

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 36.359/1

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, eerste kamer, op 23 december 2003 door de Vlaamse minister van Onderwijs en Vorming verzocht haar, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een voorontwerp van decreet "betreffende de flexibilisering van het hoger onderwijs in Vlaanderen", heeft op 15 januari 2004 het volgende advies gegeven:

Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, heeft de afdeling wetgeving zich beperkt tot het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond ⁽¹⁾ alsmede van de vraag of aan de voorgeschreven vormvereisten is voldaan.

*

* *

STREKKING VAN HET ONTWERP

Het om advies voorgelegde voorontwerp van decreet strekt ertoe het hoger onderwijs te flexibiliseren, met name wat betreft de toegang (sluiten van een toetredingsovereenkomst onder de vorm van een diplomacontract, creditcontract of examencontract; naast diploma's ook het in aanmerking nemen van competenties en andere kwalificaties), wat betreft de leervormen en de wijze van evalueren en examineren, wat betreft de organisatie van het curriculum en wat betreft de organisatie van het onderwijs.

Dit laatste betekent in het bijzonder dat het thans geldige studiejaarsysteem wordt omgebouwd tot een creditsysteem. De opleidingsprogramma's worden opgedeeld in opleidingsonderdelen, uitgedrukt in studiepunten. De studenten realiseren hun studievoortgang door het verwerven van een 'credit' en een 'creditattest' per opleidingsonderdeel. Er blijven wel vormen van deliberatie bestaan : aan het einde van een opleiding en op het einde van het academiejaar van een eerste inschrijving in een bachelorsopleiding. De instellingen kunnen ook tussentijdse deliberatiemomenten invoeren.

⁽¹⁾ Aangezien het om een ontwerp van decreet gaat wordt onder rechtsgrond de conformiteit met hogere rechtsnormen verstaan.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 4

Gelet op het ontworpen artikel 22 van het decreet van 4 april 2003 betreffende de herstructurering van het hoger onderwijs in Vlaanderen, verdient het aanbeveling in dat decreet ook een definitie van de term 'afstandsonderwijs' op te nemen ⁽²⁾.

Artikel 8

Het ontworpen artikel 70 van het decreet van 4 april 2003 verleent de student het recht zich in te schrijven aan de instelling van zijn keuze voor zover hij voldoet aan de decretale en reglementaire toelatingsvoorwaarden. In de memorie van toelichting wordt gewag gemaakt van een «absoluut inschrijvingsrecht» en wordt er aan toegevoegd dat het weigeren van een inschrijving neerkomt op een onrechtmatige en gerechtelijk sanctioneerbare weigering om een toetredingsovereenkomst aan te gaan.

Aldus staat de ontworpen regeling op gespannen voet met de door artikel 24, § 1, eerste lid, van de Grondwet gewaarborgde actieve vrijheid van onderwijs, die voor vrije onderwijsinstellingen het recht ⁽³⁾ impliceert om onderwijs te organiseren dat zijn eigenheid vindt in een bepaalde godsdienstige, filosofische of onderwijskundige opvatting en daarvoor ook onder bepaalde voorwaarden aanspraak te maken op subsidiëring vanwege de gemeenschap. In dat verband kan worden verwezen naar het onderzoek dat de Raad van State, afdeling wetgeving, aan dit vraagstuk heeft gewijd in

⁽²⁾ Zie de definitie van 'afstandsonderwijs' in artikel 24, § 1, eerste lid, 2°, van het decreet van 2 maart 1999 tot regeling van een aantal aangelegenheden van het volwassenenonderwijs: "het onderwijs dat bijna uitsluitend met behulp van media wordt verstrekt waardoor de cursist niet aan een bepaalde plaats van onderwijsverstrekking is gebonden".

⁽³⁾ Het gaat om een recht, wat betekent dat de onderwijsinstellingen de mogelijkheid krijgen, doch niet verplicht zijn aan de studenten zekere eisen te stellen in het kader van de godsdienstige, filosofische of onderwijskundige opvattingen waarop het door hun georganiseerde onderwijs stoelt.

het advies 33.027/1 van 19 februari 2002 over een voorontwerp van decreet «betreffende gelijke onderwijskansen-I» ⁽⁴⁾.

In het arrest nr. 131/2003 van 8 oktober 2003 heeft het Arbitragehof geoordeeld dat artikel III.1, § 1, van het decreet van 28 juni 2002 betreffende gelijke onderwijskansen-I, dat aan elke leerling het recht verleent op inschrijving in de door zijn ouders gekozen school van het basis- of secundair onderwijs, niet in strijd is met de vrijheid van onderwijs ⁽⁵⁾. Het Hof is van oordeel dat voormelde bepaling geen onevenredige beperking inhoudt van de vrijheid van onderwijs. Om tot die beoordeling te komen, wijst het Hof er echter op dat het niet om een absoluut inschrijvingsrecht gaat, in de eerste plaats omdat het recht onderworpen is aan de instemming van de ouders met het pedagogisch project, dat alle - eventueel ook levensbeschouwelijke of onderwijskundige - uitgangspunten omvat die de inrichtende macht als fundamenteel beschouwt. In het voorliggende ontwerp is een gelijkaardige beperking van het inschrijvingsrecht evenwel niet voorhanden.

Artikel 12

1. In het tweede lid van het ontworpen artikel 82ter, § 1, wordt aan de regering de opdracht gegeven de minimale beginselen vast te stellen voor het bekwaamheidsonderzoek op grond waarvan attesten van bekwaamheid inzake verworven competenties zullen worden verleend.

In het licht van artikel 24, § 5, van de Grondwet gaat het om een dermate essentiële aangelegenheid - toegang tot het hoger onderwijs - dat in het ontwerp met voldoende nauwkeurigheid de beginselen dienen te worden vastgesteld, op grond waarvan de regering haar bevoegdheid dient uit te oefenen ⁽⁶⁾.

⁽⁴⁾ Parl. St., Vl. Parl., 2001-2002, nr. 1143/1, pp. 131-140.

⁽⁵⁾ Arbitragehof, nr. 131/2003, 8 oktober 2003, B.4 tot B.5.7.

⁽⁶⁾ Vergelijk bijvoorbeeld met het ontworpen artikel 82sexies.

Volgens de rechtspraak van het Arbitragehof drukt artikel 24, § 5, van de Grondwet immers de wil uit van de grondwetgever om aan de wetgevers de zorg voor te behouden een regeling te treffen voor de essentiële aspecten van het onderwijs wat de inrichting, erkenning en subsidiëring ervan betreft. Die bepaling verbiedt volgens dezelfde rechtspraak weliswaar niet dat dienaangaande opdrachten aan de regering worden gegeven, doch enkel voor zover die opdrachten op de tenuitvoerlegging van de door de wetgever zelf vastgestelde beginselen betrekking hebben. Via die opdrachten kan de regering de onnauwkeurigheid van die beginselen niet opvangen, noch onvoldoende omstandige beleidskeuzes verfijnen ⁽⁷⁾.

2. Het tweede lid van het ontworpen artikel 82*undecies* bepaalt dat de instellingsbesturen, na een overeenkomst met de Vlaamse regering, de gegevens inzake de studievoortgang van de studenten naar een centrale databank doorgeven.

Noch in de memorie van toelichting, noch in de bij het ontwerp gevoegde 'toelichtende nota' wordt nadere uitleg gegeven bij deze bepaling. Daarover ondervraagd door het bevoegde lid van het auditoraat heeft de gemachtigde van de regering volgende verduidelijking verschaft:

"De centrale databank, waarvan sprake in art. 82*undecies*, verwijst eigenlijk naar de bestaande Databank Tertiair Onderwijs, die in haar huidige vorm opgestart werd door de administratie Hoger Onderwijs en Wetenschappelijk Onderzoek vanaf het academiejaar 1999-2000. Deze databank dient in eerste instantie voor de financiering van de hogeronderwijsinstellingen en statistische verplichtingen. Anderzijds laat de databank de opvolging van studieloopbanen toe voor cohortes van studenten. De huidige databank bevat per individuele student enerzijds de inschrijvingsgegevens, anderzijds de identificatiegegevens. Per inschrijving worden opleidingsgegevens, financieringsgegevens en studieresultaatsgegevens verzameld. De financierbaarheid dient immers per individuele student vastgesteld. Bij KB van 7 juli 2002 kreeg het departement Onderwijs de machtiging om het rijksregisternummer te gebruiken voor de opvolging van de studieloopbaan van de student. De identificatiegegevens van de student worden uitsluitend elektronisch uitgewisseld tussen de instellingen in het departement Onderwijs. Ze dienen tevens ter controle van dubbele inschrijvingen en van het aantal inschrijvingen in eenzelfde studiejaar over de academiejaren heen. Ze maken ook de opvolging van studieloopbanen mogelijk. Ze kunnen op geen enkel ogenblik openbaar worden gemaakt. Het beheer en gebruik van de huidige databank is verder geregeld in een protocol tussen AHOWO enerzijds en de Vlaamse Interuniversitaire Raad en de Vlaamse Hogescholenraad anderzijds.

⁽⁷⁾ Zie bijvoorbeeld Arbitragehof, nr. 33/92, 7 mei 1992, B.5.1 en B.5.2.

De huidige databank voldoet niet meer om de bepalingen van het decreet betreffende de flexibilisering te kunnen uitvoeren. De doelstellingen van de databank worden door dit decreet niet fundamenteel gewijzigd. Ze blijft ten dienste staan van financiering, statistische verplichtingen en opvolging van studieloopbanen. Wel zullen in de databank een aantal nieuwe gegevens dienen opgenomen te worden.

In het studiejaarsysteem volstaat de vermelding geslaagd of niet geslaagd voor het studiejaar, aangezien deze automatisch slaat op alle opleidingsonderdelen van dat jaar. Bij een flexibele organisatie is het nodig gegevens te hebben met betrekking tot het aantal studiepunten waarvoor een student per academiejaar inschrijft en met betrekking tot het aantal studiepunten die een student per academiejaar verwerft. Op die manier is het mogelijk na te gaan hoeveel academiejaren een student nodig heeft om een diploma te verwerven.

Het is over deze nieuwigheden dat in een overeenkomst met de instellingen dient afgesproken te worden welke gegevens in een centrale databank zullen bijgehouden worden, en welke gegevens alleen door de instellingen zelf verzameld zullen worden.

De vernieuwde databank zal geen andere identificatiegegevens bevatten dan diegene die de databank nu al bevat. De inhoud van de eigenlijke databank blijft steeds geheim, het zijn alleen afgeleide gegevens zoals statistieken, of het totaal aantal financierbare studenten die openbaar worden gemaakt".

Gelet op het, onder meer door artikel 22 van de Grondwet, erkende recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer, zou een en ander tot uiting moeten worden gebracht in de tekst van het ontwerp, en in de memorie van toelichting.

Artikelen 15 tot 24

1. De artikelen 15 tot 24 van het ontwerp wijzigen "het decreet ... betreffende de rechtspositieregeling van de student, de participatie in het hoger onderwijs, de integratie van bepaalde afdelingen van het hoger onderwijs voor sociale promotie in de hogescholen en de begeleiding van de herstructurering van het hoger onderwijs in Vlaanderen". Dit ontwerp, bij het Vlaams Parlement ingediend op 1 december 2003 ⁽⁸⁾ en over het voorontwerp waarvan de Raad van State, afdeling wetgeving, op 30 oktober 2003 het advies 35.979/1 heeft gegeven, wordt behandeld in de bevoegde commissie en is nog niet goedgekeurd door het voltallige Parlement. Het spreekt vanzelf dat het ten eerste aanbeveling verdient de ontworpen wijzigingsbepalingen bij wege van

⁽⁸⁾ Parl. St., Vl. Parl., 2003-2004, nr. 1960/1.

regeringsamendement te integreren in het voormelde ontwerp van decreet, in plaats van ze als wijzigingsbepalingen aan te nemen.

2. De ontworpen bepalingen wijzigen de regels inzake de rechtsbescherming en voorzien in de mogelijkheid van een beroep bij een administratief rechtscollege, de "Raad voor betwistingen inzake studievoortgangsbepalingen", dat onder meer moet oordelen of studievoortgangsbepalingen in overeenstemming zijn met de decretale en reglementaire bepalingen, de onderwijs- en examenregeling en de algemene administratieve beginselen.

Vraag is of de decreetgever hiertoe bevoegd is.

In dit verband moet worden verwezen naar artikel 161 van de Grondwet, naar luid waarvan geen administratief rechtscollege dan krachtens de wet kan worden ingesteld. Aangezien dit grondwetsartikel dateert van na de totstandkoming van de staatshervorming, moet worden aangenomen dat met het woord "wet" naar de federale wet wordt verwezen ⁽⁹⁾, bij gebreke van enige tegenaanwijzing terzake in de parlementaire voorbereiding ⁽¹⁰⁾.

⁽⁹⁾ Zie P. LEWALLE, "Les articles 160 et 161 de la Constitution relatifs au Conseil d'Etat et aux juridictions administratives", A.P.T., 1994, (145), 155-156.

⁽¹⁰⁾ Ook in artikel 146 van de Grondwet wordt bepaald dat geen rechtbank of met eigenlijke rechtspraak belast orgaan kan worden ingesteld dan krachtens een wet. Aangezien dit grondwetsartikel dateert van vóór de totstandkoming van de staatshervorming, kan eruit als zodanig geen bevoegdheidsvoorbehoud worden afgeleid ten voordele van de federale wetgever (zie in dit verband artikel 19, § 1, eerste lid, van de bijzondere wet van 16 juli 1993). Op de vraag of, en zo ja, in welke mate, de in artikel 146 van de Grondwet bedoelde materies een aangelegenheid op zich vormen die tot de residuaire bevoegdheid van de federale wetgever behoren, hoeft in casu niet te worden ingegaan gelet op het gegeven dat in artikel 161 van de Grondwet in ieder geval naar de federale wet wordt verwezen.

Het Arbitragehof heeft wel aangenomen dat de gemeenschappen en de gewesten op grond van artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen bevoegd kunnen zijn om een administratief rechtscollege op te richten ⁽¹¹⁾.

Evenwel dienen de criteria te zijn vervuld tot toepassing van artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980. Zoals men weet is daartoe vereist dat de aan te nemen regeling noodzakelijk is voor de uitoefening van de bevoegdheden van de betrokken gemeenschap of het betrokken gewest, dat de aangelegenheid zich leent tot een gedifferentieerde regeling en dat de weerslag van de betrokken bepalingen op de aangelegenheid slechts marginaal is ⁽¹²⁾.

De twee laatste voorwaarden doen in dit geval geen probleem rijzen. Wat het noodzakelijkheidsvereiste betreft, bevat de memorie van toelichting geen uitgewerkte motivering, zodat de Raad van State zich over dit aspect niet kan uitspreken ⁽¹³⁾.

⁽¹¹⁾ Arbitragehof, nr. 49/2003, 30 april 2003, B.8.1. tot B.8.5. Het Arbitragehof neemt aldus aan dat het genoemde artikel 10 slechts de vertolking is van het grondwettelijke beginsel dat de door of krachtens de Grondwet gedane bevoegdheidstoewijzingen alles omvatten wat noodzakelijk is om die bevoegdheden uit te oefenen. De toewijzing van bevoegdheid die in artikel 10 vervat ligt, vloeit dus uit de Grondwet zelve voort en niet louter uit artikel 10 van de bijzondere wet. Het is slechts indien men zulks aanneemt dat kan worden begrepen dat een bepaling uit een bijzondere wet kan ingrijpen op een door de Grondwet aan de federale wetgever toegewezen bevoegdheid.

⁽¹²⁾ Zie o.m. Arbitragehof nr. 83/2002, 8 mei 2002, B.5.1; Arbitragehof, nr. 189/2002, 19 december 2002, B.5; Arbitragehof nr. 49/2003, 30 april 2003, B.8.4; Arbitragehof, nr. 58/2003, 14 mei 2003, B.5.3; Arbitragehof, nr. 126/2003, 1 oktober 2003, B.5.3.

⁽¹³⁾ Het Arbitragehof heeft geoordeeld dat de beoordeling van het noodzakelijkheidsvereiste in de eerste plaats aan de decreetgever toekomt en slechts door het Hof kan worden gecensureerd indien ze kennelijk onjuist is (Arbitragehof, nr. 189/2002, 19 december 2002, B.7; Arbitragehof, nr. 49/2003, 30 april 2003, B.8.3).

Artikel 25

Artikel 25 van het ontwerp voert een nieuwe regeling in voor het te betalen studiegeld. Het studiegeld wordt afhankelijk gemaakt van het type toetredingscontract dat door de student wordt gesloten, en van het door hem gekozen studietraject (met name het daarin vervatte aantal studiepunten).

Aangezien deze regeling de in artikel 43 van het decreet van 12 juni 1991 betreffende de universiteiten in de Vlaamse Gemeenschap vervatte regeling vervangt, dient voormeld artikel 43 expliciet te worden opgeheven door het ontwerp.

Uit de lezing van artikel 13.2. van het internationaal verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten, opgemaakt te New York op 19 december 1966, in samenhang met artikel 2.1 van datzelfde verdrag, blijkt dat de - door het verdrag opgelegde - gelijke toegankelijkheid van het hoger onderwijs "voor een ieder op basis van bekwaamheid" geleidelijk moet worden ingevoerd in de verdragsluitende staten, in het bijzonder door de invoering van kosteloos onderwijs, rekening houdend met de economische mogelijkheden en de situatie van de overheidsfinanciën eigen aan elk van die staten, en niet volgens strikt uniforme temporele voorwaarden. Artikel 13.2., littera c), van het verdrag heeft geen rechtstreekse gevolgen in de interne rechtsorde en doet op zichzelf geen recht op kosteloze toegang tot het hoger onderwijs ontstaan. Wel verzet die bepaling zich ertegen dat de gemeenschappen, na de inwerkingtreding van het verdrag ten aanzien van België - op 6 juli 1983 - maatregelen zouden nemen die tegen de doelstelling van de geleidelijke invoering van gelijke toegankelijkheid van het hoger onderwijs voor een ieder op basis van bekwaamheid, rekening houdend met de situatie van de overheidsfinanciën, ingaan ⁽¹⁴⁾. Dat impliceert dat moet worden gestreefd naar de geleidelijke invoering van kosteloos onderwijs.

In tegenstelling tot wat in de memorie van toelichting wordt verdedigd, lijkt er geen reden om de bachelors-na-bachelorsopleidingen en de postgraduaatopleidingen niet te beschouwen als hoger onderwijs in de zin van de vermelde verdragsbepaling.

⁽¹⁴⁾ Arbitragehof, nr. 33/92, 7 mei 1992, B.4.3.

De situatie inzake inschrijvingsgelden die uit het ontwerp voortvloeit, zal dus moeten worden getoetst aan de hoger vermelde verdragsbepalingen. De Raad van State, afdeling wetgeving, is, bij gebrek aan voldoende concrete gegevens, niet in de mogelijkheid om zich over dit punt uit te spreken.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	M. VAN DAMME,	kamervoorzitter,
	J. BAERT,	
	J. SMETS,	staatsraden,
	A. SPRUYT,	assessoren van de
	M. RIGAUX,	afdeling wetgeving,
Mevrouw	A. BECKERS,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de H. W. PAS, auditeur.

DE GRIFFIER,

DE VOORZITTER,

A. BECKERS

M. VAN DAMME