordt vermeld voor de wijzigingsbepalingen vervat in hoofdstuk 5 van het ontwerp.

De hiernavolgende opmerkingen dienen onder dat voorbehoud te worden gelezen.

3.2. De in de rubriek “Rechtsgronden” van de aanhef vermelde bepalingen van de codificatie van 28 oktober 2016, met uitzondering van artikel V.27,² kunnen in beginsel rechtsgrond bieden voor verschillende bepalingen uit hoofdstuk 3 van het ontwerp, dat betrekking heeft op het personeel, en voor een aantal wijzigingsbepalingen, althans voor zover de artikelen 2, § 1, decreet rechtspositie personeelsleden gemeenschapsonderwijs van 27 maart 1991 en 4, § 1, decreet rechtspositie personeelsleden gesubsidieerd onderwijs van 27 maart 1991 zodanig worden gewijzigd dat beide rechtspositiedecreten van toepassing zijn op de leersteuncentra en hun personeelsleden.³ Met andere woorden zullen voormelde bepalingen van het ontwerp enkel doorgang kunnen vinden indien de artikelen 60 en 73 van het voorontwerp van decreet ‘over leersteun’, die dergelijke wijziging willen doorvoeren effectief worden goedgekeurd.

3.3. Voor de bepalingen van de hoofdstukken 1, 2 en 4 van het ontwerp, alsook voor verschillende wijzigingsbepalingen, is op dit ogenblik nog geen rechtsgrond voorhanden. De Vlaamse Regering heeft de bedoeling om bij decreet een nieuw leersteunmodel in te voeren. Voormelde bepalingen kunnen bijgevolg enkel doorgang vinden voor zover de relevante bepalingen van het voorontwerp van decreet, waarover de Raad van State, afdeling Wetgeving advies 72.583/1 heeft uitgebracht, effectief worden goedgekeurd en de rechtsgrondbiedende bepalingen ervan in werking zullen zijn getreden.⁴

3.4. Voor sommige bepalingen van het ontwerp dient een beroep te worden gedaan op de algemene uitvoeringsbevoegdheid die de Vlaamse Regering put uit artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’, gelezen in samenhang met één of meer bepalingen van het aan te nemen decreet ‘over leersteun’.⁵ Ook deze bepalingen kunnen bijgevolg slechts doorgang vinden onder de *sub* 3.3 gestelde voorwaarde.

² Artikel V.27 van de codificatie van 28 oktober 2016 heeft immers betrekking op de verlofregeling en de sanctionering van de niet-naleving ervan terwijl geen enkele bepaling van het ontwerp betrekking lijkt te hebben op de verlofregeling, noch van wie een betrekking in een ambt van leerondersteunend personeel bekleedt, noch van gelijk welk ander personeelslid in het onderwijs.

³ Uit de artikelen V.1, 1° en 2°, en V.41, 1° en 2°, van de codificatie van 28 oktober 2016 blijkt immers dat de bepalingen uit de titels 1 en 2 van deel V van die codificatie van toepassing zijn op de personeelsleden bedoeld in de artikelen 2, § 1, decreet rechtspositie personeelsleden gemeenschapsonderwijs van 27 maart 1991 en 4, § 1, decreet rechtspositie personeelsleden gesubsidieerd onderwijs van 27 maart 1991.

⁴ Onder dat voorbehoud, en voor zover de nummering in de aangenomen tekst alsdan overeenstemt met de in het voorontwerp gehanteerde nummering, vinden de artikelen 1 tot 7 van het ontwerp, in beginsel rechtsgrond in artikel 59, § 3, artikel 8 in artikel 57, § 3, de artikelen 9 (*partim*) tot 12, in artikel 51, § 2, tweede lid, en de artikelen 25 en 26 van het ontwerp in de artikelen 45, § 3, en 51, § 2, tweede lid, van het voorontwerp van decreet ‘over leersteun’.

⁵ Zo vinden de artikelen 30 en 35 van het ontwerp, die bepalingen betreffende het ondersteuningsmodel opheffen, rechtsgrond in artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 gelezen in samenhang met de artikelen 121 en 177 van het voorontwerp van decreet ‘over leersteun’, die de decretale bepalingen inzake het ondersteuningsmodel opheffen. Artikel 63, dat het jaarlijks bespreken van het aantal GC-verslagen, IAC-verslagen en OV4-verslagen in de leersteunraad concretiseert, vindt rechtsgrond in artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 gelezen in samenhang met artikel 23, zesde lid, van het voorontwerp van decreet ‘over leersteun’.

3.5. Voor een aantal bepalingen van het ontwerp biedt ook het aan te nemen decreet ‘over leersteun’ vooralsnog geen rechtsgrond.

Artikel 3 van het ontwerp regelt de vergoeding van de effectieve leden en de voorzitter van de commissie inclusief onderwijs, terwijl artikel 59, § 3, van het voorontwerp van decreet ‘over leersteun’ de Vlaamse Regering enkel machtigt om de samenstelling van de commissie te regelen en haar opdracht te concretiseren. De Vlaamse Regering wordt niet gemachtigd om de werking van de commissie te regelen, laat staan de vergoeding van de leden ervan. Nu uit de algemene economie van artikel 59, § 3, niet valt af te leiden dat de leden van de commissie vergoed zullen worden, kan hiervoor ook geen beroep worden gedaan op de algemene uitvoeringsbevoegdheid. Zolang er geen uitdrukkelijke machtiging wordt verleend aan de Vlaamse Regering om de vergoeding van de leden van de commissie te regelen kan artikel 3 van het ontwerp geen doorgang vinden.

Artikel 8, eerste lid, van het ontwerp regelt de maximale bewaartermijn voor het bewaren van leerlingengegevens in het kader van leersteun. Wat de maximale bewaartermijn betreft, werd in voormeld advies 72.583/1 van 27 februari 2023 het volgende opgemerkt:

“8.4. In artikel 57, § 3, van het voorontwerp wordt het uitdrukkelijk aan de Vlaamse Regering opgedragen om de opslagperioden van de gegevens van de betrokken leerlingen (door de leersteuncentra) te bepalen. Zoals uit de hierboven aangehaalde rechtspraak en adviespraktijk blijkt, is de maximale bewaartermijn van de betrokken persoonsgegevens een essentieel element van de gegevensverwerking dat de decreetgever zelf dient te regelen.”

Artikel 8, eerste lid, kan derhalve slechts doorgang vinden, voor zover in het aan te nemen decreet ‘over leersteun’ zelf de maximale bewaartermijn wordt vastgelegd, en de Vlaamse Regering eventueel wordt gemachtigd om die nader te bepalen.

3.6. De meeste wijzigingsbepalingen die zijn opgenomen in hoofdstuk 5 van het ontwerp vinden bovendien rechtsgrond in andere bepalingen van de onderwijswetgeving, waarvan sommige zullen worden gewijzigd door het voorontwerp van decreet ‘over leersteun’, maar die niet in de rubriek “Rechtsgronden” van de aanhef worden vermeld.

Zo vinden de artikelen 17 tot 20 van het ontwerp bijvoorbeeld rechtsgrond in artikel 3, 12°, van het decreet rechtspositie personeelsleden Gemeenschapsonderwijs van 27 maart 1991 en artikel 5, 13°, van het decreet rechtspositie personeelsleden gesubsidieerd onderwijs van 27 maart 1991.⁶

Voor sommige wijzigingsbepalingen zal daarbij ook een beroep moeten worden gedaan op de algemene uitvoeringsbevoegdheid.

⁶ Althans voor zover de artikelen 60 en 73 van het voorontwerp van decreet ‘over leersteun’ effectief door de decreetgever worden aangenomen (zie hoger).

Het komt de stellers van het ontwerp toe om de aanhef van het ontworpen besluit aan te vullen met de rechtsgrondbiedende bepalingen uit de andere onderwijswetgeving, evenals met de relevante rechtsgrondbiedende bepalingen van het aan te nemen decreet ‘over leersteun’.

3.7. Voor de artikelen 48 tot 55 van het ontwerp lijkt evenwel geen rechtsgrond voorhanden te zijn. Artikel 53 beoogt voor de leersteuncentra de maximale bruto-oppervlakte vast te leggen die in aanmerking komt voor investeringssubsidies en de artikelen 48 tot 52, 54 en 55 breiden het toepassingsgebied van het besluit van de Vlaamse Regering van 5 oktober 2007 uit tot leersteuncentra en/of wijzigen bepalingen om ze met deze uitbreiding van het toepassingsgebied in overeenstemming te brengen.

Het te wijzigen besluit vindt weliswaar rechtsgrond in artikel 13, § 1, 2°, van de wet van 29 mei 1959 ‘tot wijziging van sommige bepalingen van de onderwijswetgeving’, de zgn. schoolpactwet⁷, maar luidens § 1, 1°, van die bepaling kunnen op die middelen slechts beroep doen “de onderwijsinstellingen, internaten en de centra voor leerlingenbegeleiding”. Aangezien leersteuncentra geen onderwijsinstellingen lijken te zijn in de zin van het genoemde artikel, kan die bepaling derhalve geen rechtsgrond bieden voor de artikelen 48 tot 55 van het ontwerp.

Dat artikel 31, § 1, eerste lid, 3°, en tweede lid van het voorontwerp van decreet ‘over leersteun’ bepaalt dat de Vlaamse Gemeenschap aan besturen van leersteuncentra die (voorlopig) erkend zijn financieel tegemoet komt onder meer door een financiering of subsidiëring in de vorm van investeringsmiddelen, doet aan die vaststelling geen afbreuk. Weliswaar wordt in de memorie van toelichting van het voorontwerp van decreet ‘over leersteun’, gepreciseerd dat “[i]nvesteringsmiddelen (...) zoals bij andere onderwijsinstellingen [worden] aangevraagd via de bevoegde overheidsinstanties”, maar die bepaling kan op zichzelf genomen geen rechtsgrond bieden voor de Vlaamse Regering om de regeling inzake fysische en financiële normen die bestaan voor de onderwijsinstellingen, internaten en centra voor leerlingenbegeleiding van toepassing te verklaren op de leersteuncentra en om de maximale bruto-oppervlakte van de leersteuncentra die voor subsidiëring in aanmerking komt te bepalen.

De artikelen 48 tot 55 van het ontwerp kunnen slechts doorgang vinden nadat ofwel artikel 13, § 1, 1°, van de schoolpactwet is gewijzigd, ofwel in artikel 31 van het voorontwerp van decreet ‘over leersteun’ een uitdrukkelijke machtiging aan de Vlaamse Regering wordt toegevoegd om de voorwaarden te bepalen waaronder investeringsmiddelen kunnen worden bekomen.

3.8. Er dient ten slotte eveneens een voorbehoud te worden gemaakt bij artikel 66, 1°, van het ontwerp, waarin wordt geregeld welke personeelsleden recht op inzage van de verschillende verslagen hebben. De in de voormelde bepaling geregelde verwerking van persoonsgegevens kan als een intrinsiek gevolg worden beschouwd van de regeling inzake de inschrijving en het volgen van lessen waarin het aan te nemen decreet ‘over leersteun’ voorziet, welke regeling immers een inzage in de betrokken verslagen veronderstelt. Bijgevolg kan worden aangenomen dat geen afzonderlijke decretale basis is vereist voor de in artikel 66, 1°, vervatte

⁷ Adv.RvS 43.457/1/V van 4 september 2007, over een ontwerp dat heeft geleid tot het besluit van de Vlaamse Regering van 5 oktober 2007 ‘houdende vaststelling van de regels die de behoefte aan nieuwbouw of uitbreiding bepalen en van de fysische en financiële normen voor de schoolgebouwen, internaten en centra voor leerlingenbegeleiding’, opmerking 1.

regeling van de verwerking van de persoonsgegevens. Voorwaarde hiertoe is wel dat niet op algemene wijze een recht van inzage wordt verleend aan “de personeelsleden” van de school, doch dat de categorie van personen van de school aan wie inzage wordt verleend eveneens wordt afgestemd met de rechtsgrondbiedende bepalingen.

VORMVEREISTEN

4. Het ontwerp bevat bepalingen die de verwerking van persoonsgegevens regelen.⁸

Artikel 36, lid 4, van de AVG, gelezen in samenhang met artikel 57, lid 1, c), en overweging 96 ervan, voorziet in een verplichting om de toezichthoudende autoriteit te raadplegen bij het opstellen van een voorstel voor een door een nationaal parlement vast te stellen wetgevingsmaatregel, of een daarop gebaseerde regelgevingsmaatregel in verband met verwerking.

Uit het dossier blijkt niet dat aan dit vormvereiste is voldaan. Het vormvereiste dient alsnog te worden nageleefd. In dat verband kan er overigens op gewezen worden dat, in het licht van het arrest nr. 26/2023 van 16 februari 2023 van het Grondwettelijk Hof,⁹ een advies van de Vlaamse Toezichtcommissie voorsnog niet volstaat en ook het advies van de Gegevensbeschermingsautoriteit dient te worden gevraagd.

Indien de aan de Raad van State voorgelegde tekst ten gevolge van het inwinnen van het voornoemde advies nog wijzigingen zou ondergaan,¹⁰ moeten de gewijzigde of toegevoegde bepalingen, ter inachtneming van het voorschrift van artikel 3, § 1, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, alsnog aan de afdeling Wetgeving worden voorgelegd.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Aanhef

5. De aanhef van het ontwerp dient in overeenstemming te worden gebracht met hetgeen hiervoor werd opgemerkt aangaande de rechtsgrond.

Daartoe dient een verwijzing naar artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 te worden toegevoegd.

In het eerste gedachtestreepje in de rubriek “vormvereisten” in de aanhef moet de vermelding van artikel V.27 van de codificatie van 28 oktober 2016 worden weggelaten.

Het tweede gedachtestreepje van de rubriek “rechtsgronden” dient voorts te worden aangevuld met de uitdrukkelijke vermelding van de relevante rechtsgrondbiedende bepalingen van

⁸ Zie onder meer artikel 8, tweede lid, en 66 van het ontwerp.

⁹ GwH 16 februari 2023, nr. 26/2023, B.30.1 tot B.30.10.

¹⁰ Namelijk andere wijzigingen dan diegene waarvan in dit advies melding wordt gemaakt, of wijzigingen die ertoe strekken tegemoet te komen aan hetgeen in dit advies wordt opgemerkt.

het decreet ‘over leersteun’, waarbij de stellers van het ontwerp erover dienen te waken dat daarbij rekening wordt gehouden met de tekst zoals hij definitief wordt aangenomen door de decreetgever.

Voorts dient de aanhef te worden aangevuld met de rechtsgrondbiedende bepalingen uit andere onderwijswetgeving.

Opschrift

6. In het opschrift wordt de afkorting “m.b.t.” het best voluit geschreven.

Artikel 71

7. Artikel 71 van het ontwerp voegt niet één, maar twee leden in tussen het bestaande eerste en het bestaande tweede lid van artikel 74 van het besluit van de Vlaamse Regering van 15 juli 2022 ‘over de organisatie van het secundair onderwijs, wat leerlingen betreft’. Het nieuw ingevoegde derde lid is overigens woordelijk bijna hetzelfde als het huidige tweede lid dat het vierde lid wordt.

Het verdient aanbeveling om in de ingevoegde tekst de laatste zin (lees: het ingevoegde derde lid) te schrappen en in de plaats daarvan het bestaande tweede lid te wijzigen.

Artikel 71 van het ontwerp kan dan als volgt worden geformuleerd:

“**Art. 71.** In artikel 74 van hetzelfde besluit worden de volgende wijzigingen aangebracht:

1° Tussen het eerste en tweede lid, wordt een lid ingevoegd dat luidt als volgt:

‘In afwijking van [huidige tekst van de inleidende zin]

1° [huidige tekst van 1°]

2° [huidige tekst van 2°]

3° [huidige tekst van 3°]

2° In het tweede lid, dat het derde lid is geworden, worden de woorden “, vermeld in het eerste lid” vervangen door “en het getuigschrift, vermeld in het eerste en tweede lid’.”

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Wim GEURTS

Marnix VAN DAMME