

Rolnummer 6678
Arrest nr. 105/2018 van 19 juli 2018

A R R E S T

In zake : het beroep tot vernietiging van de artikelen 5 tot 12 van het decreet van de Vlaamse Gemeenschap van 25 november 2016 betreffende de alternatieve financiering van schoolinfrastructuur via projectspecifieke DBFM-overeenkomsten, ingesteld door de openbare instelling met rechtspersoonlijkheid « het Gemeenschapsonderwijs ».

Het Grondwettelijk Hof,

samengesteld uit de voorzitters A. Alen en J. Spreutels, en de rechters T. Merckx-Van Goey, P. Nihoul, T. Giet, R. Leysen en J. Moerman, bijgestaan door de griffier P.-Y. Dutilleux, onder voorzitterschap van voorzitter A. Alen,

wijst na beraad het volgende arrest :

*

* *

I. *Onderwerp van het beroep en rechtspleging*

Bij verzoekschrift dat aan het Hof is toegezonden bij op 16 juni 2017 ter post aangetekende brief en ter griffie is ingekomen op 19 juni 2017, heeft de openbare instelling met rechtspersoonlijkheid « het Gemeenschapsonderwijs », bijgestaan en vertegenwoordigd door Mr. V. Pertry en Mr. B. Martel, advocaten bij de balie te Brussel, beroep tot vernietiging ingesteld van de artikelen 5 tot 12 van het decreet van de Vlaamse Gemeenschap van 25 november 2016 betreffende de alternatieve financiering van schoolinfrastructuur via projectspecifieke DBFM-overeenkomsten (bekendgemaakt in het *Belgisch Staatsblad* van 10 januari 2017).

De Vlaamse Regering, bijgestaan en vertegenwoordigd door Mr. D. Vanheule, advocaat bij de balie te Gent, heeft een memorie ingediend, de verzoekende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de Vlaamse Regering heeft ook een memorie van wederantwoord ingediend.

Bij beschikking van 28 maart 2018 heeft het Hof, na de rechters-verslaggevers R. Leysen en T. Giet te hebben gehoord, beslist dat de zaak in staat van wijzen is, dat geen terechtzitting zal worden gehouden, tenzij een partij binnen zeven dagen na ontvangst van de kennisgeving van die beschikking een verzoek heeft ingediend om te worden gehoord, en dat, behoudens zulk een verzoek, de debatten zullen worden gesloten op 25 april 2018 en de zaak in beraad zal worden genomen.

Aangezien geen enkel verzoek tot terechtzitting werd ingediend, is de zaak op 25 april 2018 in beraad genomen.

De bepalingen van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof met betrekking tot de rechtspleging en het gebruik van de talen werden toegepast.

II. *In rechte*

- A -

Ten aanzien van de ontvankelijkheid

A.1. De Vlaamse Regering erkent dat de Raad van het Gemeenschapsonderwijs (GO!) belang heeft bij het instellen van een beroep tegen bepalingen die de financiering van de infrastructuurwerken regelen. Bij het bijzonder decreet van 14 juli 1998 betreffende het gemeenschapsonderwijs is de Raad immers bekleed met de inrichtende macht inzake het gemeenschapsonderwijs. De Raad van het Gemeenschapsonderwijs is inzake materieel en financieel beleid in het bijzonder bevoegd voor het vastleggen van de algemene bouwplanning en de planning van grote infrastructuurwerken, op basis van voorstellen van de scholengroepen en op voorstel van die afgevaardigd-bestuurder, en voor de uitvoering van deze werken, in samenwerking met de betrokken scholengroep. De Vlaamse Regering merkt evenwel op dat de verzoekende partij in haar verzoekschrift niet duidelijk maakt of de beslissing tot het instellen van het beroep op rechtsgeldige wijze door het daartoe bevoegde orgaan van het Gemeenschapsonderwijs is genomen. De Vlaamse Regering formuleert derhalve een voorbehoud bij de ontvankelijkheid van het beroep op dit punt, in afwachting van overlegging van de nodige overtuigingsstukken hieromtrent door de verzoekende partij.

A.2. De verzoekende partij stelt vast dat overeenkomstig de recente rechtspraak van het Hof, de advocaat die verschijnt voor het Hof verondersteld wordt gemandateerd te zijn door de handelingsbekwame persoon die hij beweert te vertegenwoordigen, behoudens bewijs van het tegendeel. Hoewel het bewijs van de beslissing van het bevoegde orgaan van de rechtspersoon om in rechte te treden in beginsel op het eerste verzoek van het Hof moet worden voorgelegd, laat die formulering toe af te zien van een dergelijk verzoek wanneer de rechtspersoon door een advocaat wordt vertegenwoordigd.

Ten gronde

A.3.1. Het Gemeenschapsonderwijs (GO!) voert aan dat de artikelen 5 tot 12 van het decreet van de Vlaamse Gemeenschap van 25 november 2016 betreffende de alternatieve financiering van schoolinfrastructuur via projectspecifieke DBFM-overeenkomsten (hierna : het decreet van 25 november 2016) artikel 24, § 2, van de Grondwet schenden, doordat zij raken aan de bevoegdheden als inrichtende macht die op grond van artikel 24, § 2, van de Grondwet zijn opgedragen aan het Gemeenschapsonderwijs (GO!).

A.3.2. In artikel 24, § 2, van de Grondwet wordt in de mogelijkheid voorzien voor een gemeenschap als inrichtende macht om bij bijzonder decreet bevoegdheden op te dragen aan één of meer autonome organen. Die decentralisatie waarborgt dat verzelfstandigde organen onafhankelijk van de politiek kunnen optreden. Uit de parlementaire voorbereiding van het bijzonder decreet van 19 december 1988 betreffende de Autonome Raad voor het Gemeenschapsonderwijs blijkt dat de overdracht van de bevoegdheden als inrichtende macht verbonden is aan de oprichting van een autonoom orgaan, dat de volle bevoegdheid van inrichter van het gemeenschapsonderwijs uitoefent. In het bijzonder decreet van 14 juli 1998 betreffende het Gemeenschapsonderwijs worden de autonome bevoegdheden van het Gemeenschapsonderwijs (GO!) als inrichtende macht vormgegeven. De inrichtende macht van het gemeenschapsonderwijs wordt opgedragen aan de Raad van het Gemeenschapsonderwijs en aan de scholengroepen. Zij zijn met uitsluiting van ieder ander orgaan bevoegd als inrichtende macht en bezitten al de bevoegdheden die rechtstreeks of onrechtstreeks noodzakelijk of nuttig zijn voor de uitoefening van hun opdracht. De bijzondere decreetgever heeft daarbij eveneens de materiële aspecten van de onderwijsverstrekking expliciet toegewezen aan het Gemeenschapsonderwijs (GO!), met inbegrip van de onderwijsinfrastructuur en de planning en de financiering ervan.

A.3.3. Uit de parlementaire voorbereiding van de bestreden bepalingen blijkt dat de decreetgever meent dat hij met de regeling voor de financiering van de scholenbouw geen aangelegenheid regelt die krachtens artikel 24, § 2, van de Grondwet door de bijzondere decreetgever aan het Gemeenschapsonderwijs (GO!) wordt voorbehouden. De verzoekende partij betwist dat de decreetgever met de bestreden bepalingen louter zou optreden als normsteller. Integendeel, zij kennen aan de Vlaamse Regering en aan het Agentschap voor Infrastructuur in het Onderwijs (AGION) verregaande bevoegdheden toe om *in concreto* beslissingen te nemen over de beoogde scholenbouwprojecten van het gemeenschapsonderwijs, terwijl de inrichtende machten van het Gemeenschapsonderwijs (GO!) louter de bevoegdheid behouden om projectaanvragen in te dienen en adviezen uit te brengen.

Het komt aan AGION toe een lijst van geselecteerde kandidaten voor een bouwproject op te stellen die beantwoorden aan bepaalde gestelde kwalitatieve selectiecriteria. Voorts legt AGION de betrokken inrichtende machten typeopdrachtdocumenten op. Het feit dat de inrichtende machten van het Gemeenschapsonderwijs (GO!) in voorkomend geval geen gebruik maken van de ondersteuning door AGION, betekent geenszins dat AGION geen ingrijpende bevoegdheid toebedeeld krijgt bij de besluitvorming, en dat zelfs na de sluiting van de DBFM-overeenkomst. Dat het Gemeenschapsonderwijs (GO!) vertegenwoordigd is in het projectbureau dat AGION zal ondersteunen, kan dat niet verhelpen.

Daarenboven beslist de Vlaamse Regering zelf, na louter advies van het Gemeenschapsonderwijs (GO!), over de selectie en rangschikking van de scholenbouwprojecten die in aanmerking komen voor het projectspecifieke DBFM-programma. De bestreden bepalingen machtigen de Vlaamse Regering dus ontegensprekelijk om een beslissing te nemen over concrete scholenbouwprojecten, wat met normstelling niets meer te maken heeft.

A.3.4. De verzoekende partij besluit dan ook dat de decreetgever onmiskenbaar de bevoegdheden uitoefent van de inrichtende macht van het gemeenschapsonderwijs, dan wel ze toewijst aan andere entiteiten, zoals AGION, het projectbureau en de Vlaamse Regering, terwijl die bij bijzonder decreet aan de inrichtende machten van het Gemeenschapsonderwijs (GO!) zijn overgedragen. Door de bestreden bepalingen aan te nemen zonder

de erin vervatte bevoegdheden te kwalificeren als behorend tot de inrichtende macht van het gemeenschapsonderwijs schendt de decreetgever artikel 24, § 2, van de Grondwet. Het volstaat niet vast te stellen dat de bestreden bepalingen *de facto* werden aangenomen met een bijzondere meerderheid, aangezien de decreetgever uitdrukkelijk heeft gemeend met een gewoon decreet op die eerdere bevoegdheidsoverdracht te kunnen terugkomen.

A.4.1. In hoofdorde is de Vlaamse Regering van oordeel dat de bestreden bepalingen geen aangelegenheid bedoeld in artikel 24, § 2, van de Grondwet regelen, zodat die grondwetsbepaling geen toepassing vindt. De Vlaamse decreetgever is met de regeling van de alternatieve financiering van de schoolinfrastructuur bij het bestreden decreet opgetreden als normatieve regelgever en verstrekker van financiële middelen voor de realisatie van schoolbouwprojecten en niet als inrichtende macht die een bevoegdheid van inrichtende macht aan een autonoom orgaan toekent of regelt.

De bijzonderemeerderheidsvoorwaarde bij de opdracht van bevoegdheden van inrichtende macht aan een autonoom orgaan past in het kader van een verankering en vrijwaring van de ideologische evenwichten die teruggaan op het Schoolpact. Uit die bijzonderemeerderheidsvoorwaarde kan niet worden afgeleid dat de decreetgever bij de algemene normering van het onderwijs in Vlaanderen dit steeds met bijzondere meerderheid zou moeten doen telkens als de vooropgestelde normering een impact zou hebben op de uitoefening van de opgedragen bevoegdheden door de organen van het Gemeenschapsonderwijs (GO!). Die organen moeten, zoals elke inrichtende macht in Vlaanderen, uiteraard handelen binnen het algemene onderwijskader dat de decreetgever, bij gewone meerderheid, heeft gecreëerd en dat geldt voor alle onderwijsverstrekkers. Aangezien de bestreden bepalingen enkel bepaalde financieel-infrastructurele aspecten van de algemene context en voorwaarden voor het aanbieden van onderwijs in de Vlaamse Gemeenschap regelen, konden zij bij gewone meerderheid worden aangenomen.

A.4.2. Het Gemeenschapsonderwijs (GO!) behoudt ten volle de autonomie en adviesbevoegdheid wat de planning, selectie en financiering van de schoolbouwprojecten van het gemeenschapsonderwijs betreft. De Vlaamse Regering beslist enkel over de toekenning van de scholenbouwmiddelen die via de DBFM-financieringstechniek zullen worden gebruikt. Het Gemeenschapsonderwijs (GO!) kan bijgevolg autonoom de voorstellen van schoolbouwprojecten via de DBFM-financiering voor de eigen scholen prioriteren, beslissen en adviseren.

De inrichtende machten behouden de keuze om al dan niet een aanvraag voor een projectmatige DBFM-overeenkomst in te dienen, geheel conform hun eigen autonomie. Overeenkomstig de artikelen 11 en 12 van het bestreden decreet beslist de Vlaamse Regering op basis van een advies van AGION over de selectie en rangschikking van de aanvragen door het gesubsidieerd onderwijs en een advies van het Gemeenschapsonderwijs (GO!) over zijn eigen DBFM-schoolbouwprojecten. Het Gemeenschapsonderwijs (GO!) bepaalt dus zelf de bouwplanning en uitvoering der werken op basis van zijn bevoegdheden inzake scholenbouw. In tegenstelling tot wat de verzoekende partij beweert, is het advies van AGION niet noodzakelijk voor de DBFM-projecten van het Gemeenschapsonderwijs (GO!). De Vlaamse Regering merkt op dat het Gemeenschapsonderwijs (GO!) zelf reeds twee clusters heeft ingediend waarin negen individuele schoolbouwprojecten zijn gegroepeerd aan de hand van de vooropgestelde decretale criteria. Hieruit blijkt dat de verzoekende partij haar autonomie om infrastructuurwerken via DBFM-financiering voor te stellen, heeft behouden en heeft kunnen uitoefenen.

De uiteindelijke beslissing van de Vlaamse Regering bepaalt enkel of de voorgestelde schoolbouwprojecten in aanmerking komen voor financiering in het programma. Ingevolge de voorwaarden betreffende de ESR-neutraliteit (Europees systeem van nationale en regionale rekeningen) en de bewaking van het besteedbare budget in de Vlaamse overheidsbegroting dienen de projecten die de schoolbesturen indienen door de Vlaamse Regering goedgekeurd te worden en dienen typeopdrachtdocumenten te worden gehanteerd. Dit behoort tot het kader en de regels die de decreetgever als normsteller gerechtigd is op te stellen voor alle onderwijsnetten. Voorts gebeurt de verdeling van de totale budgettaire investeringsruimte op basis van de verdeelsleutel die voor de verdeling van de reguliere scholenbouwmiddelen wordt gehanteerd. De toetsing aan de selectiecriteria kan dus geen aanleiding geven tot de toepassing van een andere verdeling tussen de verschillende onderwijsnetten. Noch de minister, noch de Vlaamse Regering hebben de bevoegdheid om hun keuze voor uit te voeren projecten die beantwoorden aan de financieringsvoorwaarden van het bestreden decreet, in de plaats te stellen van het Gemeenschapsonderwijs (GO!), dat zijn bevoegdheden zoals vastgelegd in het bijzonder decreet van 14 juli 1998 behoudt. Binnen het algemene financieringskader kunnen de organen van het Gemeenschapsonderwijs (GO!), bepalen welke infrastructuurprojecten zij wensen uit te voeren.

Een dergelijk model van toekenning van middelen door een beslissing van de Vlaamse Regering is vrij gangbaar. Het komt onder meer voor bij nascholingsprojecten (artikel 12 van het decreet van 8 mei 2009 betreffende de kwaliteit van onderwijs), die eveneens een toegewezen bevoegdheid vormen van de Raad van het Gemeenschapsonderwijs blijkens artikel 35 van het bijzonder decreet van 14 juli 1998.

A.4.3. Het decretale kader voor de projectspecifieke DBFM-operatie beoogt de betrokkenheid van de inrichtende machten reeds bij de start mogelijk te maken. De inrichtende machten zijn zelf ten volle verantwoordelijk voor het voeren van de aanbestedingsprocedure die moet leiden tot het aanwijzen van een private partij die belast wordt met de uitvoering van een projectspecifiek DBFM-programma. Indien zij dit wensen, kunnen zij een beroep doen op ondersteuning door het projectbureau en AGION. Het Gemeenschapsonderwijs (GO!) is bovendien vertegenwoordigd in het projectbureau. Dat projectbureau neemt gezinszins de plaats in van de eigen administratieve diensten van het Gemeenschapsonderwijs (GO!), maar beoogt de expertise over infrastructuurprojecten te bundelen. De schoolbesturen kunnen kiezen om er al dan niet een beroep te doen of er rekening mee te houden bij de uiteindelijke beslissingen.

A.4.4. Geen van de bestreden bepalingen vormt dan ook een inbreuk op de toewijzing van opdrachten als inrichtende macht aan het Gemeenschapsonderwijs (GO!) die door de bijzonderemeerderheidsvereiste van artikel 24, § 2, van de Grondwet is gewaarborgd. Het middel is aldus ongegrond.

A.5. In ondergeschikte orde wijst de Vlaamse Regering erop dat het bestreden decreet is aangenomen met de vereiste tweederdemeerderheid. In de plenaire vergadering van het Vlaamse Parlement van 16 november 2016 werd het ontwerp van decreet aangenomen met 68 ja-stemmen en 24 onthoudingen. Zelfs al komt het niet tot uiting in het opschrift van het bestreden decreet, toch voldoet het bestreden decreet aan de bijzonderemeerderheidsvoorwaarde van artikel 24, § 2, van de Grondwet. Ook in de veronderstelling dat die grondwetsbepaling toepassing zou vinden op de bestreden bepalingen, is het middel ongegrond.

- B -

Ten aanzien van de bestreden bepalingen

B.1. De verzoekende partij vordert de vernietiging van de artikelen 5 tot 12 van het decreet van de Vlaamse Gemeenschap van 25 november 2016 betreffende de alternatieve financiering van schoolinfrastructuur via projectspecifieke DBFM-overeenkomsten (hierna : het decreet van 25 november 2016).

B.2.1. Het bestreden decreet vormt een vervolg op « Scholen van Morgen », een DBFM-programma van publiek-private samenwerking geregeld in het decreet van 7 juli 2006 betreffende de inhaalbeweging voor schoolinfrastructuur. Terwijl het DBFM-programma « Scholen van Morgen » een globaal programma betreft, waarbij één uitvoerder werd aangewezen door de overheid die verantwoordelijk is voor de realisatie van 182 scholenbouwprojecten, beoogt het bestreden decreet een kader te creëren voor het opzetten van kleinere, vereenvoudigde en meer projectspecifieke DBFM-operaties (*Parl. St.*, Vlaams Parlement, 2016-2017, nr. 893/1, p. 3), waarbij ondersteuning wordt verleend door het Agentschap voor Infrastructuur in het Onderwijs (hierna : AGION).

B.2.2. Die alternatieve vorm van financiering van schoolinfrastructuur via DBFM-overeenkomsten houdt in dat een private vennootschap instaat voor het ontwerp (*Design*), de bouw (*Build*), financiering (*Finance*) en het dertigjarig eigenaarsonderhoud (*Maintain*) van de schoolinfrastructuur. De projectvennootschap stelt de schoolinfrastructuur ter beschikking voor een periode van dertig jaar. Gedurende die periode betaalt de betrokken inrichtende macht aan de projectvennootschap een beschikbaarheidsvergoeding. Na de periode van dertig jaar wordt de schoolinfrastructuur kosteloos overgedragen aan de betrokken inrichtende macht.

B.3. De artikelen 5 tot 12 van het decreet van 25 november 2016 bepalen :

« HOOFDSTUK 1. - *Algemene bepalingen*

[...]

Art. 5. AGION kan, daarin ondersteund door School Invest NV, en het projectbureau, vermeld in artikel 7, conform de wetgeving inzake de overheidsopdrachten, per projectcluster of bij gebreke daarvan per scholenbouwproject een lijst van geselecteerde kandidaten opstellen die beantwoorden aan de gestelde kwalitatieve selectiecriteria.

De inrichtende machten nodigen in voorkomend geval alle kandidaten van de lijst, vermeld in het eerste lid, uit om een offerte in te dienen.

Art. 6. AGION ondersteunt de betrokken inrichtende machten voorafgaand aan, tijdens en na het sluiten van een DBFM-overeenkomst.

AGION stelt, daarin ondersteund door School Invest NV, typeopdrachtdocumenten op, waaronder een model van DBFM-overeenkomst dat minstens voorziet in de volgende elementen :

1° een berekeningsmethode om de beschikbaarheidsgraad van de schoolinfrastructuur vast te stellen;

2° het principe dat de beschikbaarheidsvergoeding slechts verschuldigd is in functie van de graad van beschikbaarheid van de schoolinfrastructuur;

3° het principe dat op de einddatum van de DBFM-overeenkomst de schoolinfrastructuur aan welomschreven overdrachtseisen moet voldoen;

4° de remediërende en sanctionerende maatregelen in het geval van niet naleving van de voorwaarden van de DBFM-overeenkomst;

5° de verdeling van de risico's tussen de contracterende partijen.

De typeopdrachtdocumenten die opgemaakt worden door AGION dienen gevolgd te worden door de inrichtende machten. De finale opdrachtdocumenten dienen voorafgaandelijk goedgekeurd te worden door AGION.

Art. 7. De Vlaamse Regering richt een projectbureau op dat is samengesteld uit vertegenwoordigers van de onderwijsnetten van het gesubsidieerd onderwijs en het Gemeenschapsonderwijs en deskundigen, aangewezen voor hun expertise in schoolinfrastructuur of publiek-private samenwerking.

De Vlaamse Regering bepaalt de nadere regels voor de samenstelling en de werking van het projectbureau.

Art. 8. Het projectbureau ondersteunt AGION bij :

- 1° de voorbereiding van de ingediende aanvragen, vermeld in artikel 9;
- 2° de opstelling van de lijst van geselecteerde kandidaten, vermeld in artikel 5, eerste lid;
- 3° de beoordeling van de offertes die de geselecteerde kandidaten hebben ingediend.

Art. 9. De inrichtende macht dient, op basis van een oproep door de Vlaamse minister, bevoegd voor het onderwijs, een aanvraag in om in aanmerking te komen voor het projectspecifiek DBFM-programma. In geval van een projectcluster waarbij verschillende inrichtende machten betrokken zijn, worden de aanvragen gegroepeerd ingediend.

De Vlaamse Regering kan de nadere regels bepalen van de indiening, de vorm en inhoud van de aanvragen.

HOOFDSTUK 2. - *Selectie en rangschikking*

Art. 10. De aanvragen worden op basis van de volgende selectiecriteria beoordeeld :

- 1° de dwingende nood aan investering;
- 2° de minimale schaalgrootte van de scholenbouwprojecten en de homogeniteit van de projectcluster;
- 3° de planmatige aanpak;
- 4° de financiële haalbaarheid;
- 5° de duurzaamheid inclusief de energie-efficiëntie;
- 6° de multifunctionaliteit;

7° de mate waarin specifieke interne of externe factoren de vergunbaarheid of de realisatie van het scholenbouwproject of de projectcluster kunnen beïnvloeden of bemoeilijken, inclusief de mate waarin voorbereidende werken noodzakelijk zijn;

8° de chronologie van de aanvragen op de reguliere wachtlijsten;

9° de mogelijk te behalen meerwaarde in een DBFM-benadering.

Art. 11. Op basis van de selectiecriteria, zoals bedoeld in artikel 10, geeft AGION in een schriftelijk verslag zijn advies over de selectie en rangschikking van de aanvragen van het gesubsidieerd onderwijs. Het bezorgt dat verslag aan de Vlaamse minister, bevoegd voor het onderwijs. Het GO! bezorgt zijn advies met betrekking tot haar projecten, zoals afgetoetst aan de selectiecriteria, rechtstreeks aan de Vlaamse minister bevoegd voor het onderwijs. De verdeling van de totale budgettaire investeringsruimte tussen de onderwijsnetten met het oog op de realisatie van de projectspecifieke DBFM-overeenkomsten gebeurt op basis van de toepassing van Onderwijsdecreet II.

Art. 12. De Vlaamse Regering beslist, op grond van het advies van AGION en op basis van het advies van het GO!, op voorstel van de Vlaamse minister bevoegd voor het onderwijs, over de selectie en rangschikking van de scholenbouwprojecten ».

Ten aanzien van de ontvankelijkheid van het beroep tot vernietiging

B.4.1. De Vlaamse Regering voert aan dat het beroep tot vernietiging onontvankelijk zou kunnen zijn omdat het niet duidelijk is of de beslissing tot het instellen van het beroep op rechtsgeldige wijze door het daartoe bevoegde orgaan van het Gemeenschapsonderwijs (GO!) is genomen.

B.4.2. Artikel 7, derde lid, van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof voorziet erin dat het bewijs van de beslissing van het bevoegde orgaan van de rechtspersoon om in rechte te treden « op het eerste verzoek » moet worden voorgelegd. Die formulering laat het Hof toe om af te zien van een dergelijk verzoek, met name wanneer de rechtspersoon door een advocaat wordt vertegenwoordigd.

Die interpretatie belet niet dat een partij gerechtigd is op te werpen dat de beslissing om in rechte op te treden niet is genomen door de bevoegde organen van de rechtspersoon, maar zij moet haar opwerping aannemelijk maken, wat kan met alle middelen van recht. Zulks is te dezen niet het geval.

B.4.3. De exceptie wordt verworpen.

Ten gronde

B.5. De verzoekende partij voert in een enig middel aan dat de bestreden bepalingen in strijd zijn met artikel 24, § 2, van de Grondwet, dat bepaalt :

« Zo een gemeenschap als inrichtende macht bevoegdheden wil opdragen aan een of meer autonome organen, kan dit slechts bij decreet, aangenomen met een meerderheid van twee derden van de uitgebrachte stemmen ».

B.6.1. De parlementaire voorbereiding vermeldt omtrent artikel 24, § 2, van de Grondwet :

« De voorgestelde tekst voorziet uitdrukkelijk dat een Gemeenschap - na de wijziging van artikel 59bis, § 2, eerste lid, 2, van de Grondwet - bevoegdheden als inrichtende macht van het huidig rijksonderwijs kan overdragen aan een of meerdere autonome organen. Zowel voor de goedkeuring als voor de wijziging van dit decreet is een tweederde meerderheid nodig.

De Vlamingen denken aan een overdracht aan een Autonome Raad voor het Rijksonderwijs en lokale scholenraden, die democratisch samengesteld worden uit mensen die gehecht zijn aan dit onderwijs en waarin de ideologische en filosofische verscheidenheid binnen de Vlaamse Gemeenschap tot uiting komt.

De Franstaligen zijn wel voorstander van een ruime decentralisatie maar willen de prerogatieven van de Minister als inrichtende macht van het rijksonderwijs behouden » (*Parl. St.*, Senaat, B.Z. 1988, nr. 100-1/1°, p. 3).

Bij de bespreking van die bepaling in de bevoegde Senaatscommissie werd het volgende hieraan toegevoegd :

« De Staatssecretaris voor Onderwijs verklaart dat wat de autonomie betreft, bedoeld in artikel 17, § 2, gesteld kan worden dat het autonoom orgaan alle bevoegdheden krijgt, vereist voor het uitoefenen van de inrichtende bevoegdheid zoals de overige inrichtende machten en zo de executieven vervangt voor de inrichting van het Rijksonderwijs.

Deze bevoegdheidsafstand bij decreet aan een autonoom orgaan, dient in een gedecentraliseerde publiekrechtelijke vorm tot stand te komen. Deze kan aldus alle onderwijs omvatten bedoeld in artikel 59bis, § 2, 2°, zoals voorgesteld.

Dit orgaan moet door de Gemeenschappen in staat gesteld worden de waarborgen van artikel 17 te verzekeren.

Bij de oprichting van het orgaan zal ook het administratief en financieel bestuur en het toezicht hierop geregeld worden door de Gemeenschapsraden » (*Parl. St.*, Senaat, B.Z. 1988, nr. 100-1/2°, p. 82).

Uit de parlementaire voorbereiding blijkt nog dat de in artikel 24, § 2, van de Grondwet bepaalde bijzonderemeerderheidsvereiste beoogt « een goede barrière » te vormen « om onophoudelijke wijzigingen bij elke verandering van politieke meerderheid tegen te houden » (*Parl. St.*, Kamer, B.Z. 1988, nr. 10/17-455/4, p. 40) en zodoende « een grotere stabiliteit te waarborgen » (*ibid.*, p. 58).

B.6.2. Aldus voorziet de Grondwet in de mogelijkheid voor de gemeenschappen om als inrichtende macht van het gemeenschapsonderwijs bevoegdheden op te dragen aan organen die ter zake beschikken over een autonomie. Tijdens de parlementaire voorbereiding sprak de vice-eerste minister en minister van Verkeerswezen en Institutionele Hervormingen over een mogelijkheid tot het verlenen van een « ruime autonomie » (*Parl. St.*, Senaat, B.Z. 1988, nr. 100-1/2°, p. 4).

B.7.1. Uit de in B.6.1 aangehaalde parlementaire voorbereiding blijkt dat de Grondwetgever met de « bevoegdheden als inrichtende macht » in essentie die bevoegdheden voor ogen heeft gehad waarover ook de andere inrichtende machten van onderwijs beschikken.

B.7.2. Uit de parlementaire voorbereiding van het bijzonder decreet van 19 december 1988 betreffende de Autonome Raad voor het Gemeenschapsonderwijs blijkt dat de bevoegdheden die werden opgedragen aan de Autonome Raad ruim dienen te worden opgevat met het oog op een structurele en blijvende depolitisering van het gemeenschapsonderwijs.

De memorie van toelichting bij dat decreet vermeldt :

« De rechtsgrond voor het toekennen van een autonoom bestuur aan het onderwijs van de Vlaamse Gemeenschap, is vervat in artikel 17, § 2 van de Grondwet [...]. Eén en ander is het gevolg van de kritiek door velen geformuleerd op het Rijksonderwijs ingevolge bestaande beleidsnormen en -situaties. Deze kritieken sloegen in hoofdzaak op de politisering van het onderwijsbeleid alsmede het gebrek aan continuïteit in het beheer van het net. Het

Rijksonderwijs is teveel afhankelijk van de politieke wisselvalligheden. Zo wordt de dubbele bevoegdheid van de Minister die gelijktijdig inrichtende macht is van één net, het Rijksonderwijs, en tevens verantwoordelijk voor het beleid in alle netten en alle scholen, hinderlijk geacht » (*Parl. St.*, Vlaamse Raad, 1988-1989, nr. 161/1, pp. 1-2).

« Door het decreet wordt de bevoegdheid over het Gemeenschapsonderwijs aan de ARGO overgedragen. Deze werkt dan in de plaats van de Gemeenschap en organiseert onderwijs met een neutraal karakter.

De ARGO treedt op als inrichtende macht. Hij bekomt de bevoegdheden die toekomen aan elk van de inrichtende machten van onderwijs » (*Parl. St.*, Vlaamse Raad, 1988-1989, nr. 161/1, p. 3).

B.8.1. Het bijzonder decreet van 14 juli 1998 betreffende het gemeenschapsonderwijs heeft het bijzonder decreet van 19 december 1988 betreffende de Autonome Raad voor het Gemeenschapsonderwijs vervangen. Artikel 4, § 1, van het bijzonder decreet van 14 juli 1998 bepaalt dat, met uitsluiting van ieder ander orgaan, de scholengroepen en de Raad van het Gemeenschapsonderwijs de inrichtende macht zijn van het gemeenschapsonderwijs, binnen de bevoegdheden die door en krachtens dat bijzonder decreet worden toegekend.

In haar advies bij het ontwerp dat tot het bijzonder decreet van 14 juli 1998 heeft geleid, merkte de afdeling wetgeving van de Raad van State op :

« Het voorstel strekt, zoals het ARGO-decreet, tot de oprichting van een openbare instelling die, in de plaats van de Vlaamse gemeenschap, de inrichtende macht wordt van het gemeenschapsonderwijs. Zoals reeds in het advies van de Raad van State bij het ARGO-decreet werd opgemerkt, ontstaat daardoor een duidelijke splitsing tussen, enerzijds, de uitoefening van de normeringsfunctie die, binnen de grenzen bepaald in de Grondwet, zaak is van het Vlaams Parlement en, bij delegatie, de Vlaamse Regering en, anderzijds, de uitoefening van de inrichtende macht van het gemeenschapsonderwijs, die bij uitsluiting de zaak wordt van de voortaan ‘ het Gemeenschapsonderwijs ’ genoemde openbare instelling » (*Parl. St.*, Vlaams Parlement, 1997-1998, nr. 1095/3, p. 8).

B.8.2. Het bijzonder decreet van 14 juli 1998 kent verscheidene bevoegdheden inzake schoolinfrastructuur toe aan de verschillende bestuursniveaus van het Gemeenschapsonderwijs (GO!). De schoolraad geeft advies aan de raad van bestuur en aan de algemeen directeur van de school inzake de schoolinfrastructuur (artikel 11, § 1, 2°, c). De raad van bestuur van de scholengroep is bevoegd inzake het materieel en financieel beleid voor het formuleren van voorstellen voor nieuwbouw of verbouwingen (artikel 23, § 1, 4°, f). De algemeen directeur van de scholengroep is bevoegd voor het formuleren van voorstellen

aan de Raad van het Gemeenschapsonderwijs inzake grote infrastructuurwerken en de uitvoering van die werken in samenwerking met de Raad van het Gemeenschapsonderwijs (artikel 30, § 1, 8°). Inzake het materieel en financieel beleid is de afgevaardigd-bestuurder van het Gemeenschapsonderwijs bevoegd voor het formuleren van voorstellen voor de algemene bouwplanning en de grote infrastructuurwerken, op voorstel van de scholengroepen (artikel 44, § 1, 4°). De Raad van het Gemeenschapsonderwijs is bevoegd voor het vastleggen van de algemene bouwplanning en de planning van grote infrastructuurwerken op basis van voorstellen van de scholengroepen en op voorstel van de afgevaardigd-bestuurder van het Gemeenschapsonderwijs en voor de uitvoering van die werken, in samenwerking met de betrokken scholengroep (artikel 36, 3° en 4°).

B.9. Er dient te worden nagegaan of de bestreden bepalingen voorzien in de overdracht van bevoegdheden door de Vlaamse Gemeenschap als inrichtende macht aan een autonoom orgaan in de zin van artikel 24, § 2, van de Grondwet.

B.10.1. De alternatieve financiering van schoolinfrastructuur via projectspecifieke DBFM-overeenkomsten, zoals daarin is voorzien in het bestreden decreet, vormt een aanvulling op de reguliere financiering en subsidiëring (zie *Parl. St.*, Vlaams Parlement, 2016-2017, nr. 893/3, pp. 4-5).

In het kader van het projectspecifieke DBFM-programma kan een inrichtende macht voor één of meer onroerende goederen waarvan ze eigenaar is of waarop ze een zakelijk recht bezit dat haar het genot verzekert tot de einddatum van de overeenkomst, een DBFM-overeenkomst sluiten met een projectvennootschap en van het Agentschap voor Infrastructuur in het Onderwijs (AGION) of van de Vlaamse Regering een DBFM-toelage verkrijgen (artikel 4, eerste lid). Ook kan er worden gekozen voor een projectcluster waarbij verschillende inrichtende machten betrokken zijn. In dat geval wordt er gebruik gemaakt van een samengevoegde opdracht en sluit elk van de betrokken inrichtende machten een DBFM-overeenkomst en kan elk van hen een DBFM-toelage verkrijgen (artikel 4, tweede lid).

Het komt aldus aan de inrichtende macht van het gemeenschapsonderwijs toe om al dan niet projectspecifieke DBFM-overeenkomsten aan te gaan.

B.10.2. De inrichtende macht dient, op basis van een oproep door de Vlaamse minister, bevoegd voor het onderwijs, een aanvraag in om in aanmerking te komen voor het projectspecifieke DBFM-programma. In geval van een projectcluster waarbij verschillende inrichtende machten betrokken zijn, worden de aanvragen gegroepeerd ingediend (artikel 9, eerste lid).

B.10.3. AGION ondersteunt de betrokken inrichtende machten voorafgaand aan, tijdens en na het sluiten van een DBFM-overeenkomst (artikel 6, eerste lid). AGION stelt, daarin ondersteund door de nv « School Invest », typeopdrachtdocumenten op, waaronder een model van DBFM-overeenkomst dat minstens voorziet in de volgende elementen : (1) een berekeningsmethode om de beschikbaarheidsgraad van de schoolinfrastructuur vast te stellen; (2) het principe dat de beschikbaarheidsvergoeding slechts verschuldigd is naar gelang van de graad van beschikbaarheid van de schoolinfrastructuur; (3) het principe dat op de einddatum van de DBFM-overeenkomst de schoolinfrastructuur aan welomschreven overdrachtseisen moet voldoen; (4) de remediërende en sanctionerende maatregelen in het geval van niet-naleving van de voorwaarden van de DBFM-overeenkomst; (5) de verdeling van de risico's tussen de contracterende partijen (artikel 6, tweede lid). De typeopdrachtdocumenten die opgemaakt worden door AGION dienen te worden gevolgd door de inrichtende machten. De finale opdrachtdocumenten dienen voorafgaandelijk goedgekeurd te worden door AGION (artikel 6, derde lid).

B.10.4. Voorts kan AGION, conform de wetgeving inzake de overheidsopdrachten, per projectcluster of bij gebreke daarvan per scholenbouwproject een lijst van geselecteerde kandidaten opstellen die beantwoorden aan de gestelde kwalitatieve selectiecriteria. AGION wordt daarin ondersteund door de nv « School Invest » en door het projectbureau, dat is samengesteld uit vertegenwoordigers van de onderwijsnetten van het gesubsidieerd onderwijs en het Gemeenschapsonderwijs (GO!) en deskundigen (artikelen 5, eerste lid, 7 en 8). De inrichtende machten nodigen in voorkomend geval alle kandidaten van de lijst uit om een offerte in te dienen (artikel 5, tweede lid). Op basis daarvan zal « de inrichtende macht uiteindelijk, met de ondersteuning van AGION en een projectbureau, na beraadslaging [...] overgaan tot de uiteindelijke gunning van de opdracht » (*Parl. St.*, Vlaams Parlement, 2016-2017, nr. 893/1, p. 13).

Het komt aan de inrichtende machten toe om al dan niet een beroep te doen op AGION voor het opstellen van een dergelijke lijst. In de parlementaire voorbereiding wordt dan ook gewezen op het gegeven « dat sommige inrichtende machten of projectclusters eventueel geen nood zouden kunnen hebben aan de facilitering door AGION via het opstellen van een lijst van geselecteerde kandidaten » (*Parl. St.*, Vlaams Parlement, 2016-2017, nr. 893/1, p. 13).

B.10.5. Over de selectie en rangschikking van de aanvragen van het gesubsidieerd onderwijs geeft AGION in een schriftelijk verslag zijn advies op basis van de selectiecriteria, zoals bedoeld in artikel 10. Het Gemeenschapsonderwijs (GO!) bezorgt zijn advies met betrekking tot zijn projecten, zoals afgetoetst aan de selectiecriteria, daarentegen rechtstreeks aan de Vlaamse minister bevoegd voor het onderwijs (artikel 11). Uit de parlementaire voorbereiding blijkt dat in een dergelijke procedure voorzien is « om reden van het respecteren van de positie en rol van het GO! » (*Parl. St.*, Vlaams Parlement, 2016-2017, nr. 893/1, p. 16).

B.10.6. De Vlaamse Regering beslist, op grond van het advies van AGION en op basis van het advies van het Gemeenschapsonderwijs (GO!) alsmede op voorstel van de Vlaamse minister bevoegd voor het onderwijs, over de selectie en rangschikking van de scholenbouwprojecten (artikel 12). De verdeling van de totale budgettaire investeringsruimte tussen de onderwijsnetten met het oog op de realisatie van de projectspecifieke DBFM-overeenkomsten gebeurt op basis van de toepassing van het decreet van 31 juli 1990 betreffende het onderwijs-II.

B.11. Zoals in B.8.1 is vermeld, moet inzake de uitoefening van de decreetgevende bevoegdheid door de Vlaamse Gemeenschap, een onderscheid worden gemaakt naargelang zij, enerzijds, als inrichtende macht van het gemeenschapsonderwijs bevoegdheden opdraagt aan één of meer autonome organen en, anderzijds, als normgever de aangelegenheid van het onderwijs in zijn algemeenheid regelt, binnen de grenzen bepaald door de Grondwet. Enkel in het eerste geval dient de door artikel 24, § 2, van de Grondwet vereiste bijzondere meerderheid in acht te worden genomen.

B.12.1. De bestreden bepalingen regelen de financiering door de Vlaamse overheid van schoolinfrastructuurprojecten binnen een publiek-private context, en dit zowel voor het gesubsidieerd onderwijs als voor het gemeenschapsonderwijs.

B.12.2. Uit de uiteenzetting van het middel blijkt dat de kritiek van de verzoekende partij betrekking heeft op de rol die door de bestreden bepalingen wordt toebedeeld aan AGION en aan de Vlaamse Regering.

B.12.3. Zoals is vermeld in B.10, behouden de inrichtende machten van de verschillende onderwijsnetten de vrijheid om al dan niet een aanvraag voor een projectmatige DBFM-overeenkomst in te dienen. Zij zijn ook verantwoordelijk voor het voeren van de aanbestedingsprocedure die leidt tot de aanduiding van de private partij die belast wordt met de uitvoering van het project. Enkel indien de organen van het Gemeenschapsonderwijs (GO!) dat wensen, kunnen zij een beroep doen op de ondersteuning door AGION voor het opstellen van een lijst van geselecteerde kandidaten, maar zij zijn daartoe niet verplicht (artikel 5).

Voorts geeft AGION enkel advies over de selectie en rangschikking van de aanvragen van het gesubsidieerd onderwijs. Het Gemeenschapsonderwijs (GO!) brengt daarentegen autonoom en rechtstreeks advies uit aan de Vlaamse minister bevoegd voor onderwijs met betrekking tot zijn scholenbouwprojecten (artikel 11).

AGION treedt derhalve niet op in de plaats van de inrichtende macht, die haar autonomie in de keuze van de scholenbouwprojecten behoudt.

B.12.4. De Vlaamse Regering beslist over de selectie en de rangschikking van de scholenbouwprojecten (artikel 12). Die bevoegdheid hangt samen met de specifieke kenmerken van de publiek-private samenwerking en de gevolgen ervan voor de overheidsbegroting. Uit de totstandkoming van het decreet van 25 november 2016 blijkt dat de decreetgever beoogt de neutraliteit van de projecten binnen het Europees systeem van nationale en regionale rekeningen te bewaren (ESR-neutraliteit), zodat de investeringen geen of een zeer beperkte impact hebben op het begrotingsresultaat en de overheidsschuld van de Vlaamse Gemeenschap. Ook het verplichte gebruik van de typeopdrachtdocumenten, die opgemaakt worden door AGION, en het gegeven dat de finale opdrachtdocumenten voorafgaandelijk door AGION moeten worden goedgekeurd, passen in die context (artikel 6).

De beslissing van de Vlaamse Regering is ook noodzakelijk om de grens te bewaken waarin jaarlijks in de begroting is voorzien en ten belope waarvan verbintenissen kunnen worden aangegaan. Zoals in B.10 is vermeld, werkt het systeem van de DBFM-overeenkomsten met een oproep aan de inrichtende machten om aanvragen in te dienen, zodat niet is uitgesloten dat het aantal aanvragen het beschikbare budget overschrijdt en een selectie noodzakelijk is.

Ten slotte bepaalt artikel 11 van het decreet van 25 november 2016 dat de verdeling van de totale budgettaire investeringsruimte gebeurt op basis van de toepassing van het decreet van 31 juli 1990 betreffende het onderwijs-II. Aldus wordt het in dat decreet vastgelegde aandeel van de verschillende onderwijsnetten in de overheidsmiddelen verzekerd en niet gewijzigd door de bestreden bepalingen.

B.13.1. Uit het bovenstaande blijkt dat de decreetgever geen bevoegdheden van de Gemeenschap, als inrichtende macht, opdraagt aan één of meer autonome organen en evenmin afbreuk doet aan de bevoegdheden van de inrichtende macht van het Gemeenschapsonderwijs (GO!) inzake schoolinfrastructuur, zodat de bestreden bepalingen niet dienden te worden aangenomen met de in artikel 24, § 2, van de Grondwet vereiste bijzondere meerderheid.

B.13.2. Vermits zij de financiering van de schoolinfrastructuur regelen voor de verschillende onderwijsnetten, behoren de bestreden bepalingen tot de algemene normatieve bevoegdheid van de gemeenschappen inzake onderwijs.

Het enkele feit dat de bestreden bepalingen ook moeten worden nageleefd door de autonome organen van het Gemeenschapsonderwijs (GO!) brengt de geregelde aangelegenheid niet binnen het toepassingsgebied van artikel 24, § 2, van de Grondwet. Die organen moeten immers, zoals elke inrichtende macht, handelen binnen het algemeen normatief kader inzake de financiering van de schoolinfrastructuur dat de decreetgever bij gewone meerderheid kan aannemen.

B.14. Het enige middel is niet gegrond.

Om die redenen,

het Hof

verwerpt het beroep.

Aldus gewezen in het Nederlands, het Frans en het Duits, overeenkomstig artikel 65 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof, op 19 juli 2018.

De griffier,

De voorzitter,

P.-Y. Dutilleux

A. Alen