



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 74.880/1
van 15 december 2023

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘over de
organisatie van de Vlaamse toetsen’

Op 14 november 2023 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Onderwijs, Sport, Dierenwelzijn en Vlaamse Rand verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘over de organisatie van de Vlaamse toetsen’.

Het ontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 7 december 2023. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Brecht STEEN en Annelies D’ESPALLIER, staatsraden, Michel TISON, assessor, en Greet VERBERCKMOES, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Barbara SPEYBROUCK, eerste auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 15 december 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 beperkt tot het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

STREKKING EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

2. Het om advies voorgelegde ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering strekt ertoe om (gedeeltelijk) uitvoering te geven aan het decreet van 28 april 2023 ‘over de Vlaamse toetsen in het onderwijs’. Het ontwerp bevat een aantal regels voor de praktische organisatie van de Vlaamse toetsen (artikelen 1 tot 4) en van het inzagerecht (artikelen 5 en 6) en legt de lijst met leerlingenkenmerken vast die kunnen worden verwerkt voor het wetenschappelijk onderzoek (artikel 7).

De regeling treedt in werking op 15 december 2023, met uitzondering van artikel 4 van het ontwerp met betrekking tot het individueel inhaalmoment, dat in werking treedt op 1 september 2025 (artikel 8).

3.1. Het ontwerp vindt in beginsel rechtsgrond in de artikelen 44*quater*, § 1, vierde lid, en 44*quinquies*, § 1, vierde lid, van het decreet basisonderwijs van 25 februari 1997 en de artikelen 115/8, § 1, vijfde lid, en 115/9, § 1, vijfde lid van de Codex Secundair Onderwijs, zoals die bepalingen werden ingevoegd bij het decreet van 28 april 2023 ‘over de Vlaamse toetsen in het onderwijs’.¹

3.2. Voor de artikelen 5 en 6 van het ontwerp, althans voor zover die laatste bepaling betrekking heeft op het gratis recht op inzage, dient evenwel rechtsgrond te worden gezocht in artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’, gelezen in samenhang met de artikelen 44*quinquies*, § 2, vierde lid, van het decreet basisonderwijs en 115/9, § 2, vierde lid, van de Codex Secundair Onderwijs². Aangezien artikel 5 en artikel 6, voor zover die bepaling betrekking heeft op het recht op inzage, geen betrekking hebben op de organisatie van de Vlaamse toetsen of de verwerking van leerlingenkenmerken, maar op het inzagerecht voor leerlingen of ouders in de afgelegde Vlaamse toetsen geven zij uitvoering aan de artikelen 44*quinquies*, § 2, vierde lid, van het decreet basisonderwijs en 115/9, § 2, vierde lid, van de Codex Secundair Onderwijs, die bepalen dat de leerlingen of hun ouders recht hebben op inzage in hun toets, op een manier die de vertrouwelijkheid van de toetsvragen garandeert.

¹ De stellers van het ontwerp dienen er zich evenwel bewust van te zijn dat de machtigingen aan de Vlaamse Regering in de artikelen 44*quinquies*, § 2, vierde lid, van het decreet basisonderwijs en 115/9, § 2, vierde lid, van de Codex Secundair Onderwijs om de leerlingenkenmerken vast te leggen die verwerkt worden, waaronder de leerlingenvragenlijst, mogelijk nog steeds op gespannen voet staan met het formeel legaliteitsbeginsel dat is neergelegd in artikel 22 van de Grondwet (Cf. adv.RvS 72.476/1 van 31 januari 2023, over een voorontwerp dat heeft geleid tot het decreet van 28 april 2023 ‘over de Vlaamse toetsen in het onderwijs’, *Parl.St.* VI.Parl. 2022-23, nr. 1590/1, opmerking 9).

² Beide bepalingen bevatten immers zelf geen machtiging aan de Vlaamse Regering om het inzagerecht nader uit te werken.

3.3. In zoverre artikel 6 van het ontwerp bepaalt dat zowel de deelname aan de toetsen als de toetsinzage gratis zijn, kan hiervoor voldoende rechtsgrond worden gevonden in de reeds aangehaalde rechtsgrondbepalingen. Niettemin verdient het aanbeveling om aangaande de kosten van de toets en de toetsinzage een meer deugdelijke rechtsgrond te creëren. De ingeroepen rechtsgrondbepalingen zouden immers onvoldoende rechtsgrond bieden voor het invoeren van een bijdrageregeling door de Vlaamse Regering. Een dergelijke bepaling zou immers neerkomen op het verfijnen van een onvoldoende omstandig gemaakte beleidskeuze of het opvullen van een lacune die krachtens artikel 24, § 5, van de Grondwet enkel door de decreetgever zelf zou kunnen worden geregeld.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Aanhef

4. Overeenkomstig wat hierboven is opgemerkt over de rechtsgrond, dient onder de rubriek “Rechtsgronden” ook een verwijzing artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’ en de artikelen 44*quinquies*, § 2, vierde lid, van het decreet basisonderwijs van 25 februari 1997 en 115/9, § 2, vierde lid van de Codex Secundair Onderwijs, ingevoegd bij het decreet 28 april 2023, te worden opgenomen.

Voorts is het aangewezen meer precies te verwijzen naar de precieze onderdelen van de betrokken artikelen die rechtsgrond bieden, met name de artikelen 44*quater*, § 1, vierde lid, 44*quinquies*, § 1, vierde lid, van het decreet basisonderwijs van 25 februari 1997, 115/8, § 1, vijfde lid, en 115/9, § 1, vijfde lid, van de Codex Secundair Onderwijs, telkens ingevoegd bij het decreet van 28 april 2023.

Artikel 3

5.1. Artikel 3 van het ontwerp bepaalt dat “(e)en aantal toetsen adaptief zijn”.

5.2.1. In de nota aan de Vlaamse Regering wordt hierover het volgende opgemerkt:

“De deelnemende leerlingen zullen niet allemaal dezelfde toetsvragen krijgen, en toch zullen hun resultaten eerlijk en vergelijkbaar zijn.

Het adaptief toetsen heeft twee grote voordelen: (1) het doorlopen van de toets is minder frustrerend omdat de moeilijkheidsgraad van de vragen aangepast is aan het prestatieniveau van de leerling en (2) met een beperkte toetsduur kan er toch een betrouwbare inschatting gemaakt worden van de vaardigheid van de leerling. Ook andere landen zoals bv. Denemarken en Australië werken daarom met adaptieve toetsen.

Het resultaat van een leerling is geen eenvoudige somscore of een percentage juist beantwoorde vragen. Voor elke leerling wordt een vaardigheidsscore berekend, rekening houdend met de moeilijkheidsgraad van elke vraag.

In de cesuurbepaling wordt er voor elke meetschaal bepaald waar ‘de lat’ van de minimumdoelen ligt. De cesuurbepaling gebeurt door een representatieve groep experts (leraren, lerarenopleiders, inspecteurs, inhoudelijke experts) op basis van de geldende minimumdoelen.

Bovendien wordt gebruik gemaakt van zogenaamde ‘blokadaptiviteit’ en niet van ‘itemadaptiviteit’.

Leerlingen krijgen dus niet onmiddellijk een gemakkelijkere toetsvraag omwille van één foutief beantwoorde eerdere toetsvraag. Een leerling moet een bepaald blok van vragen foutief beantwoorden vooraleer het toetssysteem gemakkelijkere toetsvragen selecteert voor de betreffende leerling.”

en

“De Vlaamse toetsen zijn digitale toetsen. De leerlingen leggen de toetsen af op school.

Er is geen papieren alternatief voorzien, onder meer omdat een aantal toetsen adaptief zijn. Die adaptiviteit betekent dat de moeilijkheidsgraad van de toetsvragen gebaseerd is op de eerdere antwoorden van de leerling. Naarmate een leerling doorheen de toets vordert, zal de moeilijkheidsgraad van de toetsvragen steeds dichter aansluiten bij het vaardigheidsniveau van de leerling. Op die manier krijgen leerlingen toetsvragen die aansluiten op hun vaardigheidsniveau, en raken leerlingen niet gefrustreerd omdat de vragen veel te moeilijk of veel te makkelijk zijn. Een bijkomend voordeel van adaptief toetsen is dat een betrouwbare inschatting van het vaardigheidsniveau van de leerling kan gemaakt worden met een beperkt aantal vragen.”

5.2.2. Gevraagd of uit die passages in de nota aan de Vlaamse Regering niet volgt dat “alle” toetsen adaptief zijn en niet “een aantal” zoals de tekst van artikel 3 stelt, antwoordde de gemachtigde het volgende:

“De Vlaamse toetsen zijn toetsen voor Nederlands (begrijpend lezen, schrijven, grammatica) en wiskunde. Ze bestaan uit meerdere deoltoetsen. Deze deoltoetsen worden allemaal ontworpen als adaptieve toetsen. Maar om een adaptieve toets correct af te nemen bij leerlingen zijn er een aantal technische voorwaarden waaraan voldaan dient te worden. Indien deze voorwaarden niet voldaan zouden zijn, dan zal de toets alsnog op niet-adaptieve, lineaire wijze aangeboden worden aan de leerlingen. Inmiddels geven de eerste IRT-analyses aan dat de 14 toetsen die in mei-juni 2023 werden uitgetest in de kalibratie allemaal voldoen aan de voorwaarden om bij de volgende afnames adaptief te worden aangeboden aan de deelnemende leerlingen.”

5.3. Het verdient aanbeveling om het begrip adaptieve toetsen in de tekst zelf te verduidelijken. Bovendien dient de bepaling zo te worden geformuleerd dat eruit blijkt dat ook alle toetsen adaptief kunnen zijn, bijvoorbeeld door de tweede zin te laten aanvangen met “Minstens”.

Artikel 5

6.1. Artikel 5 van het ontwerp regelt de procedure voor het recht op inzage in de Vlaamse toetsen voor leerlingen of hun ouders. Het ontworpen punt 2° van artikel 5 bepaalt dat de leerling en/of de ouder “de toets komen inkijken bij de bevoegde dienst van het Vlaamse Ministerie van Onderwijs en Vorming”. Uit de nota aan de Vlaamse Regering blijkt dat hiermee wordt bedoeld dat de inzage plaatsvindt in Brussel. Dat uitsluitend in Brussel inzage wordt verleend, houdt onmiskenbaar een beperking in van het inzagerecht van de betrokken leerlingen en ouders.

6.2. Examens die door de overheid worden bewaard zijn bestuursdocumenten. 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. 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.³

Bovendien zijn antwoorden op examenvragen te beschouwen als persoonsgegevens in de zin van artikel 4.1 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 (algemene verordening gegevensbescherming)’ (hierna: AVG).⁴ Artikel 15 van de AVG en artikel 38, § 1, van de wet van 30 juli 2018 ‘betreffende de bescherming van natuurlijke personen met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens’, waarborgen het recht van de betrokkene om inzage te krijgen in de hem betreffende persoonsgegevens.

Dienaangaande preciseert overweging 63 van de AVG het volgende:

“Een betrokkene moet het recht hebben om de persoonsgegevens die over hem zijn verzameld, in te zien, en om dat recht eenvoudig en met redelijke tussenpozen uit te oefenen, zodat hij zich van de verwerking op de hoogte kan stellen en de rechtmatigheid daarvan kan controleren.”

Overeenkomstig artikel 23, lid 1, van de AVG kan het recht op inzage worden beperkt indien daarvoor een rechtsgrond bestaat⁵ “op voorwaarde dat die beperking de wezenlijke inhoud van de grondrechten en fundamentele vrijheden onverlet laat en in een democratische samenleving een noodzakelijke en evenredige maatregel is ter waarborging van” een aantal doelstellingen van algemeen belang.⁶ In zoverre die beperkingen tevens een inmenging inhouden in het recht op eerbiediging van het privé- en gezinsleven, vloeit er overigens een gelijkaardige vereiste voort uit artikel 22 van de Grondwet en artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens.

Zowel uit de artikelen 22 en 32 van de Grondwet als uit artikel 23, lid 1, van de AVG volgt dus dat de inperking van het inzagerecht bij wet moet zijn voorzien, een wettig doel moet nastreven en proportioneel moet zijn.

³ GwH 19 december 2013, nr. 169/2013, B.16.3; GwH 29 november 2018, nr. 167/2018, B.7.3.; adv.RvS 72.476/1 van 31 januari 2023, over een voorontwerp dat heeft geleid tot het decreet van 28 april 2023 ‘over de Vlaamse toetsen in het onderwijs’, *Parl.St.* Vl.Parl. 2022-23, nr. 1590/1, opmerking 6.2.

⁴ HvJ 20 december 2017, C-434/16, *Novak t. Data Protection Commissioner*, ECLI:EU:C:2017:994, § 62.

⁵ Adv.RvS 64.723/2 van 17 december 2018, over een ontwerp dat heeft geleid tot het koninklijk besluit van 10 maart 2019 ‘tot bepaling van de nadere regels voor de toegang tot de databank voor de akten van de burgerlijke stand’. Artikel 23, lid 1, van de AVG spreekt over een “lidstatelijke maatregel”. Artikel 38, § 2, van de wet van 30 juli 2018 stelt dat die beperking bij wet, decreet of ordonnantie moet worden geregeld.

⁶ Artikel 38, § 2, van de wet van 30 juli 2018 bevat een gelijkaardige bepaling.

6.3.1. De artikelen 44*quinquies*, § 2, vierde lid, van het decreet basisonderwijs en 115/9, § 2, vierde lid, van de Codex Secundair Onderwijs bepalen dat de leerlingen of hun ouders het recht op inzage hebben in hun toets “op een manier die de vertrouwelijkheid van de toetsvragen garandeert”. Gelezen in samenhang met artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 vormen deze bepalingen de rechtsgrond voor een beperking van het inzagerecht (zie hoger, opmerking 3.2). Die bepalingen geven de voorwaarde aan waaronder het inzagerecht kan worden beperkt. Elke beperking moet als doel hebben de vertrouwelijkheid van de toetsvragen te garanderen.

6.3.2. De beperking van het inzagerecht in die zin dat dat recht enkel onder toezicht in Brussel kan worden uitgeoefend, wordt in de nota aan de Vlaamse Regering als volgt nader verantwoord:

“Toetsinzage in Brussel

Om het recht op inzage in de persoonsgegevens (de antwoorden van de leerling) te verzoenen met de vertrouwelijkheid van de toetsvragen, wordt inzage verleend onder gecontroleerde omstandigheden, zodat vermeden kan worden dat leerlingen of hun ouders de inhoud van de toetsvragen kunnen kopiëren en verspreiden via sociale media.

De VTC stelt dat het disproportioneel is om het inzagerecht enkel in Brussel mogelijk te maken. Ze suggereert om dit inzagerecht decentraal, bijvoorbeeld via de school, te organiseren.

Hierin zoeken we een afgewogen balans tussen het recht op inzage van de betrokkenen en de belangen van de overheid om één en ander betaalbaar en beheersbaar te houden. Een inzage op afstand biedt onvoldoende controle. Bij inzage op afstand zijn er te veel mogelijkheden om de inhoud van de toetsvragen te kopiëren en te verspreiden. Daarom wordt inzage verleend onder toezicht, centraal in Brussel.

Na de eerste inzageperiode (zomer 2024) zal de toepassing van deze werkwijze geëvalueerd en indien nodig bijgestuurd worden. Er zal tijdens de evaluatie o.a. nagegaan worden of vanaf 2025 de VAC-gebouwen in de provinciehoofdsteden kunnen gebruikt worden tijdens het inzagemoment. Hierbij dient rekening gehouden te worden met de beschikbaarheid van de nodige digitale infrastructuur.

Verder wijzen we erop dat de Vlaamse toetsen een ‘low-stakes’ karakter hebben. De toetsen kunnen dus nooit als enige evaluatiemiddel gebruikt worden voor de klassenraad. Omwille hiervan verwachten we in eerste instantie een laag aantal vragen naar inzage. We houden dus ook rekening met de te verwachten opkomst.”

Daarnaast wordt de vertrouwelijkheid van de toetsresultaten en de beperking van het inzagerecht in de nota aan de Vlaamse Regering meer algemeen verantwoord door het recht van de andere leerlingen op kwaliteitsvol onderwijs.

6.3.3. Zoals de doelstellingen die met de beperking van het inzagerecht worden nagestreefd tot uitdrukking komen in de nota aan de Vlaamse Regering, lijken zij beschouwd te kunnen worden als doelstellingen die krachtens artikel 23 lid, 1, e) en i), van de AVG kunnen worden nagestreefd.

Er kan evenwel betwijfeld worden of die beperking wel proportioneel is en noodzakelijk om deze doelstellingen te bereiken. Het belang van de overheid om het recht op inzage “betaalbaar en beheersbaar te houden” en de vaststelling dat bij de uitoefening van dit recht “op

afstand (...) er te veel mogelijkheden (zijn) om de inhoud van de toetsvragen te kopiëren en te verspreiden”, lijkt weliswaar een beperking van het inzagerecht te kunnen verantwoorden, maar de wijze waarop de maatregel is geconcipeerd, zonder begeleidende maatregelen en zonder waarborgen dat het individuele inzagerecht op een laagdrempelige wijze kan worden uitgeoefend, lijkt tot onevenredige gevolgen aanleiding te geven, in het bijzonder voor kwetsbare leerlingen die niet over de nodige financiële middelen of nodige (fysieke) mogelijkheden beschikken om een soms verre verplaatsing te ondernemen. Dat slechts een laag aantal inzages wordt verwacht en het ‘low-stakes’ karakter van de toetsen doen daarvan niets af. Wat dat laatste betreft is het is immers wel degelijk mogelijk dat voor bepaalde leerlingen de toetsen weliswaar niet als het enige, maar toch wel als een belangrijk, substantieel of misschien wel doorslaggevend evaluatiemiddel kunnen worden gebruikt. Bovendien belet het gratis karakter van de toetsinzage niet dat sommige leerlingen of ouders aanzienlijke vervoerskosten voor hun rekening zullen moeten nemen. Ten slotte neemt het feit dat er een evaluatie in het vooruitzicht wordt gesteld vanaf 2025, niet weg dat het recht op inzage voor de toetsen van het jaar 2024 onevenredig wordt beperkt.

Artikel 7

7. Artikel 7 van het ontwerp bepaalt de leerlingengegevens die verwerkt worden voor wetenschappelijk onderzoek door het bevoegde steunpunt. Dit zijn de “leerlingenkenmerken” die nodig zijn voor wetenschappelijk onderzoek opgenomen in de artikelen 44*quinquies*, § 1, eerste lid, 5°, van het decreet basisonderwijs en artikel 115/9, § 1, eerste lid 5°, van de Codex Secundair Onderwijs. Daaronder zijn begrepen de antwoorden op een leerlingenvragenlijst, waarvan de thema’s in punt 3° van artikel 7, eerste lid, van het ontwerp worden vastgelegd. In het ontworpen tweede lid van artikel 7 wordt bepaald dat de deelname aan de leerlingenvragenlijst vrijwillig is en dat de ouders of leerlingen ervoor kunnen kiezen om de lijst niet in te vullen.

Uit de nota aan de Vlaamse Regering blijkt dat de leerlingenvragenlijst digitaal door de leerling wordt ingevuld na de toetsafname. Voorts wordt in de nota aan de Vlaamse Regering gesteld dat via de ouderbrief de leerlingen en hun ouders over het doel van de leerlingenvragenlijst worden geïnformeerd alsook over het vrijwillige karakter van de deelname eraan. Tot slot wordt in de nota gesteld dat de toetscoördinator in het schoolloket onder meer aanduidt welke leerlingen geen vragenlijst zullen invullen (*opt-out*).

De gemachtigde preciseerde nog het volgende:

“De ouders worden op voorhand geïnformeerd over de toetsen en de vragenlijst, waarbij zij ook geïnformeerd worden dat de deelname aan de toets verplicht is maar de deelname aan de vragenlijst. In die brief wordt globaal omschreven waarover de vragenlijst zal gaan. In de brief wordt uitgelegd hoe ouders kunnen aangeven dat hun (minderjarig) kind niet zal deelnemen aan de vragenlijst. Dat wordt in het schoolloket geregistreerd zodat de leerling dan de vragenlijst niet krijgt en ook niet in weerwil van de beslissing van de ouders toch kan beantwoorden.”

Uit de tekst van artikel 7 blijkt weliswaar dat het invullen van de vragenlijst niet verplicht is. Maar daaruit blijkt niet dat de keuze om de vragenlijst niet in te vullen vooraf geregistreerd wordt en dat die vragenlijst niet aan de betrokken leerlingen zal worden voorgelegd. Als dat laatste werkelijk de bedoeling is van de stellers van het ontwerp lijkt het aangewezen om

dat ook uitdrukkelijk in het ontwerp te bepalen. Aldus wordt ook effectief gewaarborgd dat bij de concrete testafname de vragenlijst niet wordt aangeboden aan de betrokken leerling.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Greet VERBERCKMOES

Marnix VAN DAMME