

KONINKRIJK BELGIE.

ADVIES VAN DE RAAD VAN STATE.

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, eerste kamer, op 24 november 1993 door de Vlaamse minister van Onderwijs en Ambtenarenzaken verzocht hem, binnen een termijn van ten hoogste drie dagen, aanvullend van advies te dienen over een voorontwerp van bijzonder decreet betreffende het bestuur van de officiële hogescholen in de Vlaamse Gemeenschap (L. 22.872/1) en over een voorontwerp van decreet betreffende de hogescholen in de Vlaamse Gemeenschap (L. 22.783/1), heeft op 30 november 1993 het volgend advies gegeven :

I. DRAAGWIJDTE VAN DE ADVIESAANVRAAG.

1.1. De brief van 24 november 1993 van de Vlaamse minister van Onderwijs en Ambtenarenzaken vult de adviesaanvragen aan welke bij brieven ingekomen op 22 oktober 1993 werden ingediend. De aanvullende adviesaanvraag betreft rechtsvragen die op de lezing en de interpretatie van de tekst van de voorontwerpen van bijzonder decreet "betreffende het bestuur van de officiële hogescholen in de Vlaamse Gemeenschap" (L. 22.872/1) en decreet "betreffende de hogescholen in de Vlaamse Gemeenschap" (L. 22.873/1) onmiddellijk aansluiten en met die teksten rechtstreeks verband houden. In die mate kunnen die vragen beschouwd worden als behorende tot het onderzoek van de voorontwerpen waarover bij de boven vermelde brieven, ingekomen op 22 oktober 1993, om 's Raads advies werd gevraagd.

De verantwoording van het spoedeisend karakter van de aanvullende adviesaanvraag valt vanzelfsprekend samen met het spoedeisend karakter van de eerste adviesaanvragen.

1.2. In de brief van 24 november 1993 worden de volgende vragen voorgelegd :

"1.a. Kan uit de tekst van de adviezen L. 22.872/1 en L. 22.873/1 afgeleid worden dat de overheid decretaal fusies tussen hogescholen van publiek-rechtelijke aard en privaatrechtelijke aard en met verschillende pedagogische projecten dwingend kan opleggen ?

1.b. Kan uit de tekst van de adviezen L. 22.872/1 en L. 22.873/1 afgeleid worden dat de overheid decretaal inzake voorwaarden van financiering,

.../...

rationalisatie en/of programmatie stimuli kan inbouwen die betere voorwaarden voorbehouden aan hogescholen die ontstaan uit fusies tussen hogescholen enerzijds van publiekrechtelijke en anderzijds van privaatrechtelijke aard en met verschillende pedagogische projecten, dan aan hogescholen die niet uit dergelijke fusies ontstaan ?

Kunnen aldus betere financieringsvoorwaarden decretaal voorbehouden worden aan hogescholen die ontstaan zijn uit een fusie van hogescholen enerzijds van publiekrechtelijke en anderzijds van privaatrechtelijke aard en met verschillende pedagogische projecten dan aan hogescholen die niet uit dergelijke fusies ontstaan ?

2.a. Kan uit de tekst van de adviezen L. 22.872/1 en L. 22.873/1 afgeleid worden dat de overheid decretaal aan een hogeschool van privaatrechtelijke aard een bestuursstructuur en/of de samenstelling van de bestuursorganen dwingend kan opleggen ?

2.b. Kan uit de tekst van de adviezen L. 22.872/1 en L. 22.873/1 afgeleid worden dat de overheid decretaal aan een hogeschool van privaatrechtelijke aard structuren en/of organen inzake medezeggenschap en/of participatie kan opleggen die effectief het bestuur van de hogeschool mede bepalen en dus verder gaan dan advies, overleg of onderhandeling ?

3. De adviezen L. 22.872/1 en L. 22.873/1 geven aanleiding tot volgende vraagstelling :
Laat artikel 17 van de Grondwet al dan niet toe dat voor alle hogescholen, ongeacht het net waartoe ze behoren, decretaal :

- uniforme basisregels inzake beheersstructuur, participatie en medezeggenschap worden vastgelegd;
- dezelfde normen inzake programmatie en rationalisatie worden opgelegd.

A contrario, is een decreet dat aan de hogescholen van het vrije net niet dezelfde normen en

.../...

regels oplegt inzake rationalisatie en programmatie, beheersstructuren en participatie en medezeggenschap, als aan de hogescholen van het officiële net, al dan niet in strijd met de artikels 17 en/of 6 en 6bis van de Grondwet ?"

2. De in de aanvullende adviesaanvraag geformuleerde vragen hebben alle betrekking op de draagwijdte van de in de Grondwet (1) ingeschreven regels omtrent de vrijheid van onderwijs en de gelijkheid ter zake van onderwijs, in het raam van de in 1.1. vermelde voorontwerpen van decreet met name en inzonderheid in hoofde van de inrichtende machten van hogeschoolonderwijs (2). Dit advies mag dan ook - mede gelet op de termijn waarin erom is verzocht - tot dat specifieke onderdeel van de onderwijsvrijheid en -gelijkheid worden beperkt.

Het advies moet uiteraard worden gelezen in samenhang met en in aansluiting op de beschouwingen en opmerkingen welke omtrent die problematiek in de adviezen L. 22.872/1 en L. 22.873/1 van 25 oktober 1993 naar voren

(1) Het Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en het Internationaal verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten - daargelaten de al dan niet directe werking van de desbetreffende bepaling van dat laatste verdrag - verlenen aan de onderwijsinrichtende machten geen ruimere waarborgen dan die welke in de Grondwet zijn vervat.

(2) Zulks maakt dat het Arbitragehof, krachtens artikel 1, 1^o, van de bijzondere wet van 6 januari 1989, de finale rechter van de desbetreffende decreetsbepalingen zal zijn.

zijn gebracht. In zijn antwoorden kan het advies niet anders dan het algemeen karakter volgen dat in de voorgelegde vragen is aangehouden.

3. In herinnering mag worden gebracht dat de beide meervermelde voorontwerpen van decreet substantieel gericht zijn op het bereiken, in het hogeschoolonderwijs, van een schaalvergroting om aldus te komen tot een rationeel onderwijsaanbod dat budgettair beheersbaar blijft. Een middel daartoe wordt gezien in een door concentratie van hogescholen mogelijk gemaakt systeem van enveloppe-financiering waarin, wat de werkings- en investeringskost betreft, een volgens het studentenaantal gedifferentieerde financiering of subsidiëring wordt vastgesteld.

Voor de officiële hogescholen wordt het aantal dat voor de ontworpen regeling in aanmerking komt, bepaald op zes (1); voor de vrije hogescholen wordt geen aantal vooropgezet. Zowel voor de ene als voor de andere groep ligt een overeenkomst aan de basis van de concentratie.

In het licht van de gestelde vragen mag nog worden onderstreept dat de voorontwerpen de nagestreefde schaalvergroting an sich bevorderen, ongeacht of die een netgebonden dan wel een netoverschrijdend karakter heeft. De voorontwerpen verhinderen netoverschrijdende fusies niet;

(1) Wat dienomtrent in de algemene opmerking 3. van het advies L. 22.872/1 van 25 oktober 1993 is gesteld, moet hier als opnieuw geschreven worden beschouwd.

zij stimuleren of verplichten die specifieke vorm van fusies evenmin.

II. ALGEMENE OPMERKINGEN.

1. In artikel 5, 3°, van het decreet van 27 maart 1991 betreffende de rechtspositie van sommige personeelsleden van het gesubsidieerd onderwijs en de gesubsidieerde P.M.S. wordt een onderwijsnet in de volgende termen gedefinieerd :

"het net :

- a. hetzij het Gemeenschapsonderwijs : de onderwijsinstellingen en de centra ingericht door de Vlaamse Gemeenschap en waarvan de bevoegdheden van de inrichtende macht worden uitgeoefend door de Autonome Raad van het Gemeenschapsonderwijs;
- b. hetzij het gesubsidieerd officieel onderwijs : de onderwijsinstellingen en de centra ingericht door de provincies, de gemeenten of publiekrechtelijke rechtspersonen andere dan de ARGO en die in aanmerking komen voor subsidiëring door de Vlaamse Gemeenschap;
- c. hetzij het gesubsidieerd vrij onderwijs : de onderwijsinstellingen en de centra ingericht door een natuurlijk persoon of privaatrechtelijk rechtspersoon en die in aanmerking komen voor subsidiëring door de Vlaamse Gemeenschap".

Die definitie sluit aan bij de gebruikelijke opvatting dat al naar de hoedanigheid van de inrichtende macht het onderwijsgeheel in de Vlaamse Gemeenschap kan worden onderscheiden in het onderwijs ingericht door of namens de Gemeenschap - hierna het gemeenschapsonderwijs te noemen -, het onderwijs ingericht door andere openbare besturen, in hoofdde de provincies en de gemeenten - hierna het provinciaal en gemeentelijk onderwijs te noemen - en het onderwijs ingericht door private personen,

.../...

vooral op confessionele basis - hierna het vrij onderwijs te noemen.

Het gemeenschapsonderwijs wordt gefinancierd door de Gemeenschap; het provinciaal en gemeentelijk onderwijs en het vrij onderwijs worden gesubsidieerd door de Gemeenschap.

Het gemeenschapsonderwijs en het provinciaal en gemeentelijk onderwijs vormen samen het officieel onderwijs. Zoals verder in dit advies in het antwoord op vraag 3 omstandiger wordt uiteengezet, is - in de geest van het schoolpact van 20 november 1958 van de beginselen waarvan het herziene artikel 17 van de Grondwet de constitutionele vertaling is (1) - vooral het onderscheid tussen het officieel onderwijs en het vrij onderwijs van het grootste belang.

-
- (1) - "Voorwaarde voor deze ingrijpende hervorming is dat eerst de waarborgen, die sinds dertig jaar werden geboden door het nationale schoolpact en de nationale schoolpactcommissie, vervangen worden door afdwingbare grondwettelijke garanties. Hiertoe moeten de basisprincipes van het schoolpact vertaald worden in een grondwettelijke tekst en gevoegd worden bij de waarborgen, die nu reeds vervat zijn in artikel 171" (Verklarende nota bij het herzieningsvoorstel van de Regering; Gedr. St., Senaat, BZ 1988, nr. 100-1/1^o, blz. 1-2).
- "De principes van het schoolpact moeten daarom, zoals de communautarisering van het onderwijs, grondwettelijk worden gewaarborgd. Aangezien reeds enkele van deze principes in artikel 17 van de Grondwet zijn ingeschreven, is het aangewezen dat artikel met de principes van het schoolpact verder aan te vullen" (Senaatsverslag, Gedr. St., Senaat, BZ 1988, nr. 100-1/2^o, blz. 4).

.../...

2. Zoals boven al is aangestipt, betreffen de vragen het grondwettelijk kader van het onderwijsbeleid dat vastgelegd is in artikel 17 van de Grondwet dat luidt als volgt :

"Artikel 17.-

§ 1. Het onderwijs is vrij; elke preventieve maatregel is verboden; de bestraffing van de misdrijven wordt alleen door de wet of het decreet geregeld.

De Gemeenschap waarborgt de keuzevrijheid van de ouders (1).

De Gemeenschap richt neutraal onderwijs in. De neutraliteit houdt onder meer in, de eerbied voor de filosofische, ideologische of godsdienstige opvattingen van de ouders en de leerlingen.

De scholen ingericht door de openbare besturen bieden, tot het einde van de leerplicht, de keuze aan tussen onderricht in een der erkende godsdiensten en de niet-confessionele zedenleer.

§ 2. Zo een Gemeenschap als inrichtende macht bevoegdheden wil overdragen aan een of meer autonome organen, kan dit slechts bij decreet, aangenomen met een tweederde-meerderheid.

-
- (1) "De (...) onderwijsvrijheid onderstelt, 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 vindt zijn beperking enerzijds in het vermogen van de Gemeenschap om de subsidiëring te laten afhangen van vereisten van algemeen belang, zoals onder meer die van een behoorlijke onderwijsverstrekking, van bepaalde schoolbevolkingsnormen en anderzijds in de noodzakelijkheid om de beschikbare financiële middelen te spreiden over de onderscheiden opdrachten van de Gemeenschap" (Arbitragehof, arresten nrs. 25/92 en 28/92 van 2 april 1992, respectievelijk 4.B.2. en 6.B.3.).

.../...

§ 3. Iedereen heeft recht op onderwijs, met eerbiediging van de fundamentele rechten en vrijheden. De toegang tot het onderwijs is kosteloos tot het einde van de leerplicht.

Alle leerlingen die leerplichtig zijn, hebben ten laste van de Gemeenschap recht op een morele of religieuze opvoeding.

§ 4. Alle leerlingen of studenten, ouders, personeelsleden en onderwijsinstellingen zijn gelijk voor de wet of het decreet (1). De wet en het decreet houden rekening met objectieve verschillen, waaronder de eigen karakteristieken van iedere inrichtende macht, die een aangepaste behandeling verantwoorden.

§ 5. De inrichting, erkenning of subsidiëring van het onderwijs door de Gemeenschap wordt geregeld door de wet of het decreet" (2).

(1) De term "gelijkheid" in artikel 17 van de Grondwet heeft in beginsel dezelfde betekenis als in artikel 6 van de Grondwet (Arbitragehof, arrest nr. 38/91 van 5 december 1991, B.3.5.).

(2) Zie bijvoorbeeld ook het Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, protocol nr. 1, artikel 2 : "Niemand zal het recht op onderwijs worden ontzegd. Bij de uitoefening van alle functies welke de Staat in verband met de opvoeding en het onderwijs op zich neemt zal de Staat het recht eerbiedigen van de ouders om (voor hun kinderen) zich van die opvoeding en van dat onderwijs te verzekeren welke overeenstemmen met hun eigen godsdienstige en filosofische overtuigingen". Over onderwijsbepalingen in de verschillende internationale verdragen en het belang ervan in de Belgische rechtsorde, zie : AKKERMANS, P.W.C., "Onderwijs in internationale verdragen", T.O.R.B., 1992-1993, nr. 5-6, blz. 296-300; VENY, L., "De implementatie van de internationale verdragen in de Belgische rechtsordering", T.O.R.B., 1992-1993, nr. 5-6, blz. 301-314.

Samengevat kan men stellen : artikel 17 van de Grondwet garandeert de vrijheid van onderwijs (§ 1, eerste lid) - vrijheid die eensdeels het recht includeert om zonder al te veel overheidsinmenging (1) onderwijs in te richten (2), en anderdeels tevens de vrijheid van schoolkeuze (3) omvat - en bepaalt tegelijk dat het genieten van onderwijs een recht is (§ 3), het ene en het andere met inachtneming van de regel van de gelijkheid (§ 4) en van het legaliteitsvereiste (§ 5).

Het Arbitragehof leidt uit artikel 17 af dat de inrichtende machten uit de onderwijsvrijheid een recht op subsidiëring putten. Het Hof heeft in zijn rechtspraak verbanden gelegd tussen de onderwijsvrijheid, in zijn beide aspecten, het recht op subsidiëring en de gelijkheid in onderwijszaken :

- "de keuzevrijheid van de ouders kan niet worden gezien los van het recht tot oprichting van onderwijsinstellingen en van het recht op subsidiëring, dat die instellingen bezitten. De keuzevrijheid van de ouders

-
- (1) Preventieve overheidsmaatregelen (bijvoorbeeld vergunningsplicht) zijn uitgesloten; repressieve maatregelen kunnen wel, maar moeten door de wetgever of de decreetgever worden vastgesteld.
 - (2) Dit is de vrijheid van openbare besturen andere dan de Staat of de Gemeenschappen en van private personen om onderwijs in te richten en er onder meer vrij het karakter of de pedagogische methodes van te bepalen (Gedr. St., Senaat, B.Z. 1988, nr. 100-1/1°, blz. 2).
 - (3) De vrijheid van de ouders of studenten om zelf een school te kiezen; dit impliceert dat zij onder redelijke voorwaarden, die in objectieve criteria moeten vertaald worden, een school naar hun keuze ter beschikking moeten hebben (Gedr. St. Senaat, B.Z. 1988, nr. 100-1/1°, blz. 2). De keuzevrijheid is onder de bescherming van de Gemeenschap geplaatst (artikel 17, § 1, tweede lid, van de Grondwet; zie voor de concrete vertaling ervan : artikel 4 van de wet van 29 mei 1959 tot wijziging van sommige bepalingen van de onderwijswetgeving).

.../...

kan immers slechts ten volle gelden wanneer de vrijheid van de inrichtende machten om onderwijs in te richten en het recht op subsidiëring dat dit onderwijs in principe bezit, niet op onrechtmatige wijze worden beperkt" (arresten nrs. 25/92 en 28/92 van 2 april 1992, respectievelijk 4.B.3. en 6.B.4.);

- "uit de eerste zin van paragraaf 4, juncto de eerste paragraaf van artikel 17 kan worden afgeleid dat de onderwijsgelijkheid de keuzevrijheid van de ouders waarborgt" (arrest nr. 38/91 van 5 december 1991, B.3.5.).

Het Arbitragehof heeft ook gesteld dat de onderwijsvrijheid niet theoretisch mag zijn, zodat de inrichtende machten die niet rechtstreeks afhangen van de Gemeenschap onder bepaalde voorwaarden aanspraak kunnen maken op subsidiëring vanwege de Gemeenschap. Dit recht op subsidiëring vindt echter zijn beperking, enerzijds, in het vermogen van de Gemeenschap om de subsidiëring te laten afhangen van vereisten van algemeen belang, zoals onder meer die van een behoorlijke onderwijsverstrekking, van schoolbevolkingsnormen - de Franse tekst van het arrest voegt de gelijke toegang tot het onderwijs eraan toe - en, anderzijds, in de noodzakelijkheid om de beschikbare financiële middelen te spreiden over de onderscheiden opdrachten van de Gemeenschap (arrest nr. 28/92 van 2 april 1992, 6.B.3.) (1).

(1) Er zijn redactionele verschillen tussen de arresten nrs. 25/92 en 28/92 van 2 april 1992 (respectievelijk 4.B.2. en 6.B.3.), maar ook tussen de Nederlandse en de Franse tekst van het arrest. Punt 4.B.2. van het arrest nr. 25/92 luidt in de Franse versie als volgt :

"La liberté d'enseignement (...) suppose, si on entend qu'elle ne reste pas purement théorique, que les pouvoirs organisateurs qui ne relèvent pas directement

De onderwijsvrijheid zou, in bepaalde gevallen, voorrang kunnen hebben op de onderwijsgelijkheid (1); de vrijheid van onderwijs en de keuzevrijheid van de ouders mag door een ongelijke behandeling niet in het gedrang worden gebracht (arrest nr. 38/91 van 5 december 1991, B.3.7.).

De belangrijkheid van de eerbiediging van de vrije keuze was al gebleken uit het bepaalde in artikel 4 van de wet van 29 mei 1959 volgende op het schoolpact waarbij, in uitvoering van resolutie C van het schoolpact, de Staat, ter vrijwaring van de vrije schoolkeuze, tot het inrichten van een school kan worden verplicht.

De term "gelijkheid" in artikel 17 van de Grondwet heeft in beginsel dezelfde betekenis als in artikel 6 van de Grondwet (Arbitragehof, arrest nr. 38/91 van 5 december

de la Communauté puissent, sous certaines conditions, prétendre à des subventions à charge de celle-ci. Le droit au subventionnement est limité, d'une part, par le pouvoir de la Communauté de lier les subventions à des exigences tenant à l'intérêt général, entres autres celles d'un enseignement de qualité, du respect de normes de population scolaire et d'une égalité d'accès à l'enseignement et, d'autre part, par la nécessité de répartir les moyens financiers disponibles entre les diverses missions de la Communauté".

- (1) De vrijheidsregel heeft voorrang op de gelijkheidsregel omdat een vrijheidsregel de persoon op zichzelf beschermt, terwijl de gelijkheidsregel de persoon in vergelijking met andere personen beschermt (Raad van State, arrest Davison, nr. 35.834, van 13 november 1990).

.../...

1991, B.3.5.), vandaar dat het Arbitragehof ook in onderwijszaken het gelijkheidsbeginsel omschrijft als volgt :

"De grondwettelijke regels van de gelijkheid der Belgen voor de wet en van de niet-discriminatie sluiten niet uit dat een verschil in behandeling tussen bepaalde categorieën van personen zou worden ingesteld, voor zover voor het criterium van onderscheid een objectieve en redelijke verantwoording bestaat. Het bestaan van een dergelijke verantwoording moet worden beoordeeld met inachtneming van het doel en de gevolgen van de bestreden maatregel alsmede van de aard van de in het geding zijnde beginselen. Het gelijkheidsbeginsel is geschonden wanneer vaststaat dat de aangewende middelen redelijkerwijze niet evenredig zijn met het beoogde doel" (arrest nr. 19/91 van 4 juli 1991) (1).

Ten slotte kan men uit de rechtspraak van het Arbitragehof afleiden dat een voor alle schoolinstellingen gelijke regel tot rechtsongelijkheid aanleiding kan geven (arrest 28/92 van 2 april 1992).

III. BIJZONDERE OPMERKINGEN.

VRAAG 1a.

(1) Vergelijk met het arrest Biorim, nr. 21/89, van 13 juli 1989, B.4.5.b.

Deze vraag kan men samenvatten tot : kan de decreetgever fusies van onderwijsinstellingen met een verschillende eigenheid (1) dwingend opleggen ?

Het antwoord is negatief.

Het dwingend opleggen van fusies van onderwijsinstellingen met een verschillende eigenheid is, zoals uit de aangehaalde rechtspraak van het Arbitragehof volgt, in strijd met de grondwettelijk gewaarborgde vrijheid van onderwijs. Door dergelijke verplichte fusies zou de levensbeschouwelijke en pedagogische eigenheid van de betrokken instellingen immers verwateren of verdwijnen, zodat afbreuk wordt gedaan aan de vrijheid.

Dit betekent echter niet dat de decreetgever altijd een onderscheid moet maken tussen de onderwijsinstellingen naargelang van hun eigenheid. In het voorontwerp van bijzonder decreet bijvoorbeeld wordt de mogelijkheid van fusies tussen onderwijsinstellingen met een verschillende eigenheid opengelaten. Het komt de betrokken onderwijsinstellingen toe te oordelen in welke mate ze van hun onderwijsvrijheid gebruik willen maken, in welke mate ze de eigenheid van hun onderwijs willen behouden zien. Vandaar dat beide voorontwerpen van associatieve verbanden uitgaan.

(1) De term "eigenheid" is ontleend aan de arresten van het Arbitragehof nrs. 25/92 en 28/92 van 2 april 1992.

VRAAG 1b.

Deze vraag kan men samenvatten tot : is het aanvaardbaar dat de decreetgever in een betere financiering of subsidiëring voorziet voor fusies van hogescholen die met een afstand van het eigen karakter gepaard gaan ?

Door het stimuleren van fusies van onderwijsinstellingen met een verschillende eigenheid, bijvoorbeeld door het verlenen van gunstiger subsidiëringsvoorwaarden, wordt een onderscheid gemaakt tussen onderwijsinstellingen die door zo'n fusies tot stand zijn gekomen, enerzijds, en de onderwijsinstellingen die ervoor kiezen om hun eigenheid te bewaren, anderzijds.

Zoals reeds uit de eerder aangehaalde rechtspraak mocht blijken, staan de artikelen 6, 6bis en 17 van de Grondwet niet eraan in de weg dat de decreetgever in zijn regelingen differentieert. Vereist is wel dat het verschil in regeling op een oorbaar doel is gericht en objectief en redelijk is verantwoord alsook dat de desbetreffende regel pertinent en niet onevenredig met het beoogde doel is.

In de ministeriële vraagstelling worden geen argumenten aangereikt ter verantwoording van het bijkomend onderscheid dat het onderwerp van de vraag is. Mocht het bijkomend onderscheid te maken hebben met de algemene doelstelling van de voorontwerpen, namelijk het bereiken van een rationeler opleidingsaanbod (schaalvergroting om de kwaliteit van het onderwijs te garanderen en versnippering van het onderwijsaanbod tegen te gaan), dan moet worden vastgesteld dat de regeling ook zou inhouden dat het afzien door de inrichtende macht van de eigenheid, op een speci-

.../...

fieke wijze gestimuleerd wordt. In plaats van de onderwijsvrijheid te garanderen, zou bijgevolg het omgekeerde worden gedaan (1) : de decreetgever zou streven naar het opgeven van de onderwijsvrijheid, dit is een niet legitiem doel, een niet oorbaar doel (2). Het zou bijgevolg gaan om een regeling die in strijd is met de vrijheid van onderwijs.

Ook al kan het onderscheid voorkomen als steunende op een objectief criterium, dan nog moet worden nagezien of het onderscheid op gronden van redelijkheid stoelt. Of een redelijke verantwoording voorhanden is, kan normaal getoetst worden aan de parlementaire voorbereiding van het decreet waarin over het waarom van de voorgestelde bepalingen breder wordt uitgeweid.

De decreetgever kan een rationeler opleidingsaanbod nastreven (verhogen van de kwaliteit van het onderwijs en tegengaan van de versnippering van het aanbod), door zoals in het voorontwerp van gewoon decreet een voor alle voor fusie in aanmerking komende onderwijsinstellingen gelijke stimulans in te bouwen om aldus op termijn te komen tot

(1) Zoals het Arbitragehof in zijn arrest nr. 38/91 van 5 december 1991 heeft gesteld waarborgt de onderwijsgelijkheid de keuzevrijheid van de ouders (B.3.5.) (hier zou de ongelijke behandeling dienen om de keuzevrijheid te beknotten) en mag een ongelijke behandeling niet ertoe leiden dat de vrijheid van onderwijs en de keuzevrijheid van de ouders in het gedrang worden gebracht (B.3.7.).

(2) In het voorontwerp is de houding van de decreetgever ten opzichte van dit probleem neutraal.

hogescholen met 4 à 6000 studenten. Met die maatregel kan, volgens de bij de voorontwerpen gevoegde memories van toelichting, het vooropgestelde doel worden bereikt.

Daargelaten de pertinentie van een bijkomende betere financiering of subsidiëring die steunt op een supplementair onderscheid tussen hogescholen die het resultaat zijn van een fusie tussen hogescholen met een verschillende levensbeschouwelijke of pedagogische eigenheid en hogescholen welke niet het resultaat van een dergelijke fusie zijn, is het zo dat een dergelijk bijkomend onderscheid neerkomt op een aanbod vanwege de overheid om tegen vergoeding afstand te doen van een recht dat de Grondwet aan de onderwijsinrichtende machten toekent. Een aanbod van die aard kan door de overheid aan de inrichtende machten in redelijkheid niet worden gedaan. De redelijke verantwoording die het bijkomend onderscheid moet objectiveren, is derhalve niet aanwezig.

Die beide vaststellingen - te weten het niet geoorloofde onmiddellijke doel van het bijkomend onderscheid en de niet redelijkheid van de verantwoording ervan - volstaan om op de gestelde vraag een negatief antwoord te geven.

VRAAG 2 a + b.

Deze vraag kan men samenvatten tot : kan de decreetgever in de beleidsbepalende bestuursstructuren van de vrije scholen ingrijpen ?

.../...

Het ingrijpen in die structuren van de vrije scholen raakt aan de vrijheid van onderwijs die de vrije keuze van de inrichtende macht veronderstelt, minstens wat de filosofische en/of pedagogische uitgangspunten betreft op basis waarvan onderwijs wordt gegeven. Tevens kan worden geraakt aan de vrijheid van vereniging.

Toch kan de decreetgever zeer algemene voorwaarden inzake de bestuursstructuur opleggen die kaderen in de controle op de aanwending van de subsidies, het vrijwaren van de toegang tot het onderwijs of het beveiligen van de tewerkstelling, uiteraard voor zover daarmee niet fundamenteel aan de onderwijsvrijheid wordt geraakt. In dit verband kan gedacht worden aan de verplichting om hetzij een natuurlijke persoon, hetzij een rechtspersoon te zijn, met uitsluiting van de feitelijke verenigingen (1).

In tal van adviezen heeft de Raad van State erop gewezen dat de overheid bij het uitwerken van een subsidiëringsregeling niet fundamenteel mag ingrijpen in de organisatie en de werking van de gesubsidieerde verenigingen :

- "Overigens blijken een aantal bepalingen van het ontwerp, eensdeels, niet bestaanbaar te kunnen worden geacht met de beginselen van de wet van 27 juni 1921 waarbij aan de verenigingen zonder winstgevend doel en aan de instellingen van openbaar nut rechtspersoonlijkheid wordt verleend en, anderdeels, evenmin toelaatbaar te kunnen worden geacht als voorwaarden inzake erkenning en subsidiëring.

(...)

(1) Zie artikel 2, derde lid, van de wet van 29 mei 1959.

De vermelde bepalingen beperken zich anderzijds ook niet tot het vaststellen van voorwaarden inzake de erkenning en de subsidiëring van de bedoelde verenigingen en tot het regelen van het toezicht op de aanwending van die toelagen, maar houden maatregelen in die dieper ingrijpen in de organisatie en de werking van de verenigingen dan redelijkerwijze in een toelageregeling kan verantwoord worden.

Dergelijke maatregelen zijn in ons recht slechts denkbaar ten aanzien van door de overheid opgerichte openbare instellingen" (advies L. 19.317/8 van 17 oktober 1989, blz. 5-7).

- "En effet, la liberté d'association, que consacre la loi du 27 juin 1921 accordant la personnalité civile aux associations sans but lucratif et aux établissements d'utilité publique, n'est pas compatible avec le contrôle auquel les auteurs du projet entendent soumettre les agences.

L'on peut, certes, admettre que la région détermine les conditions auxquelles ces agences doivent satisfaire pour être agréées et établit le contrôle de celles-ci, de manière à permettre le retrait de l'agrément, si une agence venait à manquer à ses obligations, ou à assurer le contrôle de l'utilisation des subventions; elle ne pourrait, en revanche sans se contredire, instituer un régime de contrôle sur les actes de ces associations ni, d'une manière générale, fixer des règles qui affectent profondément leur existence, leur organisation et leur fonctionnement, (...); de telles règles ne se bornent pas, en effet, à déterminer des conditions et des modalités de l'agrément. Elles dénaturent la notion même d'association sans but lucratif en la soumettant à un régime de contrôle, notamment sous la forme d'une tutelle qui, dans notre droit, n'est instituée qu'à l'égard d'autorités décentralisées" (advies L. 22.585/9 van 8 juli 1993, blz. 3-4).

Het antwoord op de vraag mag bijgevolg zijn : het is niet bestaanbaar met de door de Grondwet gewaarborgde vrijheid van onderwijs dat in de optiek van de beoogde schaalvergroting de decreetgever aan de vrije hogescholen een beslissingsstructuur zou opleggen waardoor in hoofde van de inrichtende macht het recht wordt ingekrompen om, binnen de algemene voorwaarden van subsidiëring die bij decreet zijn gesteld, vrij het karakter of de pedagogische methodes van het door haar aangeboden onderwijs vast te stellen of de strekking ervan te bepalen.

Bovendien verzet artikel 20 van de Grondwet zich ertegen dat door de overheid zodanige vormen en wijzen van bestuur worden opgelegd dat de uitoefening van de vrijheid van vereniging structureel zou worden uitgehold.

VRAAG 3.

Deze vraag mag men samenvatten tot : mogen de programmatie- en rationalisatienormen alsook de basisregels inzake beheersstructuur, participatie en medezeggenschap voor alle hogescholen, ongeacht het net waartoe ze behoren, uniform zijn ?

.../...

Met deze vraag komt aan de orde, de vraag naar de gelijkheid in de vrijheid die de Grondwet op het stuk van onderwijs aan de inrichtende machten toekent.

Voor de auteurs van het schoolpact van 20 november 1958 was het onderscheid tussen het officieel onderwijs en het vrij onderwijs zo fundamenteel dat in resolutie B het onderwijs slechts in twee "onderwijssectoren" is gezien, te weten het officieel onderwijs - omvattende zowel het toenmalig rijksonderwijs (thans gemeenschapsonderwijs) als het provinciaal en gemeentelijk onderwijs - en het vrij onderwijs.

Dat onderscheid tussen het officieel onderwijs in zijn geheel en het vrij onderwijs is inderdaad voor het benaderen van de gestelde vraag bijzonder belangrijk : de klemtonen van de grondwettelijke waarborgen verschillen of hebben een andere intensiteit al naar de ene dan wel de andere categorie van inrichtende machten.

Onverminderd het neutraal karakter waartoe de Gemeenschap door de Grondwet in haar onderwijs gehouden is, is het onderwijs ingericht door of namens de Gemeenschap en het onderwijs ingericht door de provincies, gemeenten en andere openbare besturen - als zaak van openbare dienstverlening in de organieke betekenis van het woord (1) - onderworpen aan de regels welke bij elke overheidshandeling moeten worden in acht genomen, te weten de regel van de

(1) Zie Arbitragehof arrest nr. 27/92 van 2 april 1992, overweging 4.B.2.

actieve gelijkheid en het verbod van discriminatie besloten in de artikelen 6, 6bis en 17 van de Grondwet. Het onderwijs ingericht door private personen daarentegen heeft, naast het voordeel van de receptie van de onderwijsgelijkheid, krachtens inzonderheid artikel 17 van de Grondwet aanspraak op de vrijheid van onderwijs ter zake zowel van oprichting en inrichting van onderwijs als van een op een levensbeschouwing gestoelde eigenheid die onder meer in een eigen pedagogisch project kan resulteren (1). Zoals uit de termen van het schoolpact blijkt, vertrekt die gewaarborgde eigenheid vooral van een op een levensbeschouwing steunende vrijheid van schoolkeuze in hoofde van de ouders, studenten en leerlingen (2).

(1) Volgens het Arbitragehof kan het eigen karakter van een pedagogisch project ook aan andere dan levensbeschouwelijke gronden worden ontleend : "De door artikel 17, § 1, van de Grondwet gewaarborgde onderwijsvrijheid garandeert niet enkel het recht tot oprichting van - en derhalve keuze tussen - scholen die gebaseerd zijn op een bepaalde confessionele of niet-confessionele levensbeschouwing, maar ook het recht tot oprichting van scholen die hun eigenheid vinden in bepaalde pedagogische of onderwijskundige opvattingen" (Arresten 25/92 en 28/92 van 2 april 1992).

(2) Zoals de Raad van State al eerder opmerkte, is het onderwijs een collectieve voorziening van het aanbod-type (advies L. 19.946/1 van 31 mei 1990; Gedr. St., Vlaamse Raad, 1989-1990, nr. 365/1, blz. 123). Zie ook, Arbitragehof, arrest 25/92 van 2 april 1992 :

"De keuzevrijheid van de ouders kan niet worden gezien los van het recht tot oprichting van onderwijsinstellingen en van het recht op subsidiëring, dat die instellingen bezitten. De keuzevrijheid van de ouders kan immers

In de geest van het schoolpact, vertaald in het nieuwe artikel 17 van de Grondwet, kan geen overheidsmaatregel afbreuk doen aan de eerbiediging van de vrije keuze. Voorts doet de parlementaire voorbereiding van het nieuwe artikel 17 van de Grondwet ervan blijken dat de bepaling "Het onderwijs is vrij" zowel doelt op de vrijheid van oprichting als op de pedagogische vrijheid waarop de inrichtende macht zich kan beroepen in de voortzetting van de vrije schoolkeuze (Gedr. St., Senaat, B.Z. 1988, nr. 100-1/20, blz. 27).

Aan het zoëven omschreven verschil tussen het officieel onderwijs en het vrij onderwijs kan de decreetgever in zijn regelgeving niet voorbijgaan. Dat verschil kan - en moet in bepaalde gevallen - de uniformiteit waarop in de vraag wordt gealludeerd, in de weg staan. Zoals het Arbitragehof in het arrest 28/92 van 2 april 1992 heeft vastgesteld, kan een voor alle scholen uniforme regel tot rechtsongelijkheid leiden (overweging 5.B.4.). Bijgevolg moet de decreetgever in zijn normering rekening houden met de objectieve verschillen die resulteren uit de door de Grondwet toegekende rechten en vrijheden waarover boven bij herhaling is uitgeweid.

Bovendien hebben de inrichtende machten van het vrij onderwijs - op een andere wijze dan het gemeenschaps-

slechts ten volle gelden wanneer de vrijheid van de inrichtende machten om onderwijs in te richten en het recht op subsidiëring dat dit onderwijs in principe bezit, niet op onrechtmatige wijze worden beperkt".

.../...

onderwijs of het provinciaal en gemeentelijk onderwijs - aanspraak op de vrijheid van vereniging bepaald in artikel 20 van de Grondwet. Mits zich te voegen naar de bepalingen van de wet van 27 juni 1921, verwerven zij de rechtspersoonlijkheid die nodig is om voor subsidiëring in aanmerking te komen. Voor de inrichtende machten van het gemeenschapsonderwijs daarentegen zijn de organisatie en de inrichting van het onderwijs zaak van de decreetgever, al naar het geval bij gewone dan wel versterkte meerderheid, terwijl de inrichtende machten van het provinciaal en gemeentelijk onderwijs niet ontkomen aan de algemene beheersstructuur van de provincies, respectievelijk de gemeenten die luidens artikel 108 van de Grondwet bij de federale wet worden geregeld.

.../...

Het antwoord op de gestelde vraag is dan ook dat de diverse aangehaalde objectieve verschillen (1) een uniformiteit als in de vraag bedoeld in de weg staan.

(1) Voor zoveel als nodig kan voor het begrip "objectieve verschillen" nog verwezen worden naar de Verklarende nota bij het regeringsvoorstel tot herziening van de Grondwet (Gedr. St., Senaat, B.Z. 1988, nr. 100-1/10, blz. 5 tot 7) en het arrest nr. 27/92 van 2 april 1992 van het Arbitragehof, overweging 4.B.2.

De kamer was samengesteld uit

de Heer	: H. COREMANS,	kamervoorzitter,
Mevrouw	: S. VANDERHAEGEN,	staatsraden,
de Heer	: M. VAN DAMME,	
Mevrouw	: A. BECKERS,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de H. J. BAERT, auditeur. De nota van het Coördinatiebureau werd opgesteld en toegelicht door Mevr. M.-C. CEULE, eerste referendaris.

DE GRIFFIER,

DE VOORZITTER,

A. BECKERS.

H. COREMANS.