



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 65.697/3
van 17 april 2019

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot uitvoering van artikel 190 van het decreet van 8 juni 2018 houdende de aanpassing van de decreten aan de 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)’

Op 18 maart 2019 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Binnenlands Bestuur, Inburgering, Wonen, Gelijke Kansen en Armoedebestrijding verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot uitvoering van artikel 190 van het decreet van 8 juni 2018 houdende de aanpassing van de decreten aan de 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)’.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 9 april 2019. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Jeroen VAN NIEUWENHOVE en Wouter PAS, staatsraden, en Astrid TRUYENS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Dries VAN EECKHOUTTE, eerste auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 17 april 2019.

*

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, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING VAN HET ONTWERP

2. Het voor advies voorgelegde ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering strekt ertoe de eerder bij het decreet van 8 juni 2018¹ in verscheidene sectorale wetten en decreten ingevoegde regeling aangaande de verwerking van persoonsgegevens in het kader van een controle of een onderzoek dat betrekking heeft op een welbepaalde natuurlijke persoon, telkens te vervangen door een nieuwe regeling die rekening houdt met een aantal opmerkingen van de Gegevensbeschermingsautoriteit in een advies² over een ontwerp dat heeft geleid tot een eerder besluit van de Vlaamse Regering³ tot aanpassing van een aantal sectorale besluiten aan 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).

RECHTSGROND

3. De rechtsgrond voor het ontworpen besluit wordt gezocht in artikel 190 van het decreet van 8 juni 2018. Die bepaling luidt als volgt (cursivering aangebracht):

“Art. 190. De Vlaamse Regering wordt ermee belast de bestaande wets- en decreetsbepalingen te wijzigen, aan te vullen, te vervangen of op te heffen om ze in overeenstemming te brengen met de 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) en de federale en Vlaamse wetgeving die is of wordt aangenomen in toepassing en binnen het kader van de voormelde verordening *zonder in nieuwe beperkingen of verdergaande maatregelen te voorzien*.

¹ Decreet van 8 juni 2018 ‘houdende de aanpassing van de decreten aan de 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)’.

² Advies nr. 88/2018 van 26 september 2018.

³ Besluit van de Vlaamse Regering van 25 januari 2019 ‘houdende aanpassing van de besluiten van de Vlaamse Regering aan de 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)’.

De besluiten die krachtens dit artikel worden vastgesteld, houden op uitwerking te hebben als ze niet bij decreet zijn bekrachtigd twee jaar na de datum van de inwerkingtreding ervan. De bekrachtiging werkt terug tot die laatste datum.

De bevoegdheid, vermeld in het eerste lid, vervalt twee jaar na de inwerkingtreding van dit decreet.

Na de datum, vermeld in het derde lid, kunnen de besluiten die krachtens dit artikel zijn vastgesteld en zijn bekrachtigd, alleen bij een decreet worden gewijzigd, aangevuld, vervangen of opgeheven.”

4. In advies 62.834/3 van 19 februari 2018 over een voorontwerp dat heeft geleid tot het decreet van 8 juni 2018, merkte de Raad van State over artikel 152 van dat voorontwerp het volgende op:⁴

“10. In artikel 152 van het voorontwerp wordt de Vlaamse Regering ermee belast om de bestaande wets- en decreetsbepalingen te wijzigen, aan te vullen, te vervangen of op te heffen ‘om ze in overeenstemming te brengen met de 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) en de federale en Vlaamse wetgeving die is aangenomen in het kader van de voormelde verordening’. Deze bevoegdheid vervalt twee jaar na de inwerkingtreding van het aan te nemen decreet en de besluiten die krachtens deze bepaling worden vastgesteld, moeten bij decreet worden bekrachtigd binnen twee jaar na hun inwerkingtreding, bij gebreke waarvan ze ophouden uitwerking te hebben.

Om nadere toelichting gevraagd over de draagwijdte van deze delegatie antwoordde de gemachtigde:

‘Artikel 152 geeft de opdracht aan de Vlaamse Regering om de bestaande wetten en decreten in overeenstemming te brengen met de AVG en de federale en Vlaamse wetgeving die is *of wordt aangenomen in het kader van de voormelde verordening*. De besluiten van de Vlaamse Regering dienen binnen de twee jaar na de datum van hun inwerkingtreding te worden bekrachtigd bij decreet.

Concreet: momenteel is men op het federale niveau nog druk bezig met een voorontwerp van kaderwet dat de huidige Wet Verwerking Persoonsgegevens van 8 december 1992 zal vervangen. Die kaderwet wordt genomen ingevolge de AVG. In het geval dat die wet nog niet is aangenomen op het ogenblik dat voorliggend voorontwerp van decreet wordt aangenomen, of in het geval dat men op het federale niveau zou opteren om toch niet alles in één kaderwet vast te leggen maar meerdere wetten zou aannemen ter uitvoering/implementatie van de AVG, zou het toch wenselijk zijn dat, indien nodig, de bestaande decreten en wetten aan die nieuwe kaderwet/diverse wetten, die worden genomen in toepassing van de AVG, kunnen worden aangepast, bij besluit van de Vlaamse Regering.

En uiteraard zullen deze ontwerpbesluiten eerst voor advies aan de Raad van State worden voorgelegd die dan zal nagaan of effectief de decreten en wetten enkel worden aangepast aan de wetgeving die werd genomen in toepassing van/in het kader van de AVG.

⁴ Parl.St. Vl. Parl. 2017-18, nr. 1556/1, 195-197.

Het is dus zeker niet de bedoeling dat de vrijheid wordt gegeven aan de Vlaamse Regering om zonder restricties decreten en wetten aan te passen aan om het even welke wetgeving. De mogelijkheid voor de Vlaamse Regering om decreten en wetten aan te passen is beperkt, nl. aan de wetgeving die is of wordt aangenomen in toepassing en binnen het kader van de AVG. De AVG is bovendien een verordening die weliswaar de Lidstaten toelaat een aantal artikelen nader te regelen maar dit altijd binnen de grenzen, gesteld door de AVG.

Bovenstaande kan zeker in de memorie worden opgenomen.

Als de Raad van State hiermee akkoord kan gaan, voorstel om in artikel 152, eerste lid, iets te herformuleren:

De Vlaamse Regering wordt ermee belast de bestaande wets- en decreetsbepalingen te wijzigen, aan te vullen, te vervangen of op te heffen om ze in overeenstemming te brengen met de 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) en de federale en Vlaamse wetgeving die is of wordt aangenomen in het kader van de voormelde verordening.⁷

Zelfs met de door de gemachtigde voorgestelde wijziging, kan artikel 152 van het voorontwerp op verschillende wijzen worden gelezen. Enerzijds kan die bepaling aldus worden geïnterpreteerd dat de Vlaamse Regering enkel bestaande wets- en decreetsbepalingen kan wijzigen, aanvullen of opheffen om te vermijden dat ze in strijd zouden zijn met de dwingende bepalingen van de AVG. Anderzijds zou ze zo kunnen worden gelezen dat wanneer de AVG in de mogelijkheid voorziet om de verplichtingen of rechten gewaarborgd door de verordening te beperken, de Vlaamse Regering dergelijke beperkingen zou kunnen vaststellen.

In die tweede interpretatie zou artikel 152 van het voorontwerp niet bestaanbaar zijn met het wettigheidsbeginsel neergelegd in artikel 22 van de Grondwet. Doordat die grondwetsbepaling aan de bevoegde wetgever de bevoegdheid voorbehoudt om vast te stellen in welke gevallen en onder welke voorwaarden afbreuk kan worden gedaan aan onder meer het recht op eerbiediging van het privéleven, waarborgt ze aan elke burger dat geen enkele inmenging in dat recht kan plaatsvinden dan krachtens regels die zijn aangenomen door een democratisch verkozen beraadslagende vergadering. Een delegatie aan een andere macht is evenwel niet in strijd met het wettigheidsbeginsel voor zover de machtiging voldoende nauwkeurig is omschreven en betrekking heeft op de tenuitvoerlegging van maatregelen waarvan de essentiële elementen voorafgaandelijk door de wetgever zijn vastgesteld.⁵ Aan die voorwaarden is in dit geval niet voldaan.⁶

⁵ Voetnoot 25 van het geciteerde advies: Zie in dat verband onder meer: GwH 21 december 2004, nr. 202/2004, B.4.3 en B.5.4; GwH 14 juni 2006, nr. 94/2006, B.18 en B.19; GwH 26 juni 2008, nr. 95/2008, B.42 en B.43; GwH 18 maart 2010, nr. 29/2010, B.10.1 en B.10.2; GwH 19 maart 2015, nr. 40/2015, B.32.1; GwH 23 april 2015, nr. 44/2015, B.36.2; GwH 21 mei 2015, nr. 63/2015, B.10 en GwH 14 juli 2016, nr. 108/2016, B.11.1 en B.60.

⁶ Voetnoot 26 van het geciteerde advies: Het Grondwettelijk Hof aanvaardt weliswaar dat in een door de Grondwet aan de decreetgever voorbehouden aangelegenheid ook de regeling van essentiële elementen aan de Vlaamse Regering wordt opgedragen, maar daartoe is vereist dat uitzonderlijke omstandigheden de machtiging moeten verantwoorden, dat de machtiging uitdrukkelijk en ondubbelzinnig moet zijn en dat de door de Vlaamse Regering genomen maatregelen moeten worden bekrachtigd bij decreet binnen een relatief korte termijn, bij gebreke waarvan de besluiten van de Vlaamse Regering geacht worden nooit uitwerking te hebben gehad: GwH 17 juli 2003, nr. 100/2003, B.11.2; GwH 19 mei 2004, nr. 88/2004, B.7.2; GwH 1 december 2004, nr. 195/2004, B.16.3; GwH 16 maart 2005, nr. 57/2005, B.8.2; GwH 21 september 2005, nr. 143/2005, B.3.2; GwH 14 december 2005, nr. 186/2005, B.7.2; GwH 27 mei 2008, nr. 83/2008, B.5.2. In dit geval is, nog los van de vraag of een termijn van

Bijgevolg is artikel 152 van het voorontwerp enkel aanvaardbaar voor zover de erin vervatte machtiging aan de Vlaamse Regering aldus wordt begrepen dat zij bestaande wets- en decreetsbepalingen mag wijzigen, aanvullen, vervangen of opheffen om te vermijden dat ze in strijd zouden zijn met de dwingende bepalingen van de AVG, zonder in nieuwe beperkingen of verdergaande maatregelen te mogen voorzien.”

Met die laatste suggestie werd rekening gehouden, doordat in het resulterende artikel 190 van het decreet van 8 juni 2018 de machtiging aan de Vlaamse Regering in de in de adviesopmerking aangegeven zin werd ingeperkt.⁷

5. De ontworpen regeling heeft in wezen betrekking op de regeling, in een aantal sectorale decreten, van een beperkingsmogelijkheid ter uitvoering van artikel 23 van de AVG. Die verordeningsbepaling schrijft voor dat “[d]e reikwijdte van de verplichtingen en rechten als bedoeld in de artikelen 12 tot en met 22 en artikel 34, alsmede in artikel 5 (...), voor zover de bepalingen van die artikelen overeenstemmen met de rechten en verplichtingen als bedoeld in de artikelen 12 tot en met 20, [kan] worden beperkt door middel van Unierechtelijke of lidstaatrechtelijke bepalingen die op de verwerkingsverantwoordelijke of de verwerker van toepassing zijn”, mits voldaan is aan een aantal in die bepaling vermelde voorwaarden. Die voorwaarden laten een aanzienlijke beoordelingsruimte aan de lidstaten. Het invoeren van nieuwe beperkingsmaatregelen ter uitvoering van die verordeningsbepaling kan niet worden ingepast in de delegatie aan de Vlaamse Regering in artikel 190 van het decreet van 8 juni 2018.

Men zou kunnen aanvoeren dat de ontworpen bepalingen in de plaats komen van bestaande bepalingen die eveneens beperkingen inhouden ter uitvoering van artikel 23 van de AVG en dat de nieuwe bepalingen ertoe strekken tegemoet te komen aan een aantal opmerkingen van de Gegevensbeschermingsautoriteit, waardoor finaal meer waarborgen worden geboden aan de natuurlijke personen ten aanzien van wie de betrokken persoonsgegevens worden verwerkt. Het is echter maar de vraag of de decreetgever met de woorden “zonder in nieuwe beperkingen of verdergaande maatregelen te mogen voorzien” bedoelde dat toch in beperkingen kan worden voorzien, zolang een bestaand beschermingsniveau niet wordt afgebouwd. Bovendien staat niet vast dat elk van de ontworpen aanpassingen ertoe strekt om de strijdigheid met dwingende bepalingen van de AVG te vermijden, zoals vereist wordt door artikel 23 van de AVG.

6. De conclusie is dan ook dat de aangevoerde rechtsgrond wankel is en het uiterst raadzaam is de ontworpen wijzigingen te herwerken tot een voorontwerp van decreet.

Het ontwerp wordt verder onderzocht onder dat uitdrukkelijke voorbehoud. Indien de stellers van het ontwerp het omvormen tot een voorontwerp van decreet, hoeft het niet opnieuw om advies te worden voorgelegd aan de Raad van State.

twee jaar als een relatief korte termijn kan worden beschouwd, alvast niet voldaan aan de eerste van de twee voormelde voorwaarden. De bepaling dat de besluiten “[op]houden (...) uitwerking te hebben als ze niet [tijdig] bij decreet zijn bekrachtigd” volstaat voorts niet in het licht van de voorwaarde dat de besluiten bij niet-tijdige bekrachtiging geacht moeten worden nooit uitwerking te hebben gehad.

⁷ Zie ook *Parl.St.* VI. Parl. 2017-18, nr. 1556/1, 64.

VORMVEREISTEN

7. De gemachtigde bevestigde dat het ontwerp niet om advies is voorgelegd aan de Gegevensbeschermingsautoriteit.

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 (algemene verordening gegevensbescherming)’, gelezen in samenhang met artikel 57, lid 1, c), en overweging 96 van die verordening, voorziet in een verplichting om de toezichthoudende autoriteit, in dit geval de Gegevensbeschermingsautoriteit bedoeld in de wet van 3 december 2017 ‘tot oprichting van de Gegevensbeschermingsautoriteit’,⁸ 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. Het advies van de Gegevensbeschermingsautoriteit moet bijgevolg nog worden ingewonnen vooraleer het ontwerp doorgang kan vinden.

Indien de aan de Raad van State voorgelegde tekst ten gevolge van het inwinnen van dat advies nog wijzigingen zou ondergaan, moeten de gewijzigde of toegevoegde bepalingen, ter inachtneming van het voorschrift van artikel 3, § 1, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, aan de afdeling Wetgeving worden voorgelegd.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Algemene opmerkingen

8. De onderstaande algemene opmerkingen zijn gebaseerd op artikel 1 van het ontwerp en gelden *mutatis mutandis* (met aanpassing van de identificatie van de betrokken leden) voor de overige parallelle wijzigingsbepalingen van het ontwerp.

9. Het valt niet goed in te zien hoe met het ontworpen tweede lid wordt tegemoetgekomen aan de opmerking van de Gegevensbeschermingsautoriteit⁹ dat de schorsing van de in artikel 23, lid 1, van de AVG vermelde rechten en verplichtingen slechts een *tijdelijk* karakter kan hebben wanneer niet wordt voorzien in een maximumtermijn.

De gemachtigde antwoordde dat voor de ontworpen bepaling inspiratie werd gezocht in de artikelen 61, 63, 65 en 67 van de wet van 5 september 2018 ‘tot oprichting van het informatieveiligheidscomité en tot wijziging van diverse wetten betreffende de uitvoering van

⁸ De Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer is vanaf 25 mei 2018 opgevolgd door de Gegevensbeschermingsautoriteit (zie de artikelen 3 en 110 van de wet van 3 december 2017). De leden van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer oefenen evenwel de taken en de bevoegdheden van de Gegevensbeschermingsautoriteit uit tussen 25 mei 2018 en de dag waarop de leden van het directiecomité van de Gegevensbeschermingsautoriteit de eed afleggen en een verklaring ondertekenen dat er geen belangenconflicten zijn (artikel 114 van de wet van 3 december 2017).

⁹ Advies nr. 88/2018 van 26 september 2018, nr. 21.

verordening (EU) 2016/679 van 27 april 2016 van het Europees Parlement en de Raad 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', en dat de afwijkingsmogelijkheid "alleen geldt gedurende de periode waarin de betrokkene het voorwerp uitmaakt van een controle, een onderzoek of de voorbereidende werkzaamheden die daarmee verband houden. De afwijkingsmogelijkheid loopt dus tot en met het afsluiten van de controle of het onderzoek".

In zijn algemeenheid kan dat antwoord niet overtuigen. Ook al wordt de duur van de voorbereidende werkzaamheden beperkt, in zoverre de duur van de controle of het onderzoek louter afhangt van de betrokken diensten en er daarvoor elders geen maximale duur wordt voorgeschreven, moet in het ontworpen tweede lid uitdrukkelijk worden voorzien in zo'n maximale duur.

10. De duur van de voorbereidende werkzaamheden wordt in het ontworpen tweede lid wel uitdrukkelijk beperkt tot "een jaar vanaf de ontvangst van een verzoek tot uitoefening van een van de rechten, vermeld in artikel 12 tot en met 22 van de voormelde verordening."

In de nota aan de Vlaamse Regering wordt daarover het volgende uiteengezet:

"[I]n het geval de voorbereidende werkzaamheden na het jaar na ontvangst van het verzoek nog niet zijn voltooid, kan de betrokkene zijn rechten uitoefenen en kan geen beroep worden gedaan op de voornoemde afwijkingsmogelijkheid. Het gaat om werkzaamheden waarmee de administratie een controle of een onderzoek ten laste van de betrokkene voorbereidt. De uitvoering van die voorbereiding ressorteert dan onder het onderzoek zelf."

De gemachtigde verschaft daarover nog volgende toelichting:

"In het tweede lid van de inspectiebepalingen is, naar analogie met de federale afwijkingsregelgeving, toegevoegd dat de duur van de voorbereidende werkzaamheden, in het geval beslist wordt gebruik te maken van de afwijkingsmogelijkheid wanneer een verzoek tot uitoefening van de rechten wordt ingediend, niet meer mag bedragen dan een jaar vanaf de ontvangst van het verzoek. D.w.z. de termijn gedurende de welke de rechten niet worden uitgeoefend, mag maximaal een jaar bedragen na ontvangst van het verzoek. M.a.w. in het geval de voorbereidende werkzaamheden na het jaar na ontvangst van het verzoek nog niet zijn voltooid, kan de betrokkene zijn rechten uitoefenen en kan er geen beroep meer worden gedaan op de voornoemde afwijkingsmogelijkheid. Er is dus in de Nota Vlaamse Regering niet bepaald dat na een jaar de voorbereiding wordt gekwalificeerd als onderzoek.

Tegelijkertijd werd in de nota toegelicht en verduidelijkt het in geval van voorbereiding gaat om werkzaamheden waarmee de administratie een controle of een onderzoek ten laste van de betrokkene voorbereidt. De uitvoering van die voorbereiding (het vervolg van die voorbereiding) ressorteert dan onder het onderzoek zelf. Er was immers wat discussie over hoe voorbereiding moest worden geïnterpreteerd. Vandaar die verduidelijking maar dat impliceert helemaal niet dat het de bedoeling is de voorbereiding na een jaar als onderzoek te kwalificeren."

Die toelichting kan het best worden opgenomen in de memorie van toelichting.

11. De vraag rijst of het beginpunt van de maximale termijn van de voorbereidende werkzaamheden in het ontworpen tweede lid, namelijk “de ontvangst van een verzoek tot uitoefening van een van de rechten, vermeld in artikel 12 tot en met 22 van de voormelde verordening”, niet tot gevolg heeft dat de beperking in de tijd dode letter is, aangezien in de praktijk de betrokkene doorgaans niet op de hoogte zal zijn van een verwerking van zijn persoonsgegevens (aangezien zijn rechten onder artikel 13 en 14 van de AGV zijn opgeschort) en hij bijgevolg geen verzoek zal indienen tot de uitoefening van zijn rechten.

De gemachtigde antwoordde daarop als volgt:

“Dit werd opgesteld naar analogie met de federale afwijkingsregeling (voornoemde bepalingen van de IVC-wet). Over die bepaling omtrent de duur van de voorbereiding heeft de GBA geen opmerking geformuleerd.

Het is niet zo dat de rechten bij de start van de voorbereidende werkzaamheden automatisch al zijn opgeschort. Er moet telkens per verzoek worden beslist of het in het belang van het onderzoek nodig is om de rechten tijdelijk op te schorten.

De verwerkingsverantwoordelijke is bovendien verplicht ingevolge artikel 13 en 14 van de AVG de betrokkenen op de hoogte te brengen over de verwerkingen van zijn gegevens door een degelijke privacyverklaring en door op de formulieren (waarbij een betrokkene een subsidie, erkenning, vergunning, ... aanvraagt) duidelijk te vermelden dat de persoonsgegevens worden verwerkt voor het onderzoek van de aanvraag en nadien voor de controle met daarbij de link naar die algemene privacyverklaring wordt vermeld.

In de praktijk is het zo dat de betrokkene een vermoeden kan hebben van een mogelijke voorbereidende activiteit en aldus een verzoek tot uitoefening van zijn rechten kan indienen.”

Het is nog maar de vraag of de betrokkene in elk van de sectorale regelingen waar de ontworpen bepalingen worden ingevoegd, “een vermoeden kan hebben” van voorbereidende activiteiten. De Raad van State meent dan ook dat op zijn minst zou moeten worden voorzien in een globale redelijke maximumtermijn gedurende dewelke beperkingen van de rechten kunnen plaatsvinden (zie opmerking 9).

12. De gemachtigde stemde ermee in om in de tweede zin van het ontworpen zesde lid de woorden “De informatie over die weigering of die beperking” te vervangen door de woorden “De verdere informatie over de nadere redenen voor die weigering of die beperking”.

13. Overeenkomstig het ontworpen negende lid worden nadat het onderzoek is afgesloten, de betrokken rechten van de AVG opnieuw toegepast. De gemachtigde verschaft hierover de volgende toelichting:

“Dit stond reeds in de oorspronkelijke versie van het AVG-decreet van 8 juni 2018. Als waarborg naar de betrokkene (...), wordt ook door deze bepaling het tijdelijke karakter van de afwijking bevestigd. Daartoe is bepaald dat na het afsluiten van het onderzoek de rechten hun toepassing herwinnen. Nadat het onderzoek afgesloten is, worden aldus de rechten, vermeld in artikel 13 tot en met 22 van de voormelde verordening, in voorkomend geval conform artikel 12 van de voormelde verordening opnieuw toegepast. De betrokkene ten aanzien van wie de overheid maatregelen wil nemen, moet in elk geval worden geïnformeerd, zodat hij de rechten die voorzien worden

in de algemene verordening gegevensbescherming kan uitoefenen. Artikel 14, lid 5, b, van de algemene verordening gegevensbescherming voorziet dat ingeval het verstrekken van die informatie onmogelijk blijkt of onevenredig veel inspanning zou vergen, of voor zover de in lid 1 van dit artikel bedoelde verplichting de verwezenlijking van de doeleinden van die verwerking onmogelijk dreigt te maken of ernstig in het gedrang dreigt te brengen, de verwerkingsverantwoordelijke passende maatregelen neemt om de rechten van de betrokkene te beschermen, waaronder het openbaar maken van de informatie. Zoals hierboven reeds gesteld, wordt o.a. via een privacyverklaring aan de betrokkenen gemeld welke gegevens voor welke finaliteiten onder welke voorwaarden worden verwerkt.”

Het is raadzaam om, in het licht van de verklaringen van de gemachtigde, het negende lid aan te vullen als volgt: “De betrokkene wordt hiervan onverwijld op de hoogte gebracht.”.

14. In het ontworpen tiende lid wordt bepaald dat als een dossier is verzonden naar het openbaar ministerie en kan leiden tot activiteiten onder leiding van het openbaar ministerie of een onderzoeksrechter, en er onduidelijkheid is over het geheim van het onderzoek, de toezichthoudende overheid, de bevoegde functionaris voor gegevensbescherming slechts mag antwoorden op een verzoek overeenkomstig de artikelen 12 tot 22 van de AVG nadat het openbaar ministerie of de onderzoeksrechter hebben bevestigd dat het antwoord het onderzoek niet in het gedrang brengt of kan brengen.

Op de vraag wat er dan gebeurt indien de reactie van het openbaar ministerie of van de onderzoeksrechter uitblijft, antwoordde de gemachtigde het volgende:

“Deze bepaling was al voorzien in het AVG-decreet van 8 juni 2018. Het is niet uitgesloten dat een dossier wordt verzonden naar het Openbaar Ministerie en kan leiden tot activiteiten onder leiding van het Openbaar Ministerie of een onderzoeksrechter. In dat geval moet vermeden worden dat een betrokkene voortijdig zijn rechten kan uitoefenen bij de toezicht-, inspectie- en auditdienst. Dat zou immers het lopende onderzoek bij of door het Openbaar Ministerie of een onderzoeksrechter in het gedrang kunnen brengen. De betrokkene doorverwijzen naar het Openbaar Ministerie is een mogelijkheid maar heeft als nadeel dat de betrokkene hiermee duidelijk wordt gemaakt dat er een dossier over hem is bij het Openbaar Ministerie. Mede hierom en rekening houdend met het feit dat de Vlaamse decreetgever het Openbaar Ministerie geen verplichtingen kan opleggen, wordt voorzien dat in dergelijk geval, zolang er onduidelijkheid is over het geheim van het onderzoek onder leiding van het Openbaar Ministerie of een onderzoeksrechter, de functionaris voor gegevensbescherming op een verzoek niet mag antwoorden. Het is mogelijk dat er op de vraag over de stand van zaken niet wordt geantwoord. Het risico dat het onderzoek in gevaar wordt gebracht, is immers te groot. Bovendien worden de rechten van de betrokkene niet uitgehold in de mate dat de betrokkene de mogelijkheid heeft om, na het verstrijken van de termijn van een maand, een antwoord te krijgen en zich overeenkomstig artikel 12, lid 4, AVG, te richten tot de VTC om het te onderzoeken. De AVG voorziet overigens in de mogelijkheid dat de toezichthoudende autoriteit (*in casu* de VTC) de betreffende inspectiedienst gelast de verzoeken van de betrokkene tot uitoefening van zijn rechten uit hoofde van de verordening in te willigen (zie artikel 58, lid 2, c), AVG). Dit werd dan ook vastgelegd in artikel 10/5 van het e-govdecreet van 18 juli 2008 betreffende het elektronische bestuurlijke gegevensverkeer. In die mate worden de rechten van de betrokkene voldoende gewaarborgd, alsook wordt er rekening gehouden met de specifieke belangen waarom er van bepaalde rechten wordt afgeweken.

Bovendien is er het risico dat als de inspectiedienst toch een antwoord zou geven zonder het standpunt van het OM en/of de onderzoekrechter te kennen, het geheim van het onderzoek kan worden geschonden. Dus heeft de betrokken functionaris voor gegevensbescherming in beginsel geen andere keuze dan niet te antwoorden en desgevallend, in geval van klacht van de betrokkene, de reden hiertoe mee te delen aan de VTC.”

In artikel 12, lid 4, van de AVG wordt bepaald dat wanneer de verwerkingsverantwoordelijke geen gevolg geeft aan een verzoek krachtens de artikelen 15 tot 22 van die verordening, hij de betrokkene onverwijld en uiterlijk binnen één maand na ontvangst van het verzoek mededeelt waarom het verzoek zonder gevolg is gebleven, en hem informeert over de mogelijkheid om klacht in te dienen bij een toezichthoudende autoriteit en om een beroep bij de rechter in te stellen. Anders dan de gemachtigde lijkt voor te houden, gaat het niet om een mogelijkheid, maar om een recht in hoofde van de betrokkene om onverwijld en uiterlijk binnen één maand te worden geïnformeerd over de redenen waarom het verzoek zonder gevolg is gebleven, waarbij hij dient te worden geïnformeerd over de mogelijkheid om klacht in te dienen bij de toezichthoudende autoriteit en om een beroep bij de rechter in te stellen.

Zoals de Raad van State reeds heeft uiteengezet in advies 62.834/3,¹⁰ lijkt minstens vereist dat de toezichthouder, de inspectie- of de auditdienst die geen antwoord heeft ontvangen van het openbaar ministerie of van de onderzoeksrechter, de betrokkene hiervan op de hoogte brengt. Bovendien zouden tussen de betrokken controle-, inspectie- of auditdienst enerzijds en de gerechtelijke overheid anderzijds afspraken moeten worden gemaakt die voorkomen dat de toepassing van het ontworpen tiende lid leidt tot een beperking van rechten die verder gaat dan strikt noodzakelijk is.

Artikel 37

15. De ontworpen regeling heeft in beginsel uitwerking met ingang van 25 mei 2018, zijnde de datum van inwerkingtreding van het decreet van 8 juni 2018 en de datum waarop de AGV van toepassing werd. Aan een aantal andere bepalingen wordt terugwerkende kracht verleend tot 3 december 2018 en 1 januari 2019.

Gevraagd naar een verantwoording voor de terugwerkende kracht, antwoordde de gemachtigde het volgende:

“Het verlenen van terugwerkende kracht is ons inziens geoorloofd omdat er een uitdrukkelijke grondslag voor bestaat. Ingevolge artikel 99, lid 2, van de Algemene Verordening Gegevensbescherming zijn de bepalingen van de algemene verordening van toepassing vanaf 25 mei 2018. De inspectiedecreten werden reeds aangepast ingevolge het AVG-decreet van 8 juni 2018 en die aanpassingen hadden uitwerking met ingang van 25 mei 2018. De voorliggende aanpassingen aan die inspectiebepalingen zijn trouwens in het voordeel van de betrokkenen: hun rechten worden door de geviseerde bepalingen meer gegarandeerd conform het advies van de GBA:

¹⁰ *Parl.St.* VI. Parl. 2017-18, nr. 1556/1, 192-193.

- de precisering hoe lang de voorbereidende werkzaamheden die de schorsing van de rechten kunnen verantwoorden, maximaal zal duren;
- de afwijkingsmogelijkheid mag geen betrekking hebben op de gegevens die los staan van het voorwerp van het onderzoek dat of van de controle die de weigering of beperking van de rechten rechtvaardigt;
- er wordt voorzien dat de betrokkene in eerste lijn zijn weg moet vinden bij de bevoegde functionaris voor gegevensbescherming en vervolgens bij de VTC.

(...)

Aan alle betrokken beleidsdomeinen/instanties is de vraag gesteld of er geschillen hangende zijn betreffende de geïmplementeerde bepalingen. Alle betrokken beleidsdomeinen/entiteiten hebben geantwoord: ze hebben tot op heden nog geen verzoeken ontvangen en er zijn dan ook geen geschillen hangende / geweest omtrent de geïmplementeerde bepalingen.”

De Raad van State kan zich niet aansluiten bij die zienswijze. Vooreerst gaat het om procedurebepalingen die zich uit hun aard niet lenen tot terugwerkende kracht. Ook in de veronderstelling dat de ontworpen regeling in alle onderdelen voordeliger zou zijn voor de betrokkenen valt niet in te zien hoe ze met terugwerkende kracht kan worden toegepast. De omstandigheid dat er tot op heden geen verzoeken overeenkomstig de AVG zijn ontvangen en geen geschillen aanhangig zijn gemaakt, wijst er veeleer op dat er geen behoefte is aan terugwerkende kracht.

De conclusie is dat artikel 37 uit het ontwerp moet worden weggelaten.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Astrid TRUYENS

Marnix VAN DAMME