



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 72.476/1
van 31 januari 2023

over

een voorontwerp van decreet ‘over de Vlaamse toetsen in het
onderwijs’

Op 4 november 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 voorontwerp van decreet ‘over de Vlaamse toetsen in het onderwijs’.

Het voorontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 19 januari 2023. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Chantal BAMPs en Wouter PAS, 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 31 januari 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,¹ alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING VAN HET VOORONTWERP VAN DECREET

2. Het om advies voorgelegde voorontwerp van decreet beoogt in het basis- en secundair onderwijs een aantal centrale toetsen in te voeren die tot doel hebben de kwaliteit van het onderwijs te monitoren en te versterken en die in het voorontwerp als “Vlaamse toetsen” worden omschreven.²

Daartoe wordt, enerzijds, een afdeling *2ter* ingevoegd in hoofdstuk V van het decreet basisonderwijs van 25 februari 1997, dat de artikelen *44quater* tot *44septies* omvat (artikelen 4 tot 7 van het voorontwerp) en wordt, anderzijds, een hoofdstuk 3/1 ingevoegd in deel III, titel 2, van de Codex Secundair Onderwijs van 17 december 2010, dat de artikelen 115/8 tot 115/11 omvat (artikelen 10 tot 13 van het voorontwerp). Tevens worden een aantal andere bepalingen in beide decretale teksten aangepast om de ontworpen wijzigingen met betrekking tot de Vlaamse toetsen verder te implementeren (artikelen 2, 3, 8 en 9 van het voorontwerp).

Daarnaast wordt artikel 38, § 4, van het decreet van 8 mei 2009 ‘betreffende de kwaliteit van het onderwijs’ gewijzigd om de onderwijsinspectie toe te laten om, bij het bepalen van de frequentie en de intensiteit van de doorlichting van een onderwijsinstelling, rekening te houden met de resultaten van de Vlaamse toetsen (artikelen 14 en 15 van het voorontwerp).

Het is de bedoeling om de ontworpen regeling op 1 april 2023 in werking te laten treden (artikel 16 van het voorontwerp).³

3. Aan de Vlaamse toetsen ligt de bedoeling ten grondslag van het versterken en monitoren van de onderwijskwaliteit door het bereiken van de eindtermen en het meten van de leerwinst op het niveau van de leerling, het niveau van de leerlingengroep en van de school, en op het Vlaamse niveau (ontworpen artikel *44quater*, § 2, eerste lid, van het decreet basisonderwijs, artikel 4 van het voorontwerp; ontworpen artikel 115/8, § 2, eerste lid, van de Codex Secundair onderwijs, artikel 10 van het voorontwerp).

¹ Aangezien het gaat om een voorontwerp van decreet wordt onder “rechtsgrond” de overeenstemming met de hogere rechtsnormen verstaan.

² Zie de ontworpen artikelen 3, *56°bis*, van het decreet basisonderwijs van 25 februari 1997 (artikel 2, 4°, van het voorontwerp, en 3, *46°/1*, van de Codex Secundair Onderwijs van 17 december 2010 (artikel 8, 4°, van het voorontwerp).

³ Volgens de gemachtigde zullen de Vlaamse toetsen voor het eerst afgenomen worden in het schooljaar 2023-24, maar moet de inwerkingtreding op 1 april 2023 toelaten om de nodige stappen te zetten om de toetsen te ontwikkelen.

De Vlaamse toetsen worden ontwikkeld door een universitair steunpunt dat daartoe door de Vlaamse Regering zal worden erkend en gesubsidieerd. De onderwijsverstrekkers worden hierbij betrokken en kunnen de Vlaamse toetsen aanvullen met eigen items in functie van het eigen kwaliteitszorgsysteem. De toetsen omvatten in het basisonderwijs een selectie van eindtermen in welbepaalde leergebieden (wiskunde en Nederlands) of – in het secundair onderwijs – een selectie van eindtermen op basis van bepaalde sleutelcompetenties. De Vlaamse toetsen houden ook rekening met de als gelijkwaardig verklaarde vervangende eindtermen. De toetsen worden ter beschikking van de scholen gesteld (ontworpen artikel 44*quater*, § 1, vierde en vijfde lid, van het decreet basisonderwijs, artikel 4 van het voorontwerp; ontworpen artikel 115/8, § 1, vijfde, zesde en zevende lid, van de Codex Secundair Onderwijs, artikel 10 van het voorontwerp).

De Vlaamse toetsen worden georganiseerd op vier vaste tijdstippen in de schoolloopbaan in het gewoon lager en gewoon secundair onderwijs alsook in opleidingsvorm 4 van het buitengewoon secundair onderwijs. Alle leerlingen in die onderwijsniveaus zijn verplicht om aan de testen deel te nemen, met uitzondering van leerlingen met een individueel aangepast curriculum en – in het basisonderwijs – de anderstalige nieuwkomers. De klassenraad kan onder bepaalde voorwaarden beslissen dat een leerling die is ingeschreven in het buitengewoon secundair onderwijs opleidingsvorm 4 van deelname aan de toetsen is vrijgesteld. De school kan evenwel beslissen om leerlingen die een individueel aangepast curriculum volgen en anderstalige nieuwkomers toch te laten deelnemen aan de Vlaamse toetsen. Ook scholen voor buitengewoon onderwijs kunnen ervoor opteren dat hun leerlingen, die bij decreet niet verplicht zijn deel te nemen aan de Vlaamse toetsen, toch te doen deelnemen aan de Vlaamse toetsen (ontworpen artikel 44*quater*, § 1, eerste tot derde lid, van het decreet basisonderwijs, artikel 4 van het voorontwerp; ontworpen artikel 115/8, § 1, eerste tot vierde lid, van de Codex Secundair Onderwijs, artikel 10 van het voorontwerp).

Op Vlaams niveau worden de resultaten van de Vlaamse toetsen gebruikt als bron van informatie over de onderwijskwaliteit en als element van kwaliteitszorg op systeemniveau, terwijl op schoolniveau de resultaten worden gebruikt als element van interne kwaliteitszorg en als element van de externe kwaliteitszorg door de pedagogische begeleidingsdienst en de onderwijsinspectie. Op het niveau van de leerlingengroep worden de resultaten van de Vlaamse toetsen gebruikt als één van de elementen voor reflectie over het pedagogisch-didactisch handelen in het schoolteam. Op leerlingenniveau maken de resultaten één van de elementen uit waarmee rekening kan worden gehouden bij de evaluatie. In het kader van de externe kwaliteitszorg op schoolniveau wordt uitdrukkelijk bepaald dat de onderwijsinspectie de resultaten enkel kan gebruiken als element bij de doorlichtingen, en dat op leerlingenniveau de resultaten slechts één van de mogelijke elementen zijn waarmee wordt rekening gehouden door de klassenraad bij de evaluatie en dat bovendien die resultaten niet als het enige criterium voor de evaluatie kunnen worden gebruikt (ontworpen artikel 44*quater*, § 2, tweede lid, van het decreet basisonderwijs, artikel 4 van het voorontwerp; ontworpen artikel 115/8, § 2, tweede lid, van de Codex Secundair Onderwijs, artikel 10 van het voorontwerp).

De leerlingen die recht hebben op redelijke aanpassingen of speciale onderwijsleermiddelen hebben ook recht om die waarborgen te gebruiken bij het afleggen van de Vlaamse toetsen (ontworpen artikel 44*quater*, § 3, van het decreet basisonderwijs, artikel 4 van het voorontwerp; ontworpen artikel 115/8, § 3, van de Codex Secundair Onderwijs, artikel 10 van het voorontwerp).

Aan de leerlingen en hun wettelijke vertegenwoordigers wordt het recht verleend op inzage in en kopie van het feedbackrapport met hun resultaten op de Vlaamse toetsen. De leerlingen of hun wettelijke vertegenwoordigers hebben het recht op inzage in de eigen toets, op een manier die de vertrouwelijkheid van de toetsvragen garandeert (ontworpen artikel 44*quinquies*, § 2, vierde lid, van het decreet basisonderwijs, artikel 5 van het voorontwerp; ontworpen artikel 115/9, § 2, vierde lid, van de Codex Secundair Onderwijs, artikel 11 van het voorontwerp).

Op schoolniveau worden de resultaten door het steunpunt of de bevoegde diensten van de Vlaamse overheid jaarlijks aan de onderwijsinspectie, aan de betrokken pedagogische begeleidingsdienst en aan de Raad van het Gemeenschapsonderwijs bezorgd. Er wordt uitdrukkelijk bepaald dat die resultaten geen aanleiding mogen geven tot een rangschikking van scholen. Daartoe wordt voorzien in een verbod om de gegevens op schoolniveau, in afwijking van de algemene openbaarheidsregels die zijn opgenomen in het bestuursdecreet van 7 december 2018, mee te delen aan derden, behalve aan derden die de school begeleiden. Dit verbod wordt gekoppeld aan een geheimhoudingsplicht waarop de bepaling van artikel 458 van het Strafwetboek inzake het beroepsgeheim van toepassing is. In hoofde van de school wordt openbaarmaking bovendien beschouwd als een inbreuk op het verbod op oneerlijke concurrentie (ontworpen artikel 44*sexies* van het decreet basisonderwijs, artikel 6 van het voorontwerp; ontworpen artikel 115/10 van de Codex Secundair Onderwijs, artikel 12 van het voorontwerp).

De Vlaamse Regering wordt opgedragen om een evaluatie van de ontworpen regeling uit te voeren die minstens betrekking moet hebben op de onderdelen vermeld in respectievelijk het ontworpen artikel 44*septies* van het decreet basisonderwijs (artikel 7 van het voorontwerp) en het ontworpen artikel 115/11 van de Codex Secundair Onderwijs (artikel 13 van het voorontwerp).

VORMVEREISTEN

4. De ontworpen artikelen 44*quinquies* van het decreet basisonderwijs en 115/9 van de Codex Secundair Onderwijs (respectievelijk artikelen 5 en 11 van het voorontwerp) hebben betrekking op de verwerking van persoonsgegevens van leerlingen die hebben deelgenomen aan de Vlaamse toetsen.

Artikel 36, lid 4, van verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 ‘betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG’ (AVG), gelezen in samenhang met artikel 57, lid 1, c), en overweging 96 van die verordening, 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.

De aan de afdeling Wetgeving meegedeelde documenten doen ervan blijken dat over het voorontwerp van decreet op 6 september 2022 advies nr. 2022/083 werd uitgebracht door de Vlaamse Toezichtcommissie voor de verwerking van persoonsgegevens. In dat verband dient er evenwel op gewezen te worden dat, gelet op hetgeen is uiteengezet in advies 66.033/1/AV van 3 juni 2019,⁴ een advies van de Vlaamse Toezichtcommissie op zich niet volstaat om aan het betrokken vormvoorschrift te voldoen en dat ook nog om een advies van de Gegevensbeschermingsautoriteit moet worden verzocht.⁵

Indien de aan de Raad van State voorgelegde tekst ten gevolge van het inwinnen van het voornoemde advies nog wijzigingen zou ondergaan,⁶ 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.

ALGEMENE OPMERKINGEN

5.1. De verplichte organisatie van Vlaamse toetsen door bepaalde schoolbesturen verplicht deze laatste om in hun evaluatie gebruik te maken van toetsen en raakt derhalve aan de actieve vrijheid van onderwijs. Dit betekent evenwel niet noodzakelijk dat zulks zonder meer een schending van de onderwijsvrijheid zou inhouden.

Volgens de vaste rechtspraak van het Grondwettelijk Hof, laatst in herinnering gebracht in het zogeheten onderwijsdoelenarrest van 16 juni 2022,⁷ kunnen de contouren van de vrijheid van onderwijs als volgt worden geschetst.

De door artikel 24, § 1, van de Grondwet gewaarborgde onderwijsvrijheid waarborgt het recht tot oprichting van scholen die al dan niet zijn geënt op een bepaalde confessionele of niet-confessionele levensbeschouwing. Zij impliceert voor privépersonen eveneens de mogelijkheid om – zonder voorafgaande toestemming en onder voorbehoud van de inachtneming van de fundamentele rechten en vrijheden – naar eigen inzicht onderwijs in te richten en te laten verstrekken, zowel naar de vorm als naar de inhoud, bijvoorbeeld door scholen

⁴ Adv.RvS 66.033/1/AV van 3 juni 2019 over een ontwerp dat heeft geleid tot het besluit van de Vlaamse Regering van 7 juni 2019 ‘tot wijziging van het besluit van de Vlaamse Regering van 10 december 2010 tot uitvoering van het decreet betreffende de private arbeidsbemiddeling, wat betreft de invoering van een registratieverplichting voor sportmakelaars’, opmerkingen 5.1 tot 5.4.

⁵ De gegevensbeschermingsautoriteit is belast met het toezicht op de naleving van de “algemene” regels inzake de verwerking van persoonsgegevens, met inbegrip van de algemene regels die de federale overheid ter uitvoering van de AVG heeft vastgesteld. Daaronder valt ook de bevoegdheid om, wat die regels betreft, advies te geven teneinde te voldoen aan de voormelde adviesverplichting.

⁶ 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.

⁷ GwH 16 juni 2022, nr. 82/2022, B.12.1-B.13.2.

op te richten die hun eigenheid vinden in bepaalde pedagogische of onderwijskundige opvattingen.

De hiervoor gedefinieerde onderwijsvrijheid impliceert, wil ze niet louter theoretisch zijn, dat de inrichtende machten die niet rechtstreeks afhangen van de gemeenschap onder bepaalde voorwaarden aanspraak kunnen maken op subsidiëring vanwege de gemeenschap. Het recht op subsidiëring wordt beperkt, enerzijds, door de mogelijkheid voor de gemeenschap om de subsidies te verbinden aan vereisten die te maken hebben met het algemeen belang, onder andere die van een kwaliteitsonderwijs, de inachtneming van normen in verband met de schoolbevolking en de gelijke toegang tot het onderwijs en, anderzijds, door de noodzaak om de beschikbare financiële middelen te verdelen onder de verschillende opdrachten van de gemeenschap. De vrijheid van onderwijs kent bijgevolg beperkingen en verhindert op zich niet dat de decreetgever voorwaarden van financiering en subsidiëring oplegt die de uitoefening van die vrijheid beperken.

De vrijheid van onderwijs moet worden geïnterpreteerd in die zin dat zij rekening houdt met het hogere belang van het kind en zijn grondrecht op onderwijs. Artikel 24, § 3, van de Grondwet waarborgt het recht van iedereen om onderwijs te krijgen “met eerbiediging van de fundamentele rechten en vrijheden”, terwijl artikel 24, § 4, van de Grondwet herinnert aan het beginsel van gelijkheid tussen alle leerlingen en studenten. Het recht op onderwijs van het kind kan de vrijheid van de onderwijsinstellingen op het vlak van het onderwijs dat zij wensen te verstrekken aan het aan de leerplicht onderworpen kind, beperken.

De vrijheid van onderwijs belet aldus in beginsel niet dat de bevoegde wetgever, teneinde de kwaliteit en de gelijkwaardigheid te verzekeren van het verplichte onderwijs of van het onderwijs dat met overheidsmiddelen wordt verstrekt, maatregelen neemt die op de onderwijsinstellingen in het algemeen van toepassing zijn, ongeacht de eigenheid van het door hen verstrekte onderwijs. De wenselijkheid en de keuze van die maatregelen zijn zaak van de bevoegde wetgever, te dezen de decreetgever die, met toepassing van artikel 24, § 5, van de Grondwet, de inrichting, erkenning en subsidiëring van het onderwijs te regelen heeft en daarvoor de beleidsverantwoordelijkheid draagt.

Het komt het Grondwettelijk Hof en bijgevolg ook de afdeling Wetgeving van de Raad van State, niet toe te oordelen of de bestreden bepalingen wenselijk zijn. Het komt deze instanties wel toe te oordelen of de verplichtingen die worden opgelegd met de aan hen voorgelegde bepalingen, de pedagogische vrijheid, die vervat is in de vrijheid van onderwijs, zoals gewaarborgd door artikel 24, § 1, van de Grondwet, al dan niet op een onevenredige wijze aantasten. De concrete beperkingen die door de genomen maatregelen aan de vrijheid van onderwijs worden gesteld, dienen adequaat en evenredig te zijn ten aanzien van de door de decreetgever nagestreefde doelstellingen.

5.2. In de huidige stand van de decreetgeving voorziet artikel 44^{ter} van het decreet basisonderwijs reeds in een systeem van een verplichte afname van gevalideerde toetsen op het einde van het gewoon lager onderwijs met het oog de bewaking van de interne kwaliteitszorg.

Vergeleken met de gevalideerde toetsen, waarvan de Vlaamse toetsen vanaf het schooljaar 2025-2026 in de plaats komen, houden de Vlaamse toetsen ruimere verplichtingen in voor de onderwijsinstellingen. Er worden immers niet enkel verplichtingen opgelegd aan onderwijsinstellingen van het basisonderwijs, maar ook aan instellingen in het secundair onderwijs. Het gaat ook niet meer louter om een toetsing in een welbepaald leerjaar, maar over twee toetsen in het lager onderwijs en twee toetsen in het secundair onderwijs. Voorts spelen de toetsen niet enkel een rol in de interne kwaliteitszorg op schoolniveau, maar ook in de externe kwaliteitszorg op schoolniveau en kunnen de resultaten ervan ook worden aangewend op Vlaams niveau, op niveau van de leerlingengroep en op leerlingenniveau, waarbij de klassenraad met de resultaten rekening kan houden bij de evaluatie. De inhoud van de toetsen wordt grotendeels centraal bepaald, net zoals de selectie van de getoetste “eindtermen” in de, naargelang het geval, bij decreet bepaalde leergebieden of sleutelcompetenties.

Op zichzelf genomen maakt de grotere impact die de regeling heeft op de vrijheid van onderwijs nog geen schending uit van de onderwijsvrijheid. Wel moet worden nagegaan of de regeling zoals ze *in concreto* voorligt de vrijheid van onderwijs al dan niet op een onevenredige wijze aantast. Daarbij dienen de concrete beperkingen die door de genomen maatregelen aan de vrijheid van onderwijs worden gesteld, adequaat en evenredig te zijn ten aanzien van de door de decreetgever nagestreefde doelstellingen.

5.3. Net zoals het geval was met de gevalideerde toetsen streeft de ontworpen regeling een wettige doelstelling na die bestaat uit het versterken en het monitoren van de onderwijskwaliteit en het meten van de leerwinst (ontworpen artikel 44^{quater}, § 2, eerste lid, van het decreet basisonderwijs, artikel 4 van het voorontwerp; ontworpen 115/8, § 2, eerste lid, van de Codex Secundair Onderwijs, artikel 10 van het voorontwerp). Op basis van hetgeen in de memorie van toelichting bij het voorontwerp wordt uiteengezet over de redenen die ten grondslag liggen aan de vooropgezette doelstelling en over de gegevens die zulks kunnen staven, komt het de afdeling Wetgeving voor dat de keuze voor centrale toetsen in de zin van het voorontwerp niet kennelijk onredelijk is en dat dergelijke toetsen een adequaat instrument kunnen uitmaken om de beoogde doelstelling te realiseren.

Een andere vraag is of de ontworpen maatregelen ook evenredig zijn in het licht van de ermee nagestreefde doelstelling en erdoor niet de essentie van de onderwijsvrijheid in het gedrang kan worden gebracht. Het is immers de bedoeling om de Vlaamse toetsen centraal te laten ontwikkelen door het bevoegde steunpunt, terwijl de thema's waarover de toetsen zullen worden afgenomen en de tijdstippen waarop dat dient te gebeuren in het voorontwerp van decreet worden bepaald. Bovendien worden sommige leerlingengroepen (en dus onderwijsinstellingen) verplicht om aan de Vlaamse toetsen deel te nemen. Er moet evenwel worden vastgesteld dat het ontworpen systeem van toetsen slechts betrekking heeft op een beperkt onderdeel van de opgelegde onderwijsdoelen of sleutelcompetenties en dat de klassenraden in beginsel over een ruime autonomie zullen blijven beschikken op het vlak van de evaluatie. De resultaten van de Vlaamse toetsen zullen bovendien geen rechtstreekse impact hebben op de erkenning en, in

voorkomend geval, de subsidiëring of financiering van de scholen.⁸ Op de resultaten rust ook nog een geheimhoudingsplicht zodat de onderwijsinstellingen niet door externen onder druk dreigen komen te staan om, tegen hun wil in, hun eigen onderwijskundige visie en aanpak te wijzigen.

Uit wat voorafgaat lijkt te kunnen worden afgeleid dat de ontworpen regeling niet onevenredig is in het licht van de ermee nagestreefde doelstelling.

Evenmin lijkt de vrijheid van onderwijs in het gedrang te kunnen komen doordat schoolbesturen als gevolg van het voorontwerp van decreet over onvoldoende ruimte zouden kunnen beschikken om de doelstellingen van het eigen pedagogisch project te realiseren. Zo zou, rekening houdend met wat het Grondwettelijk Hof in het reeds genoemde onderwijsdoelenarrest van 16 juni 2022 heeft overwogen,⁹ de overheid weliswaar geen evaluatiesysteem kunnen invoeren dat onvoldoende ruimte laat voor het realiseren van de doelstellingen van het pedagogisch project op het vlak van de evaluatie. Doordat de Vlaamse toetsen evenwel slechts op vier momenten in de onderwijs carrière moeten worden afgenomen, de leerinhouden waarvoor toetsen worden georganiseerd beperkt zijn, de klassenraad vrij is om al dan niet met het resultaat van de toetsen rekening te houden en zich er zelfs niet uitsluitend mag op baseren, en de resultaten van de toetsen slechts indirect via het gebruikelijke traject van doorlichting tot het eventuele verlies van een erkenning kunnen leiden, lijkt de ontworpen regeling het voor de onderwijsverstrekkers niet onmogelijk te maken om de doelstellingen van het eigen pedagogisch project te realiseren.

6.1. De ontworpen artikelen 44sexies, tweede en vierde lid, van het decreet basisonderwijs (artikel 6 van het voorontwerp), en 115/10, tweede en vierde lid, van de Codex Secundair Onderwijs (artikel 12 van het voorontwerp), houden voor de erin genoemde personen die zijn betrokken bij het afnemen van de Vlaamse toetsen het verbod in om de resultaten ervan mee te delen aan derden, welk verbod strafrechtelijk kan worden gesanctioneerd met toepassing van artikel 458 van het Strafwetboek. In de mate de desbetreffende personen onderworpen zijn aan de regeling inzake openbaarheid van bestuur die is vervat in de artikelen II.26 en volgende van het bestuursdecreet van 7 december 2018, komen de voornoemde bepalingen van het voorontwerp neer op een afwijking van de openbaarheidsregeling zoals die is vervat in het bestuursdecreet en op een beperking van het recht op openbaarheid van bestuur.

6.2. Door in artikel 32 van de Grondwet te bepalen dat elk bestuursdocument in de regel openbaar is, heeft de grondwetgever het recht op openbaarheid van de bestuursdocumenten ingeschreven als een grondrecht. Uitzonderingen op het beginsel van de openbaarheid van de bestuursdocumenten zijn slechts mogelijk onder de voorwaarden vastgesteld bij de wet, het

⁸ Zo bevestigde de gemachtigde dat de resultaten op de Vlaamse toetsen slechts een informatiebron zullen vormen en weliswaar zullen kunnen leiden tot een versnelde doorlichting, maar dat de resultaten op zichzelf nooit een reden kunnen zijn voor een negatieve doorlichting of een intrekking van de erkenning.

⁹ GwH 16 juni 2022, nr. 82/2022, B.21.9.

decreet of de ordonnantie. Dergelijke uitzonderingen moeten kunnen worden verantwoord en beperkend worden geïnterpreteerd.¹⁰

Door het mogelijk te maken dat een wetgever kan bepalen in welke gevallen en onder welke voorwaarden kan worden afgeweken van het beginsel van de administratieve transparantie heeft de grondwetgever niet uitgesloten dat de toegang tot bepaalde documenten aan voorwaarden wordt gekoppeld of wordt beperkt, voor zover die beperkingen redelijk verantwoord zijn en geen onevenredige gevolgen met zich meebrengen.¹¹ In dat opzicht dient te worden onderstreept dat de administratieve transparantie bijdraagt tot het daadwerkelijke karakter van de uitoefening van het recht van beroep van de bestuurden voor de Raad van State of voor de justitiële gerechten.¹²

Wanneer de grondwetgever artikel 32 van de Grondwet heeft aangenomen, is onderstreept geworden dat de uitzonderingen op dat recht in beginsel per geval een onderzoek van de verschillende aanwezige belangen vereisen: “telkens [moet] *in concreto* het belang van de openbaarmaking (...) worden afgewogen tegen het belang beschermd door een uitzonderingsgrond”.¹³⁻¹⁴

Aldus heeft de grondwetgever niet uitgesloten dat de toegang tot bepaalde documenten afhankelijk zou worden gemaakt van het bewijs van een bijzonder belang,¹⁵ voor zover de wetgever of de decreetgever die voorwaarde niet als een algemene en absolute uitzondering invoert.¹⁶ Een absolute uitsluiting van alle stukken die een bepaalde overheid ontvangt of produceert in het kader van haar activiteiten ter uitvoering van een bepaalde wettelijke opdracht staat op gespannen voet met artikel 32 van de Grondwet, dat van de openbaarheid van bestuursdocumenten de regel heeft gemaakt en vereist dat uitzonderingen daarop strikt worden geïnterpreteerd en geval per geval worden gerechtvaardigd zodat het beginsel van de administratieve transparantie niet wordt uitgehold.¹⁷

Het invoeren van een algemene en absolute uitzondering voor een bepaald soort bestuursdocumenten creëert bovendien een verschil in behandeling tussen de personen die willen kennisnemen van de bedoelde documenten, die automatisch van het recht op openbaarheid zijn uitgesloten, en de personen die willen kennisnemen van andere bestuursdocumenten en die op de bij de artikelen II.26 en volgende van het bestuursdecreet ingevoerde procedure beroep kunnen doen. Dergelijk verschil in behandeling kan alleen een toetsing aan de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 32 van de Grondwet, doorstaan wanneer het berust

¹⁰ Vaste rechtspraak van het Grondwettelijk Hof, zie bv. GwH 19 december 2013, nr. 169/2013, B.16.2 en GwH 29 november 2018, nr. 167/2018, B.7.1-B.7.2, alwaar telkens verwezen wordt naar *Parl.St.* Senaat 1991-92, nr. 100-49/2°, 9.

¹¹ GwH 19 december 2013, nr. 169/2013, B.16.3; GwH 29 november 2018, nr. 167/2018, B.7.3.

¹² Zie de verwijzingen in de vorige voetnoot.

¹³ *Parl.St.* Kamer 1992-93, nr. 839/1, p. 5.

¹⁴ GwH 19 december 2013, nr. 169/2013, B.21.1; GwH 29 november 2018, nr. 167/2018, B.7.4.

¹⁵ GwH 25 maart 1997, nr. 17/97, B.2.3.

¹⁶ *Ibid.*, B.5.2.

¹⁷ GwH 29 november 2018, nr. 167/2018, B.12.2.

op een objectief criterium en redelijk verantwoord is. Het gelijkheidsbeginsel is geschonden wanneer vaststaat dat geen redelijk verband van evenredigheid bestaat tussen de aangewende middelen en het nagestreefde doel.¹⁸

Het Grondwettelijk Hof heeft in het verleden al aangenomen dat door een algemene en absolute uitzondering in te voeren op het recht op administratieve transparantie voor een bepaald soort bestuursdocumenten, de decreetgever een maatregel heeft genomen die niet evenredig is met het nagestreefde doel.¹⁹ Het feit dat de wetgever niet kon aantonen dat de bestaande uitzonderingsgronden niet volstonden om de door de wetgever met het openbaarheidsverbod nagestreefde doelstelling te bereiken, werd hierbij uitdrukkelijk in overweging genomen.²⁰

6.3. In de memorie van toelichting bij het voorontwerp wordt de keuze om al wie de resultaten kent van de Vlaamse toetsen te onderwerpen aan de regels van het beroepsgeheim op een uitgebreide wijze verantwoord (zie in dat verband ook de opmerking onder randnummer 11). Uit die verantwoording blijkt onder meer dat het onttrekken aan de openbaarheid van de betrokken resultaten tot doel heeft te vermijden dat rangschikkingen van scholen zouden worden opgesteld, worden de verschillende belangen afgewogen en wordt de gekozen werkwijze onderbouwd met wetenschappelijke gegevens. De memorie van toelichting doet er ook van blijken dat de bestaande uitsluitingsgronden niet volstaan om een dergelijke rangschikking te voorkomen. Aldus lijkt de beperking van de openbaarheid die uit de ontworpen regeling voortvloeit, redelijk te kunnen worden verantwoord.

De vraag blijft evenwel of de ontworpen beperking van de openbaarheid geen onevenredige gevolgen met zich meebrengt.

Hoewel het niet zo duidelijk blijkt uit de tekst van het voorontwerp, valt uit de memorie van toelichting af te leiden dat het de bedoeling is dat enkel de resultaten “op schoolniveau” niet mogen worden meegedeeld. Alle andere resultaten kunnen met toepassing van de openbaarheidsregeling openbaar worden gemaakt. Bovendien hebben de rechtstreeks betrokkenen, met name de schoolbesturen en de begeleidingsdiensten wel degelijk kennis van de resultaten op schoolniveau. Dat neemt niet weg dat bepaalde personen die een belang hebben bij het verzamelen van de nodige kennis over de onderwijskwaliteit van een bepaalde onderwijsinstelling, zoals bijvoorbeeld leden van de ouder-, school- of pedagogische raad, leden van een gemeenteraad of individuele ouders die vragen hebben over de kwaliteit van de school waarin hun kinderen zijn ingeschreven, geen toegang hebben tot de resultaten op schoolniveau, ook al hebben zij niet de bedoeling een rangschikking op te stellen. Aldus lijkt een absoluut verbod van mededeling van de resultaten onvoldoende rekening te houden met die belangen. Een regeling die toelaat dat in bepaalde gevallen, met name wanneer de betrokkene een bijzonder belang kan aantonen, sommige personen toch inzage kunnen krijgen in de resultaten op schoolniveau zou meer in overeenstemming zijn met artikel 32 van de Grondwet.

¹⁸ GwH 19 december 2013, nr. 169/2013, B.18; GwH 29 november 2018, nr. 167/2018, B.10.2.

¹⁹ GwH 19 december 2013, nr. 169/2013, B.21.3 en B.26.4; GwH 29 november 2018, nr. 167/2018, B.14.

²⁰ Zie o.m. GwH 19 december 2013, nr. 169/2013, B.21.2 en B.26.2; 29 november 2018, nr. 167/2018, B.13.1-B.13.4.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 3

7. Aan het einde van het ontworpen artikel 37, § 3, 5°, van het decreet basisonderwijs, moet worden geschreven “..., onverminderd de bepalingen van artikel 44*quater*, § 2, tweede lid, 4°.”.

Artikel 5

8. In de inleidende zin van het eerste lid van het ontworpen artikel 44*quinquies*, § 1, van het decreet basisonderwijs, wordt verkeerdelijk verwezen naar “paragraaf 44*quater*”. Er dient immers melding te worden gemaakt van “artikel 44*quater*”. Ook in het ontworpen artikel 44*sexies*, zevende lid, van het decreet basisonderwijs (artikel 6 van het voorontwerp) moet worden verwezen naar “artikel 44*quater*, § 1,” in plaats van naar “paragraaf 44*quater*, § 1,”.

Voorts lijken in de inleidende zin van het ontworpen artikel 44*quinquies*, § 1, eerste lid, van het decreet basisonderwijs, de woorden “[d]oor de toepassing van” te moeten worden vervangen door de woorden “[v]oor de toepassing van”. Dat lijkt ook het geval te zijn in de inleidende zin van het ontworpen artikel 115/9, § 1, eerste lid, van de Codex secundair Onderwijs (artikel 11 van het voorontwerp).

9. Overeenkomstig het ontworpen artikel 44*quinquies*, § 1, eerste lid, 3°, van het decreet basisonderwijs, behoren tot de te verwerken gegevens “de leerlingenkenmerken die nodig zijn voor een juiste interpretatie van de gegevens”, waarbij het “minstens” dient te gaan over een aantal uitdrukkelijk in die bepaling opgesomde leerlingenkenmerken. Op die wijze worden niet alle te verwerken leerlingenkenmerken door de decreetgever zelf vastgesteld en kan de lijst van te verwerken leerlingenkenmerken naar aanleiding van de concrete verwerking worden aangevuld, mits deze kenmerken uiteraard “nodig zijn voor een juiste interpretatie van de gegevens”. Dergelijke werkwijze dreigt evenwel op gespannen voet te komen met het formeel legaliteitsbeginsel zoals dit voortvloeit uit artikel 22 van de Grondwet. Het bepalen van de in aanmerking te nemen leerlingenkenmerken kan worden beschouwd als betrekking hebbende op een essentieel element van de verwerking van persoonsgegevens en heeft meer in het bijzonder betrekking op de vaststelling van de categorieën van te verwerken gegevens. Om die reden zouden de in aanmerking te nemen leerlingenkenmerken door de decreetgever zelf op een meer afgebakende manier moeten worden weergegeven, dan wel zou de decreetgever in meer strikte criteria moeten voorzien met toepassing waarvan de te verwerken leerlingenkenmerken kunnen worden vastgesteld. Een opsomming van “minimaal” in aanmerking te nemen leerlingenkenmerken en een te algemene verwijzing naar de noodzaak van “een juiste interpretatie van de gegevens” doen geen afbreuk aan die conclusie. Deze laatste geldt trouwens ook voor het ontworpen artikel 115/9, § 1, eerste lid, 3°, van de Codex Secundair Onderwijs (artikel 11 van het voorontwerp).

10. In het ontworpen artikel 44*quinqüies*, § 1, derde lid, van het decreet basisonderwijs, wordt bepaald dat “[v]oor wetenschappelijk onderzoek en statistiek (...) de gegevens onbeperkt gepseudonimiseerd bewaard [worden]”.

Gepseudonimiseerde gegevens blijven onder de toepassing van de AVG vallen en mogen langer worden bewaard dan noodzakelijk is voor het oorspronkelijk verwerkingsdoeleinde. In artikel 89, lid 1, van de AVG, worden onder meer het wetenschappelijk onderzoek en de archivering vermeld als gevallen waarin voor een pseudonimisering van persoonsgegevens kan worden geopteerd. In voorkomend geval moeten dan wel de passende technische en organisatorische maatregelen worden genomen om de privacy van de betrokken personen te waarborgen. Indien bovendien de betrokken gegevens niet langer relevantie vertonen voor het wetenschappelijk onderzoek of nuttig worden geacht met het oog op archivering, zullen deze – mede in het licht van het in artikel 89, lid 1, van de AVG, vermelde beginsel van gegevensminimalisatie – moeten kunnen worden geanonimiseerd of vernietigd.

In die zin rijst de vraag of de “onbeperkte” bewaring waarin het ontworpen artikel 44*quinqüies*, § 1, derde lid, van het decreet basisonderwijs, ten aanzien van de betrokken gegevens voorziet, niet in te absolute bewoordingen is gesteld en of voor de ontworpen zin niet beter een aangepaste redactie wordt overwogen, bijvoorbeeld “Zolang doeleinden van wetenschappelijk onderzoek en statistiek daartoe nopen, worden de gegevens gepseudonimiseerd bewaard” in plaats van “Voor wetenschappelijk onderzoek en statistiek worden de gegevens onbeperkt gepseudonimiseerd bewaard”. De redactie van het ontworpen artikel 115/9, § 1, derde lid, van de Codex Secundair Onderwijs (artikel 11 van het voorontwerp), moet dan op dezelfde wijze worden aangepast.

Artikel 6

11. In het ontworpen artikel 44*sexies*, vierde lid, van het decreet basisonderwijs, wordt bepaald dat de erin opgesomde personen gehouden zijn tot het beroepsgeheim en dat bij overtreding artikel 458 van het Strafwetboek van toepassing is. In de memorie van toelichting wordt wat dat betreft vermeld dat “[i]n het ontwerp van decreet is gekozen voor een decretale geheimhoudingsplicht die ook een uitzondering is op de openbaarheid (artikel II.34, 1° van het Bestuursdecreet)” en dat “[i]nbreuken op het verbod op openbaarmaking worden aangezien als een schending van het beroepsgeheim”. Daarbij wordt in de memorie van toelichting de nadruk gelegd op de bedoeling om met de ontworpen bepaling een specifieke geheimhoudingsplicht in te voeren ten aanzien van eenieder die kennis heeft van de resultaten van de betrokken toetsen en dat er op die wijze wordt afgeweken van de principiële openbaarheid van die toetsen.

Indien het effectief de bedoeling is om dergelijke specifieke geheimhoudingsplicht in te voeren die qua omvang en inhoud verschilt van wat traditioneel onder het beroepsgeheim wordt verstaan, zou die bedoeling duidelijker in de tekst van het voorontwerp tot uitdrukking moeten worden gebracht door een specifieke vorm van geheimhouding in het ontworpen artikel 44*sexies*, vierde lid, van het decreet basisonderwijs, in te schrijven en zou de schending ervan strafbaar moeten worden gesteld met aangepaste straffen waarvan dan eveneens in de ontworpen bepaling melding zou moeten worden gemaakt.

Op die manier kan dan de verwijzing naar artikel 458 van het Strafwetboek worden weggelaten in het ontworpen artikel 44sexies, vierde lid, van het decreet basisonderwijs. De precieze draagwijdte van de betrokken verwijzing is nu trouwens onduidelijk, in die zin dat de vraag rijst of aan die verwijzing uitsluitend de bedoeling ten grondslag ligt om aan de toepassing van de algemene strafbaarstelling van het beroepsgeheim, zoals vervat in artikel 458 van het Strafwetboek, te herinneren ten aanzien van de personen die worden opgesomd in de ontworpen bepaling, dan wel of het de bedoeling is om de toepassing van de voornoemde bepaling van het Strafwetboek uit te breiden tot personen die niet reeds onder de toepassing ervan vallen.²¹ In het eerste geval is de verwijzing naar artikel 458 van het Strafwetboek overbodig, in het tweede geval zou zij een bevoegdheidsprobleem kunnen doen rijzen, ermee rekening houdend dat het in beginsel niet aan de decreetgever staat om de voorwaarden en straffen van artikel 458 van het Strafwetboek te wijzigen.²²

Bovendien rijst de vraag of het toepasselijk verklaren van het beroepsgeheim wel een gepaste werkwijze uitmaakt, nu een groot deel van de betrokken personen *in se* niet gebonden is door het beroepsgeheim en dat zulks enkel voor het betrokken aspect van de regeling wel het geval zou zijn. De personen in kwestie zullen trouwens bij het uitoefenen van andere onderdelen van hun taken allicht met evenzeer gevoelige gegevens in aanraking komen.

Uit wat voorafgaat volgt dat het bepaalde in het ontworpen artikel 44sexies, vierde lid, van het decreet basisonderwijs, in verband met het beroepsgeheim en de overtreding ervan, aan een bijkomend onderzoek dient te worden onderworpen. Dezelfde conclusie geldt voor het ontworpen artikel 115/10, vierde lid, van de Codex Secundair Onderwijs (artikel 12 van het voorontwerp).

Artikel 9

12. De inleidende zin van artikel 9 van het voorontwerp, moet worden aangepast als volgt: “In artikel 112, eerste lid, van dezelfde Codex, het laatst gewijzigd bij het decreet van 9 juli 2021, wordt onder 9°, a), een punt 1)/1 ingevoegd, dat luidt als volgt:”.²³

²¹ Vraag is bijvoorbeeld of alle personen die in het ontworpen artikel 44sexies, vierde lid, van het decreet basisonderwijs, aan het beroepsgeheim worden onderworpen, geacht kunnen worden een noodzakelijke vertrouwensfunctie uit te oefenen, hetgeen een van de noodzakelijke voorwaarden is opdat van een beroepsgeheim in de zin van artikel 458 van het Strafwetboek sprake kan zijn. Zie hierover onder meer A-S. VERSWEYVELT, J. PUT, T. OPGENHAFFEN en I. VAN DER STRAETE, *Beroepsgeheim en hulpverlening*, Brugge, Die Keure, 2018, 55 e.v.

²² Zie o.m. adv.RvS 59.399/1 en 59.400/1 van 24 juni 2016 over een wetsvoorstel ‘tot wijziging van de Organieke wet van 8 juli 1976 betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn om de strijd tegen terroristische misdrijven te bevorderen’ (59.399/1) en amendementen erop (59.400/1), *Parl.St.* Kamer 2015-16, nr. 54-1687/3, p. 4, opmerking 3.1; adv.RvS 60.253/3 van 18 november 2016 over een wetsvoorstel ‘betreffende het casusoverleg tussen dragers van een beroepsgeheim’, *Parl.St.* Kamer 2015-16, nr. 54-1910/2, p. 4, opmerking 3, voetnoot 2.

²³ De specifieke bepaling van artikel 112, eerste lid, 9°, a), van de Codex Secundair Onderwijs, werd niet “het laatst gewijzigd bij het decreet van 9 juli 2021”.

Aan het einde van het ontworpen artikel 112, eerste lid, 9°, a), 1)/1, van de Codex Secundair Onderwijs, dient bovendien te worden geschreven “..., onverminderd de bepalingen van artikel 115/8, § 2, tweede lid, 4°, ...”.

Artikel 10

13. In het ontworpen artikel 115/8, § 1, zevende lid, van de Codex Secundair Onderwijs, wordt melding gemaakt van “[d]e selectie van de eindtermen, vermeld in het vierde lid.”. Er wordt evenwel niet in het ontworpen artikel 115/8, § 1, vierde lid, doch wel in het ontworpen artikel 115/8, § 1, zesde lid, melding gemaakt van een “selectie van de eindtermen”. De betrokken verwijzing in het ontworpen artikel 115/8, § 1, zevende lid, lijkt derhalve te moeten worden gecorrigeerd. Ook kan men zich afvragen of het in het laatstgenoemde lid, ter wille van de duidelijkheid en voor zover zulks de bedoeling is, geen aanbeveling verdient om te expliciteren dat de beoogde selectie van de eindtermen gebeurt door het bevoegde steunpunt.

Artikel 12

14. In het ontworpen artikel 115/10, vierde lid, van de Codex Secundair Onderwijs, wordt benevens van de begrippen “scholen” en “schoolbesturen” niet tevens melding gemaakt van de “centra” en de “centrumbesturen”, zoals wel het geval is in het ontworpen artikel 115/10, tweede lid. Vraag is of op dat punt niet een grotere overeenstemming dient te worden tot stand gebracht tussen de voornoemde leden van het ontworpen artikel 115/10.

15. In het ontworpen artikel 115/10, zesde lid, van de Codex Secundair Onderwijs, wordt het best bepaald dat het gaat om de niet-naleving van het verbod op openbaarmaking door het schoolbestuur.²⁴ In artikel 7 van de Codex Secundair Onderwijs wordt immers een inbreuk op het verbod op oneerlijke concurrentie door het schoolbestuur beoogd. Vraag is of bijvoorbeeld ook niet tevens van centrumbesturen melding moet worden gemaakt in het ontworpen artikel 115/10, zesde lid.

Artikelen 14 en 15

16. Aangezien de artikelen 14 en 15 van het voorontwerp wijzigingen beogen aan te brengen in eenzelfde bepaling, namelijk artikel 38, § 4, van het decreet van 8 mei 2009, verdient het vanuit wetgevingstechnisch oogpunt aanbeveling om de beide artikelen samen te brengen in één enkele wijzigingsbepaling.²⁵

²⁴ Zie in die zin ook het ontworpen artikel 44*sexies*, zesde lid, van het decreet basisonderwijs (artikel 6 van het voorontwerp).

²⁵ Omzendbrief VR 2019/4 ‘betreffende de Wetgevingstechniek’, aanwijzing 204.

17. In de inleidende zin van artikel 15 van het voorontwerp, zoals dit om advies is voorgelegd, schrijve men “..., wordt aan artikel 38, § 4, een derde lid toegevoegd, ...”.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Wim GEURTS

Marnix VAN DAMME