



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 68.613/3
van 4 januari 2021

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot uitvoering van artikel 34/1, tweede lid, en artikel 47/1 van het decreet van 21 november 2003 betreffende het preventieve gezondheidsbeleid en tot wijziging van diverse bepalingen in het besluit van de Vlaamse Regering van 12 juni 2020 tot uitvoering van het decreet van 29 mei 2020 tot organisatie van de meldingsplicht en het contactonderzoek in het kader van COVID-19’

Op 24 december 2020 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Welzijn, Volksgezondheid, Gezin en Armoedebestrijding verzocht binnen een termijn van vijf werkdagen een advies te verstrekken over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot uitvoering van artikel 34/1, tweede lid, en artikel 47/1 van het decreet van 21 november 2003 betreffende het preventieve gezondheidsbeleid en tot wijziging van diverse bepalingen in het besluit van de Vlaamse Regering van 12 juni 2020 tot uitvoering van het decreet van 29 mei 2020 tot organisatie van de meldingsplicht en het contactonderzoek in het kader van COVID-19’.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 31 december 2020. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Wilfried VAN VAERENBERGH en Jeroen VAN NIEUWENHOVE, staatsraden, Johan PUT, assessor, en Astrid TRUYENS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Brecht STEEN, eerste auditeur-afdelingshoofd.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 4 januari 2021.

*

1. Volgens artikel 84, § 1, eerste lid, 3°, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, moeten in de adviesaanvraag de redenen worden opgegeven tot staving van het spoedeisende karakter ervan.

In het onderhavige geval wordt het verzoek om spoedbehandeling gemotiveerd:

“door de omstandigheid dat, gelet op de beslissing van het Overlegcomité dd. 18 december 2020 een dringende aandacht op efficiëntere handhaving noodzakelijk is, en dat meer moet worden ingezet op contactopsporing, contact- en omgevingsonderzoek en advisering en voorlichting omtrent COVID-19, om zodoende een verdere verspreiding van de schadelijke effecten veroorzaakt door COVID-19 tegen te gaan en te vermijden dat nieuwe, meer verregaande maatregelen moeten worden genomen om dit doel te bereiken.”

2. Overeenkomstig artikel 84, § 3, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, heeft de afdeling Wetgeving zich moeten beperken 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 VAN HET ONTWERP

3.1. Het voor advies voorgelegde ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering strekt er vooreerst toe de bepalingen van het decreet van 18 december 2020 ‘tot wijziging van het decreet van 21 november 2003 betreffende het preventieve gezondheidsbeleid en van het decreet van 29 mei 2020 tot organisatie van de meldingsplicht en het contactonderzoek in het kader van COVID-19’ in werking te stellen (artikel 20, eerste lid, van het ontwerp). Het decreet van 18 december 2020 bevat enerzijds een aantal bepalingen inzake tijdelijke afzondering en de meldingsplicht voor wie besmet is met COVID-19 of daartoe een verhoogd risico heeft en wijzigt anderzijds de organisatie van de contactopsporing. Daartoe brengt dit decreet wijzigingen aan in het decreet van 21 november 2003 ‘betreffende het preventieve gezondheidsbeleid’¹ en in het decreet van 29 mei 2020 ‘tot organisatie van het centrale contactonderzoek door een samenwerkingsverband van externe partners, het lokale contactonderzoek door lokale besturen of zorggraden en tot organisatie van de COVID-19-teams in het kader van COVID-19’².

3.2. De bepalingen van hoofdstuk 1 van het ontwerp vormen de uitvoering van de bij het decreet van 18 december 2020 ingevoegde artikelen 34/1, tweede lid, en 47/1, van het decreet van 21 november 2003. Die bepalingen hebben betrekking op het volgende:

- de aanwijzing van het intern verzelfstandigd agentschap Zorg en Gezondheid als verwerkingsverantwoordelijke voor de verwerking van persoonsgegevens in het kader van COVID-19 (artikel 2 van het ontwerp);

¹ Die wijzigingen worden in werking gesteld op de dag die volgt op de bekendmaking van het te nemen besluit in het Belgisch Staatsblad.

² Die wijzigingen krijgen uitwerking met ingang van 1 juli 2020.

- de termijnen voor de tijdelijke afzondering van respectievelijk (vermoedelijk) besmette personen, personen die terugkeren uit een hoogrisicogebied en andere personen met een verhoogd risico op COVID-19, alsook de mogelijkheid van een tijdelijke “opheffing” van de termijn voor de tijdelijke afzondering voor de twee laatste categorieën van personen (artikel 3);
- de gevallen waarin personen die terugkeren uit een risicogebied zijn vrijgesteld van de verplichting tot tijdelijke afzondering of tot aanmelden (artikel 4);
- de wijze waarop personen met een verhoogd risico op COVID-19 daarvan worden verwittigd (artikel 5);
- in welke gevallen een verhoogd risico op COVID-19 bestaat (artikel 6).

Deze bepalingen treden in werking op de dag die volgt op de bekendmaking van het te nemen besluit in het Belgisch Staatsblad (artikel 20, tweede lid).

3.3. Hoofdstuk 2 van het ontwerp bevat bepalingen inzake de organisatie van de contactopsporing. Daartoe worden verschillende wijzigingen aangebracht in het besluit van de Vlaamse Regering van 12 juni 2020 ‘tot uitvoering van het decreet van 29 mei 2020 tot organisatie van de meldingsplicht en het contactonderzoek in het kader van COVID-19’. Die wijzigingen hebben onder meer betrekking op het volgende:

- een aantal terminologische wijzigingen als gevolg van de omvorming van het contactcentrum tot centraal contactcentrum en het creëren van de mogelijkheid om lokale contactcentra op te richten (artikelen 7, 8, 9, 1° en 2°, en 10 tot 12 van het ontwerp);
- de voorwaarden waaronder veldonderzoekers van het centrale contactcentrum en de lokale contactcentra fysieke bezoeken uitvoeren (artikelen 9, 3°, en 15);
- de aanwijzing van het intern verzelfstandigd agentschap Zorg en Gezondheid als verwerkingsverantwoordelijke voor de verwerking van persoonsgegevens door de lokale contactcentra (artikel 13) en door de COVID-19-teams (artikel 17) en als entiteit die de persoonsgegevens bezorgt aan de COVID-19-teams (artikel 16);
- de organisatorische en technische beveiligingsmaatregelen die moeten worden genomen voor de verwerking van persoonsgegevens door de lokale contactcentra (artikel 14) en door de COVID-19-teams (artikel 18).

Deze wijzigingen hebben uitwerking met ingang van 1 juli 2020 (artikel 20, tweede lid).

RECHTSGROND

4. Het ontworpen besluit vindt in beginsel rechtsgrond in de bepalingen die worden vermeld in het tweede, derde en vierde streepje van de rubriek “Rechtsgronden” in de aanhef, onder voorbehoud van wat volgt.

5.1. Artikel 3, vierde lid, van het ontworpen besluit houdt in dat voor personen die terugkeren uit een hoogrisicogebied en personen met een verhoogd risico op COVID-19 (die (vermoedelijk) niet besmet zijn), de termijn van de tijdelijke afzondering tijdelijk kan worden “opgeheven” om een noodzakelijke activiteit te vervullen, in de mate dat deze activiteit niet kan worden uitgesteld. Op de vraag welke activiteiten daarvoor in aanmerking komen, antwoordde de gemachtigde als volgt:

“Onder ‘noodzakelijke activiteiten’ worden activiteiten verstaan waarbij de betrokkene genooddaakt is om de termijn van tijdelijke afzondering te doorbreken en die niet kunnen worden uitgesteld tot na de periode van de tijdelijke afzondering. De ‘noodzakelijkheid’ van de activiteit kan verschillende oorzaken hebben. Zo kan de activiteit noodzakelijk zijn om te voorzien in vitale levensbehoeften, om een emotioneel lijden te voorkomen of om redenen van maatschappelijk belang.

Bij het voorzien in vitale levensbehoeften kan onder andere gedacht worden aan het kopen van voeding of hygiënische producten in een supermarkt om de periode van de tijdelijke afzondering door te komen, het afhalen van noodzakelijke geneesmiddelen bij de apotheker, ... Bij activiteiten om een emotioneel lijden te voorkomen kan onder andere gedacht worden aan het bijwonen van een begrafenis van een dierbaar familielid/vriend, ... Bij activiteiten van maatschappelijk belang kan onder andere gedacht worden aan het verrichten van een beroepsactiviteit in een essentiële sector waarbij het onmogelijk is om de betrokken persoon te vervangen en waarbij de continuïteit in het gedrang dreigt te komen, ...

Het is onmogelijk om een exhaustieve lijst van deze ‘noodzakelijke activiteiten’ te geven. Kenmerkend voor deze activiteiten zijn dat ze noodzakelijk moeten zijn om te voorzien in een basisbehoefte of omwille van een hoger maatschappelijk belang, dat deze activiteiten niet kunnen worden uitgesteld tot na de termijn van tijdelijke afzondering en dat er geen (evenwaardig) alternatief voor handen is om in deze basisbehoefte te voorzien (vb. mogelijkheid om de boodschappen aan huis te laten leveren zonder noemenswaardige meerkost).

Deze activiteiten moeten worden beperkt tot het uiterst noodzakelijke. Een wandeling in de buitenlucht kan wel deugd doen, maar kan niet aanzien worden als een basisbehoefte. De activiteiten moeten bovendien ook worden beperkt tot de duurtijd noodzakelijk om de activiteit uit te voeren. Tenslotte moeten de betrokken personen (...) bij het uitvoeren van de noodzakelijke activiteiten ook steeds de nodige maatregelen nemen om een verdere verspreiding van de besmetting met COVID-19 te voorkomen (afstandsregels, mondkemperplicht, ...).”

Op de vraag wie beoordeelt wanneer de voormelde termijn “tijdelijk [kan] worden opgeheven”, antwoordde de gemachtigde als volgt:

“Er wordt gerekend op de burgerzin van de persoon die in tijdelijke afzondering zit om zelf te oordelen of het in zijn concrete situatie noodzakelijk is om de termijn van tijdelijke afzondering op te heffen. Zoals hierboven weergegeven zal het noodzakelijke karakter van de activiteit vaak voortvloeien uit de specifieke situatie waarin de betrokkene zich bevindt en het al dan niet aanwezig zijn van alternatieven. Het is onmogelijk om een derde partij bevoegd te maken om voorafgaandelijk aan het verrichten van de noodzakelijke activiteit, te beoordelen of deze is geoorloofd. Uitzondering hierop zijn de noodzakelijke activiteiten in het kader van het ‘maatschappelijk belang’. Hier zal een beslissing van een derde (vb. werkgever) de verantwoording zijn op grond waarvan het noodzakelijk karakter van de activiteit wordt aangetoond.

Een controle of de activiteit al dan niet noodzakelijk is, kan wel *a posteriori* gebeuren. Bijvoorbeeld wanneer de betrokken persoon tijdens het verrichten van de activiteit wordt tegengehouden door de politie. Het zal hier aan de betrokken persoon dan zijn om de noodzakelijkheid van de activiteit te beargumenteren.”

5.2. De vraag rijst evenwel of voor een dergelijke bepaling rechtsgrond kan worden gevonden in de artikelen 47/1, § 2, derde lid, en § 3, derde lid, van het decreet van 21 november 2003, zoals de gemachtigde voorhoudt. Volgens die bepalingen kan de Vlaamse Regering enkel “de termijn van de tijdelijke afzondering” bepalen “op basis van de wetenschappelijke inzichten over de incubatietijd van COVID-19”.

Vooreerst is niet duidelijk wat precies wordt beoogd door te bepalen dat de termijn van de tijdelijke afzondering “tijdelijk [kan] worden opgeheven”. De gemachtigde bevestigde dat het niet gaat om een schorsing van die termijn:

“De tijdelijke opheffing houdt inderdaad geen verlenging van de termijn van tijdelijke afzondering in. Het gaat hier niet om een schorsing of een onderbreking van de termijn van tijdelijke afzondering, maar om een tijdvak waarin de termijn tijdelijk wordt opgeheven om een noodzakelijke activiteit uit te voeren. Na het tijdvak dat nodig is om de noodzakelijke activiteit te verrichten herneemt de termijn van de tijdelijke afzondering alsof deze niet werd onderbroken. Dit is logisch gezien de incubatietijd van COVID-19 dezelfde blijft en het niet kan verantwoord worden om de maatregel van tijdelijke afzondering aan te houden nadat de incubatietijd is verstreken (tenzij de persoon uiteraard symptomen krijgt of een positieve COVID-19 test ondergaat).”

Uit die verklaring kan worden afgeleid dat het de bedoeling is om, lopende de termijn van de tijdelijke afzondering (dus zonder dat die termijn als dusdanig wordt verlengd of verkort), bepaalde activiteiten toe te laten. Een dergelijke maatregel kan alvast niet worden ingepast in de machtiging aan de Vlaamse Regering in de voormelde decretale bepalingen, die beperkt is tot het bepalen van de termijn van de tijdelijke afzondering.

Bovendien staat de ontworpen bepaling op gespannen voet met die bepalingen die ook voorschrijven dat die termijn van de tijdelijke afzondering pas afloopt “als uit een onderzoek blijkt dat de persoon geen gevaar vormt voor de volksgezondheid”, doordat wordt voorzien in de mogelijkheid om reeds voor het verstrijken van die termijn activiteiten toe te laten zonder dat een dergelijk onderzoek heeft plaatsgevonden.

Daar komt nog bij dat artikel 47/1 van het decreet van 21 november 2003 slechts in één uitzondering voorziet op de tijdelijke afzondering, namelijk voor personen die terugkeren uit een hoogrisicogebied en die voldoen aan de voorwaarden vermeld in paragraaf 2, vierde en vijfde lid. Het staat in die omstandigheid niet aan de Vlaamse Regering om daar, zonder een uitdrukkelijke machtiging van de decreetgever, nieuwe uitzonderingen aan toe te voegen.

Om de voormelde redenen kan voor de ontworpen bepaling ook niet worden gesteund op de algemene uitvoeringsbevoegdheid van de Vlaamse Regering bedoeld in artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’.

De Raad van State moet dan ook ernstige twijfels uiten bij de rechtsgrond voor artikel 3, vierde lid, van het ontworpen besluit.

6. In het eerste streepje van de rubriek “Rechtsgronden” in de aanhef wordt verwezen naar de algemene uitvoeringsbevoegdheid van de Vlaamse Regering. Aangezien voor geen van de bepalingen van het ontworpen besluit daarop moet of kan (zie opmerking 5.2) worden gesteund, moet die verwijzing worden weggelaten.

VORMVEREISTEN

7.1. Het ontwerp bevat verscheidene bepalingen die de verwerking van persoonsgegevens regelen.

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)’ (hierna: AVG), 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’, 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.

7.2. Uit de beslissingsfiche van de Vlaamse Regering van 23 december 2020 blijkt dat de bevoegde minister gemachtigd wordt om over het ontwerp het advies te vragen van de Vlaamse Toezichtcommissie.

7.3. Zoals er in advies 68.207/3 reeds werd op gewezen,³ heeft de algemene vergadering van de afdeling Wetgeving van de Raad van State er in advies 61.267/2/AV van 27 juni 2017 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 3 december 2017,⁴ op gewezen dat noch de AVG,⁵ noch de bevoegdheidverdelende regels eraan in de weg staan dat in eenzelfde lidstaat meerdere toezichthoudende autoriteiten worden opgericht. In dat advies wordt gesteld dat de gemeenschappen en gewesten autoriteiten kunnen oprichten die toezicht houden op de naleving van de “specifieke” regels die de deelstaten ter uitvoering van de AVG hebben vastgesteld inzake de verwerking van persoonsgegevens in het kader van activiteiten die onder hun bevoegdheid vallen.⁶ Het verlenen van de bevoegdheid aan die autoriteiten om adviezen te geven, teneinde te voldoen aan de verplichting die voortvloeit uit de in opmerking 7.1 aangehaalde verordeningsbepalingen, hoort daar ook onder.

Zoals echter eveneens in het voormelde advies is uiteengezet, is het de Gegevensbeschermingsautoriteit die belast is met het toezicht op de naleving van de “algemene” regels inzake de verwerking van persoonsgegevens, met inbegrip van de algemene regels die de federale overheid ter uitvoering van de AVG heeft vastgesteld.⁷ Daaronder valt ook de bevoegdheid om, wat die regels betreft, advies te geven teneinde te voldoen aan de voormelde adviesverplichting.

De conclusie is dan ook dat het advies van de Gegevensbeschermingsautoriteit alsnog moet worden ingewonnen vooraleer het te nemen besluit doorgang kan vinden.

7.4. Indien de adviesaanvrager van oordeel zou zijn dat het raadplegen van zowel de Gegevensbeschermingsautoriteit als de Vlaamse toezichtcommissie problematisch zou kunnen zijn, staat het aan hem om een initiatief te nemen om desgevallend een samenwerkingsakkoord te sluiten over de wijze waarop de adviesverplichting die voortvloeit uit de in opmerking 7.1 aangehaalde verordeningsbepalingen door de toezichthoudende autoriteiten van de federale overheid, de gemeenschappen en de gewesten kan worden vervuld,⁸ op voorwaarde dat hiermee geen uitwisseling, afstand of teruggave van bevoegdheid in hoofde van de betrokken overheden gepaard gaat.

³ Adv.RvS 68.207/3 van 2 december 2020, over een voorstel van decreet dat heeft geleid tot het decreet van 18 december 2020 ‘tot wijziging van het decreet van 21 november 2003 betreffende het preventieve gezondheidsbeleid en van het decreet van 29 mei 2020 tot organisatie van de meldingsplicht en het contactonderzoek in het kader van COVID-19’, *Parl.St.* VI.Parl. 2020-21, nr. 488/3, opmerkingen 5.1 tot 5.4.

⁴ *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 54-2648/001, 103-132.

⁵ Zie immers artikel 51, lid 1, van de AVG.

⁶ *Ibid.*, 115 (opmerking 7.1).

⁷ *Ibid.*, 106-115 (opmerkingen 1 tot 6) en 117 (opmerking 3).

⁸ Zie in dat verband ook de meer algemene suggestie in advies 61.267/2/AV, *l.c.*, 115-116 (opmerking 8).

Een dergelijke samenwerking zou overigens ook in het verlengde liggen van de bepalingen van de AVG met betrekking tot de vereiste afstemming zowel tussen de toezichthoudende autoriteiten van verscheidene lidstaten⁹ als tussen de toezichthoudende autoriteiten van eenzelfde lidstaat.¹⁰⁻¹¹

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 4

8. Artikel 4, eerste lid, 2°, van het ontwerp maakt gewag van “de inschatting van de kans op besmetting (...) via een zelf-evaluatie die is opgenomen in het Passagier Lokalisatie Formulier op de website van de bevoegde federale dienst”. Die inschatting kan overeenkomstig artikel 47/1, § 2, vierde lid, 2°, van het decreet van 21 november 2003 leiden tot een vrijstelling van de tijdelijke afzondering en van de verplichting om zich bij een COVID-19-testcentrum, een triagecentrum of de behandelende arts te melden. Artikel 4, tweede lid, van het ontwerp houdt in dat elke persoon die die vrijstelling “geniet” het bewijs daarvan moet voorleggen, terwijl artikel 47/1, § 2, vierde lid, van het decreet van 21 november 2003 bepaalt dat “de Vlaamse Regering een vrijstelling [kan] (...) verlenen”.

De vraag rijst dan ook of een bepaalde instantie die vrijstelling “verleent”, dan wel of de vrijstelling automatisch of van rechtswege wordt verleend (in welk geval artikel 47/1, § 2, vierde lid, ongelukkig geformuleerd zou zijn). De gemachtigde verklaarde daarover het volgende:

“De ‘zelf-evaluatie’ waarvan sprake is in het artikel 4, 2°, van het ontwerp van besluit is opgenomen in het Passagier Lokalisatie Formulier op de website van de FOD Buitenlandse Zaken die de betrokken persoon verplicht moet invullen wanneer hij vanuit een hoogrisicogebied naar België reist (met uitzondering van verblijven van minder dan 48 uur in het buitenland of in België).

Het betreft een vragenlijst op grond waarvan, op basis van het gedrag van de betrokkene tijdens het verblijf in het hoogrisicogebied, het risico op besmetting met COVID-19 die de betrokken persoon heeft opgelopen wordt ingeschat. Deze inschatting wordt gegenereerd door het PLF op basis van wetenschappelijke inzichten met betrekking tot de verspreiding van COVID-19 en wordt aan de betrokkene via sms bekendgemaakt (betrokkene ontvangt een sms om in tijdelijke afzondering te gaan wanneer hij een verhoogd risico heeft op COVID-19, indien de persoon een laag risico heeft ontvangt hij geen sms en moet hij niet in tijdelijke afzondering).

De wetenschappelijke inzichten met betrekking tot een verdere verspreiding van COVID-19 kunnen wijzigen naar aanleiding van nieuwe studies, onderzoeken, ... Hierdoor is het niet aangewezen om in de regelgeving concreet vast te leggen op basis van welke gegevens het lage risico concreet wordt ingeschat.

⁹ Zie de artikelen 60 tot 67 van de AVG.

¹⁰ Zie artikel 51, leden 1 tot 3, van de AVG.

¹¹ Zie adv.RvS 66.033/1/AV van 3 juni 2019 over een ontwerp dat heeft geleid tot het besluit van de Vlaamse Regering van 7 juni 2019 ‘tot wijziging van het besluit van de Vlaamse Regering van 10 december 2010 tot uitvoering van het decreet betreffende de private arbeidsbemiddeling, wat betreft de invoering van een registratieverplichting voor sportmakelaars’, opmerkingen 5.1 tot 5.4.

(...)

Het resultaat van de zelfevaluatie wordt aan de betrokken persoon bekend gemaakt (indien hij een verhoogd risico heeft om COVID-19 op te hebben gelopen ontvangt hij een sms met de melding dat hij in tijdelijke afzondering moet, indien dit niet zo is, ontvang hij geen sms en moet hij niet in tijdelijke afzondering).

(...)

De SMS - berichten worden gegeneerd via het Paloma-systeem dat ontwikkeld is / beheerd wordt door het federale SMALS. Het gaat om een automatisme: de inhoud van de SMS hangt af van de score die volgt uit de zelfevaluatie in verhouding tot bepaalde drempelwaarden. De Vlaamse Gemeenschap zit daar dus niet tussen. De opdrachten aan SMALS m.b.t. de COVID-crisis worden wel gegeven en opgevolgd in het interfederale comité testing en tracing, waar alle overheden betrokken zijn.

Het bewijs van vrijstelling in geval van een SMS die quarantaine oplegt kan niet geleverd worden via de PLF (de zelfevaluatie houdt wel al rekening met een aantal vrijstellingsgronden maar dit kan niet in alle gevallen). De persoon zal in die gevallen – bij een controle in kader van handhaving – zelf moeten kunnen aantonen dat hij of zij zich alsnog kan beroepen op een uitzondering voorzien in het BVR (via bv. een attest van de werkgever).

(...)

De vrijstelling geldt automatisch als aan de voorwaarde is voldaan. Van zodra de persoon minder dan 48 uur in een hoogrisicogebied is geweest (cfr. artikel 47/1, §2, vierde lid, 1°), uit de zelfevaluatie blijkt dat de persoon door zijn gedrag in het hoogrisicogebied geen verhoogd risico heeft op COVID-19 (cfr. artikel 47/1, §2, vierde lid, 2°) of de persoon om een essentiële reden in een hoogrisicogebied is geweest (cfr. artikel 47/1, §2, vierde lid, 3°) geldt de vrijstelling. Hier is geen bijkomende handeling aan verbonden, er moet dus niet via een procedure een beslissing tot vrijstelling worden bekomen van de Vlaamse Regering. Het artikel 47/1, §2, vierde lid, is in deze inderdaad ongelukkig geformuleerd aangezien hieruit zou kunnen worden afgeleid dat een bijkomende handeling door de Vlaamse Regering vereist is om de effectieve vrijstelling te bekomen. Er zal worden nagegaan of het artikel 47/1, §2, vierde lid, bij een toekomstige wijziging van het decreet van 21 november 2003 kan worden aangepast en op dit punt verduidelijkt kan worden.”

Uit de verklaring van de gemachtigde blijkt dat er weliswaar als dusdanig geen vrijstelling wordt verleend op aanvraag, maar dat elke persoon die afkomstig is uit het buitenland op de hoogte wordt gebracht over het resultaat van de zelfevaluatie die is opgenomen in het Passagier Lokalisatie Formulier op de website van de federale overheid, wanneer dat resultaat niet leidt tot een vrijstelling van de tijdelijke afzondering. Dit zou beter in het artikel 4, tweede lid, van het ontwerp worden verduidelijkt door te verwijzen naar die procedure.¹² Tevens zou moeten worden bepaald hoe het bewijs van de vrijstelling kan worden geleverd, aangezien uit de toelichting van de gemachtigde blijkt dat wie in aanmerking komt voor de vrijstelling, juist geen

¹² Nu wordt er immers enkel zijdelings gewag van gemaakt in artikel 4, eerste lid, 2°, voor slechts één van de drie hypothesen bedoeld in artikel 47/1, vierde lid, van het decreet van 21 november 2003.

sms-bericht ontvangt.¹³ De rechtsgrond voor die twee aanpassingen wordt geboden door artikel 47/1, § 2, vijfde lid, van het decreet van 21 november 2003.¹⁴

9. De vraag rijst hoe de regeling inzake de vrijstellingen zich verhoudt tot de verplichting, opgelegd door artikel 21, § 7, van het federale ministerieel besluit van 28 oktober 2020 ‘houdende dringende maatregelen om de verspreiding van het coronavirus COVID-19 te beperken’, dat inhoudt dat wie twaalf jaar of ouder is, geen hoofdverblijfplaats heeft in België en het land binnenkomt vanuit een hoogrisicogebied moet beschikken over een negatief testresultaat van een test die ten vroegste 72 uur voor het vertrek naar het Belgisch grondgebied werd afgenomen. De gemachtigde verklaarde daarover het volgende:

“De verplichting vermeld in het artikel 21, §7, van het M.B. van 28 oktober 2020 staat los van de verplichting om al dan niet in tijdelijke afzondering te gaan. De voorwaarde vermeld in het artikel 21, §7, van het M.B. van 28 oktober 2020 beperkt zich bovendien tot de personen die geen hoofdverblijfplaats hebben in België, terwijl de maatregel van tijdelijke afzondering geldt voor iedere persoon die in een hoogrisicogebied is geweest (ongeacht waar de persoon zijn hoofdverblijfplaats heeft).

De verplichting, vermeld in artikel 21, §7, van het M.B. van 28 oktober 2020, kan alleen een indicatie vormen voor het gegeven of de persoon, op het moment dat hij het Belgische grondgebied binnenkomt, al dan niet besmet is met COVID-19 of niet, maar vormt geen indicatie voor het feit of hij al dan niet een hoogrisicocontact is (hiervoor is zijn gedrag/contacten in het hoogrisicogebied bepalend). Personen die besmet zijn met COVID-19, maar waarbij de besmetting zich nog in een vroeg stadium bevindt, kunnen immers een negatieve test ondergaan. Om deze reden wordt, zoals u in uw vraagstelling terecht opmerkt, de verplichting voor tijdelijke afzondering ook niet meteen opgeheven na het ondergaan van een negatieve COVID-19 test aan het begin van de termijn van tijdelijke afzondering, maar vervalt de resterende duur van de tijdelijke afzondering alleen wanneer er een negatieve COVID-19 test wordt ondergaan vanaf de zevende dag van de termijn van tijdelijke afzondering.”

Met die uitleg kan worden ingestemd.

Artikel 13

10. Het ontworpen artikel 6, tweede zin, van het besluit van de Vlaamse Regering van 12 juni 2020 (artikel 13 van het ontwerp) vormt een overname van een onderdeel van artikel 6, tweede lid, van het decreet van 29 mei 2020.

Bepalingen die enkel een hogere rechtsnorm in herinnering brengen door die over te nemen of te parafraseren, horen in beginsel niet thuis in een uitvoeringsregeling, onder meer omdat daardoor onduidelijkheid dreigt te ontstaan omtrent de juridische aard van de overgenomen bepalingen en erdoor verkeerdelijk de indruk kan worden gewekt dat de

¹³ De gemachtigde verklaarde dat ook een exemplaar van het ingevulde Passagier Lokalisatie Formulier naar de betrokken persoon wordt gestuurd via mail en dat dat “het bewijs dat men niet in quarantaine moet mogelijks [kan] faciliteren”. Het staat echter niet vast dat die informatie voldoende zal zijn als bewijs.

¹⁴ Het gaat immers om een nadere regeling van de vrijstelling van de tijdelijke afzondering.

overgenomen regels kunnen worden gewijzigd door de overheid die de regels overneemt. Enkel wanneer het voor een goed begrip van de ontworpen regeling onontbeerlijk is dat bepalingen uit een hogere rechtsnorm worden overgenomen, kan dergelijke werkwijze worden gebillijkt, en dan enkel op voorwaarde dat de oorsprong van de betrokken regels wordt vermeld (door het aanbrengen van de vermelding “overeenkomstig artikel ... van het decreet van ...”) en dat de overname correct en letterlijk gebeurt om geen onduidelijkheid te doen ontstaan omtrent de juiste draagwijdte ervan.

Bijgevolg moet het ontworpen artikel 6, tweede zin, dan ook aanvangen met de woorden “Overeenkomstig artikel 6, tweede lid, van het decreet van 29 mei 2020, sluit het agentschap (...).”.

Die opmerking geldt eveneens voor het ontworpen artikel 6/4, tweede zin, van het besluit van de Vlaamse Regering van 12 juni 2020 (artikel 17 van het ontwerp), gelet op de overlapping met artikel 6/2, § 2, achtste lid, van het decreet van 29 mei 2020.

Artikel 19

11. Ter wille van de rechtszekerheid moet in de buitenwerkingtredingsbepaling in het ontworpen artikel 7/1 van het besluit van de Vlaamse Regering van 12 juni 2020 (artikel 19 van het ontwerp) het woord “uiterlijk” worden weggelaten. Indien de decreetgever of de Vlaamse Regering dit besluit wenst op te heffen vóór 31 december 2021, kan dat steeds gebeuren, ook zonder die vermelding.

Artikel 20

12. Overeenkomstig artikel 20 van het ontwerp, wordt zowel aan de bepalingen van hoofdstuk 3 van het decreet van 18 december 2020 als aan de bepalingen van hoofdstuk 2 van het te nemen besluit terugwerkende kracht verleend tot 1 juli 2020. Dat zijn de bepalingen die betrekking hebben op de concrete organisatie van de contactopsporing in het kader van de strijd tegen COVID-19, alsook op de gegevensuitwisseling.

12.1. De niet-retroactiviteit van decreten is een waarborg ter voorkoming van rechtsonzekerheid. Die waarborg vereist dat de inhoud van het recht voorzienbaar en toegankelijk is, zodat de rechtzoekende in redelijke mate de gevolgen van een bepaalde handeling kan voorzien op het tijdstip dat die handeling wordt verricht. De terugwerkende kracht kan enkel worden verantwoord wanneer ze onontbeerlijk is voor de verwezenlijking van een doelstelling van algemeen belang.¹⁵ Indien bovendien blijkt dat de terugwerkende kracht tot doel heeft de afloop van een gerechtelijke procedure in een welbepaalde zin te beïnvloeden – waarvan de Raad

¹⁵ Vaste rechtspraak van het Grondwettelijk Hof, zie o.m.: GwH 21 november 2013, nr. 158/2013, B.24.2; GwH 19 december 2013, nr. 172/2013, B.22; GwH 29 januari 2014, nr. 18/2014, B.10; GwH 9 oktober 2014, nr. 146/2014, B.10.1; GwH 22 januari 2015, nr. 1/2015, B.4; GwH 7 mei 2015, nr. 54/2015, B.12; GwH 14 januari 2016, nr. 3/2016, B.22; GwH 3 februari 2016, nr. 16/2016, B.12.1; GwH 28 april 2016, nr. 58/2016, B.9.2; GwH 9 februari 2017, nr. 15/2017, B.9.2.

van State geen kennis heeft, maar wat niet valt uit te sluiten - of de rechtscolleges te verhinderen zich uit te spreken over een welbepaalde rechtsvraag, vergt de aard van het in het geding zijnde beginsel dat uitzonderlijke omstandigheden of dwingende motieven van algemeen belang een verantwoording bieden voor het optreden van de wetgever, dat ten nadele van een categorie van burgers afbreuk doet aan de jurisdictionele waarborgen die aan allen worden geboden.¹⁶

Zowel uit de adviespraktijk als uit de rechtspraak¹⁷ van de Raad van State blijkt dat terugwerkende kracht van verordenende bepalingen enkel aanvaardbaar is ingeval voor de retroactiviteit een wettelijke machtiging bestaat, de retroactiviteit betrekking heeft op een regeling die met inachtneming van het gelijkheidsbeginsel voordelen toekent of in zoverre de retroactiviteit noodzakelijk is voor de goede werking van de diensten en erdoor, in beginsel, geen verkregen situaties worden aangetast. In andere arresten heeft de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State op gelijkaardige wijze gesteld dat terugwerkende kracht aanvaardbaar is wanneer dit absoluut noodzakelijk blijkt met het oog op de goede werking van het bestuur of ter regularisatie van een feitelijke of rechtstoestand, en dan nog op voorwaarde dat de terugwerking het vereiste van de rechtszekerheid eerbiedigt en geen afbreuk doet aan verkregen rechten.¹⁸

12.2. Gevraagd om een verantwoording van de terugwerkende kracht, zowel van de decretale als van de verordenende bepalingen, in het licht van de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof en de rechtspraak en de adviespraktijk van de Raad van State, verklaarde de gemachtigde het volgende:

“Het gaat hier om een regularisatie met terugwerkende kracht van al opgerichte initiatieven en gegevensverwerkingen. De COVID-19-crisis dwingt de overheid soms om in het belang van de volksgezondheid maatregelen te nemen zonder dat deze onmiddellijk juridisch verankerd kunnen worden in regelgeving.

In de artikelen 7 tot en met 14 van het decreet van 18 december 2020 worden volgende aanpassingen doorgevoerd aan het decreet van 29 mei 2020:

- technische aanpassingen worden aangebracht aan het decreet van 29 mei 2020 (artikel 7 en 8);
- aanpassing van het decreet van 29 mei 2020 om dit conform te maken met het Samenwerkingsakkoord van 25 augustus 2020 (artikel 9);
- verplaatsen van bestaande bepalingen vanuit het besluit van 12 juni 2020 naar het niveau van het decreet van 29 mei 2020 (artikel 10);

¹⁶ Vaste rechtspraak van het Grondwettelijk Hof, zie o.m. GwH 21 november 2013, nr. 158/2013, B.24.2.; GwH 9 oktober 2014, nr. 146/2014, B.10.1. Vgl. GwH 13 juni 2013, nr. 87/2013, B.7 (waar de term “buitengewone” in plaats van “uitzonderlijke” werd gebruikt).

¹⁷ RvS 5 december 2011, nr. 216.678, *NV AC Recycling*, overw. 14; RvS 15 oktober 2012, nr. 221.001, *BVBA Suipor*, overw. 25.

¹⁸ Zie bv. RvS 31 januari 2005, nr. 139.956, *Bogaert*, overw. 4.2.; RvS 31 januari 2005, nr. 139.957, *vzw UNIZO en vzw FVIB*, overw. 3.3.3.1.; RvS 13 juni 2005, nr. 145.836, *BV Merck Sharp & Dohme*, overw. 4.2.1.; RvS 19 april 2010, nr. 203.043, *vzw Radio Tienen en Depré*, overw. 60; RvS 15 maart 2011, nr. 212.046, *Delbecque*, overw. 22; RvS nr. 217.904 van 13 februari 2012 *Vermoesen*, overw. 15; RvS 29 augustus 2012, nr. 220.489, *De Brauwer*, overw. 7.6.; RvS 20 december 2012, nr. 221.864, *De Graeve*, overw. 25; RvS 10 januari 2013, nr. 221.982, *Goutière*, overw. 23; RvS 16 april 2013, nr. 223.166, *Goutière*, overw. 10 en 11; RvS 27 november 2014, nr. 229.369, *De Roy*, overw. 6.8.

- oprichting van een databank voor veldonderzoekers bij het centrale contactcentrum (artikel 11);
- oprichting van lokale contactcentra (artikel 12 en 13);
- oprichting van COVID-19 teams (artikel 14);
- evaluatie van de lokale contactcentra en de COVID-19 teams (artikel 15).

De lokale contactcentra en de COVID-19-teams zijn al werkzaam en voeren hun (...) in het decreet genoemde activiteiten al uit onder de gestelde voorwaarden. Deze werking wordt nu alleen verankerd in de regelgeving. Idem met het ontwerp van besluit dat, wat dit betreft, slechts enkele verduidelijkingen aanbrengt (taken van de veldonderzoekers werden verduidelijkt op vraag van de GBA naar aanleiding van het advies bij het Samenwerkingsakkoord van 25 augustus 2020, technische en organisatorische veiligheidsmaatregelen worden vastgelegd in de regelgeving, ...).”

12.3. De afdeling Wetgeving van de Raad van State heeft er in het verleden meermaals op gewezen dat het procedé waarbij een regeling onmiddellijk wordt ingevoerd zonder de totstandkoming van de noodzakelijke decretale of reglementaire basis af te wachten, en aan die laatste dan, wanneer zij uiteindelijk tot stand komt, terugwerkende kracht wordt verleend voor zoveel tijd als nodig is om de reeds gangbare praktijk te bevestigen, in beginsel niet toelaatbaar is. Dit is vooreerst het geval, omdat met dat procedé wordt afgeweken van de normale regels die moeten worden gevolgd bij de totstandkoming van reglementaire bepalingen en aldus die regels dreigen te worden uitgehold, ten tweede, omdat erdoor de beslissingsbevoegdheid van de minister in sommige gevallen feitelijk aan banden wordt gelegd, ten derde, omdat de inhoud van de nieuwe meegedeelde regelgeving niet wordt bekendgemaakt op een wijze als bedoeld bij artikel 190 van de Grondwet en, ten slotte, omdat het gevolgde procedé een bron van rechtsonzekerheid is voor de bestemmingen van de betrokken normen.

In dit specifieke geval en gelet op de uitzonderlijke omstandigheden waarmee de overheid werd geconfronteerd in de strijd tegen de COVID-19-pandemie, kan de noodzaak van een dergelijke regularisatie voor de verwezenlijking van een doelstelling van algemeen belang weliswaar worden aanvaard, maar enkel in zoverre de betrokken bepalingen ook daadwerkelijk sporen met het optreden van de instanties die instaan voor de contactopsporing en met de wijze waarop persoonsgegevens in dat verband werden verwerkt.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Astrid TRUYENS

Marnix VAN DAMME