RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 72.712/1
van 10 januari 2023

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot wijziging van het besluit van de Vlaamse regering van 17 juni 1997 betreffende de personeelsformatie in het gewoon basisonderwijs en het besluit van de Vlaamse Regering van 16 juli 2021 over het geïntegreerde ondersteuningsaanbod gelijke onderwijskansen in het secundair onderwijs en tot wijziging van diverse besluiten van de Vlaamse Regering, wat betreft studieaanbod, studietoelagen en projectsubsidiëring contractuelen’

‡LW-BABXMBEAG-HCHBCUQ‡

Op 9 december 2022 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 ‘tot wijziging van het besluit van de Vlaamse regering van 17 juni 1997 betreffende de personeelsformatie in het gewoon basisonderwijs en het besluit van de Vlaamse Regering van 16 juli 2021 over het geïntegreerde ondersteuningsaanbod gelijke onderwijskansen in het secundair onderwijs en tot wijziging van diverse besluiten van de Vlaamse Regering, wat betreft studieaanbod, studietoelagen en projectsubsidiëring contractuelen’.

Het ontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 27 december 2022. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Chantal BAMPS en Inge VOS, staatsraden, en Annemie GOOSSENS, griffier.

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

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 10 januari 2023.

*

‡LW-BABXMBEAG-HCHBCUQ‡

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 EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

2. Het om advies voorgelegde ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering strekt ertoe om, zowel ten aanzien van het gewoon basisonderwijs als ten aanzien van het voltijds gewoon secundair onderwijs, te bepalen hoe, met ingang van 1 januari 2023 (artikel 3), in het kader van de zogeheten "leerlingentelling", met het oog op de toekenning van bepaalde omkaderingsmiddelen en het werkingsbudget, de gelijkekansenindicator "leerlingen die een thuiszorg hebben"[1] wordt vastgesteld door het Agentschap voor Onderwijsdiensten (AGODI). Daartoe wijzigen de artikelen 1 en 2 van het ontwerp respectievelijk artikel 6 van het besluit van de Vlaamse Regering van 17 juni 1997 'betreffende de personeelsformatie in het gewoon basisonderwijs' en artikel 2, § 1, van het besluit van de Vlaamse Regering van 16 juli 2021 'over het geïntegreerde ondersteuningsaanbod gelijke onderwijskansen in het secundair onderwijs en tot wijziging van diverse besluiten van de Vlaamse Regering, wat betreft studieaanbod, studietoelagen en projectsubsidiëring contractuelen'.

3.1. Artikel 1 van het ontwerp vindt rechtsgrond artikel 140, § 1, 6°, van het decreet basisonderwijs van 25 februari 1997 waaraan wordt gerefereerd in de rubriek "Rechtsgronden" van de aanhef.

3.2. Voor artikel 2 van het ontwerp wordt blijkens de rubriek "Rechtsgronden" van de aanhef rechtsgrond gezocht in artikel 3, 43°/2, van de Codex Secundair Onderwijs van 17 december 2010. Deze bepaling wordt evenwel opgeheven met ingang van 1 januari 2023[2] en kan artikel 2 van het ontwerp dus onmogelijk tot rechtsgrond strekken. Zoals door de gemachtigde werd voorgesteld, kan voor artikel 2 van het ontwerp in beginsel wel rechtsgrond worden gevonden, wat de eerste en de tweede graad van het voltijds gewoon secundair onderwijs betreft, in artikel 225, § 2, tweede lid, en, wat de derde graad van het voltijds gewoon secundair onderwijs betreft, in artikel 233, § 2, tweede lid, van de Codex Secundair Onderwijs. De opdracht die in deze bepalingen aan de Vlaamse Regering wordt verleend, houdt in dat deze laatste de wijze dient te bepalen waarop het beantwoorden aan de gelijkekansenindicator "leerlingen die een zorgthuis hebben"[3] wordt vastgesteld.

[1] Deze indicator werd ingevoegd bij de artikelen 5, 2°, en 26 van het decreet van 8 juli 2022 'over het onderwijs XXXII' en komt in de plaats van de indicator 'thuisloze'.

[2] Artikel 26, 4°, van het voornoemde decreet van 8 juli 2022.

[3] De artikelen 225, § 1, 2°, en 233, § 1, 2°, van de Codex Secundair Onderwijs worden met ingang van 1 januari 2023 gewijzigd bij de artikelen 36 en 38 van het reeds genoemde decreet van 8 juli 2022.

‡LW-BABXMBEAG-HCHBCUQ‡

3.3.1. Met betrekking tot zowel artikel 1 als artikel 2 van het ontwerp dient evenwel een voorbehoud te worden gemaakt, voor zover erin wordt bepaald hoe het AGODI (gevoelige) persoonsgegevens van bepaalde leerlingen verwerkt. Het kan immers worden betwijfeld dat de reeds genoemde rechtsgrondbepalingen, in het licht van artikel 22 van de Grondwet, hiervoor voldoende rechtsgrond kunnen bieden.

3.3.2. Doordat artikel 22 van de Grondwet aan de bevoegde wetgever de bevoegdheid voorbehoudt om vast te stellen in welke gevallen en onder welke voorwaarden afbreuk kan worden gedaan aan het recht op eerbiediging van het privéleven, waarborgt het 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 wettelijkheidsbeginsel 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.[4]

Bijgevolg moeten de "essentiële elementen" van de verwerking van persoonsgegevens in de wet zelf worden vastgelegd. In dat verband zijn zowel de Raad van State, afdeling Wetgeving,[5] als het Grondwettelijk Hof[6] van oordeel dat ongeacht de aard van de betrokken aangelegenheid, de volgende elementen in beginsel "essentiële elementen" uitmaken: 1°) de categorie van verwerkte gegevens; 2°) de categorie van betrokken personen; 3°) de met de verwerking nagestreefde doelstelling; 4°) de categorie van personen die toegang hebben tot de verwerkte gegevens; en 5°) de maximumtermijn voor het bewaren van de gegevens.

3.3.3. Uit de bepalingen die het ontwerp in beginsel tot rechtsgrond strekken kan hoogstens worden afgeleid welke categorie van betrokken personen persoonsgegevens kunnen worden verwerkt (leerlingen) en welke doelstelling met het inzamelen van de gegevens wordt nagestreefd (het nagaan van gelijkekansenindicatoren met het oog op een correcte subsidiëring of financiering van de onderwijsinstellingen). Uit die bepalingen blijkt evenwel niet welke gegevens kunnen worden verwerkt,[7] welke personen toegang hebben tot de gegevens en wat de maximumtermijn is voor het bewaren van de gegevens. Evenmin lijkt er in het decreet basisonderwijs, de Codex Secundair Onderwijs of – ruimer - de onderwijswetgeving[8] een algemene bepaling te kunnen

---

[4] Vaste rechtspraak van het Grondwettelijk Hof: zie inzonderheid GwH 18 maart 2010, nr. 29/2010, B.16.1; GwH 20 februari 2020, nr. 27/2020, B.17.

[5] Adv.RvS 68.936/AV van 7 april 2021 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 14 augustus 2021 'betreffende de maatregelen van bestuurlijke politie tijdens een epidemische noodsituatie', opmerking 101 (*Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-1951/001, 119).

[6] GwH 10 maart 2022, nr. 33/2022, B.13.1; GwH 22 september 2022, nr. 110/2022, B.11.2.

[7] Aldus kan ook niet worden nagegaan of de bepalingen voldoen aan het vereiste van minimale gegevensverwerking bedoeld in artikel 5, lid 1, c), 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)'.

[8] Het in voorbereiding zijnde voorontwerp van decreet 'tot wijziging van het decreet basisonderwijs van 25 februari 1997, de Codex Secundair Onderwijs van 17 december 2010 en het decreet van 9 maart 2018 betreffende het deeltijds kunstonderwijs, wat betreft het gebruik van persoonsgegevens in het basisonderwijs, het secundair onderwijs en het deeltijds kunstonderwijs' (adviesaanvraag 72.702/1), biedt op het eerste gezicht evenmin een

‡LW-BABXMBEAG-HCHBCUQ‡

worden ingeroepen die als een voldoende decretale basis zou kunnen worden beschouwd voor de verwerking van de betrokken persoonsgegevens.[9]

De conclusie is dan ook dat de voormelde essentiële elementen van de gegevensverwerking niet door de decreetgever zijn bepaald en dat zodoende, in het licht van artikel 22 van de Grondwet, de opdracht die in de artikelen 140, § 1, 6°, van het decreet basisonderwijs en in de artikelen 225, § 2, tweede lid, en 233, § 2, tweede lid, van de Codex Secundair Onderwijs aan de Vlaamse Regering wordt gegeven, ontoereikend is om als rechtsgrond te kunnen dienen voor het desbetreffende onderdeel van de ontworpen regeling. De hierna volgende opmerkingen dienen dan ook met dat voorbehoud te worden gelezen.

VORMVEREISTEN

4. Bij het vaststellen van de gelijkekansenindicator "leerlingen die een thuiszorg hebben" worden persoonsgegevens verwerkt.

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 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.

De aan de afdeling Wetgeving meegedeelde documenten doen ervan blijken dat over het ontwerp van besluit op 8 november 2022 advies nr. 2022/102 werd uitgebracht door de Vlaamse Toezichtcommissie voor de verwerking van persoonsgegevens. In dat verband dient er evenwel op gewezen te worden dat, gelet op hetgeen is uiteengezet in advies 66.033/1/AV van 3 juni 2019,[10] een advies van de Vlaamse Toezichtcommissie niet *per se* volstaat om aan het betrokken

voldoende decretale basis voor de in dit ontwerp geregelde verwerking, aangezien het betrokken voorontwerp van decreet enkel betrekking heeft op de verwerking van gegevens bij de inschrijving van leerlingen.

[9] De gemachtigde kon evenmin andere bepalingen aanwijzen dan de reeds genoemde artikelen 140 van het decreet basisonderwijs en 225 en 233 van de Codex Secundair Onderwijs. Bijkomend kan worden opgemerkt dat, voor het vastleggen van de maximale bewaartermijnen van de gegevens, een (zelfs decretale) verwijzing naar beheersregels die tot stand komen op grond van artikel III.81, § 2, van het Bestuursdecreet van 7 december 2018 (zie het ontworpen artikel 6, § 7, vijfde lid, van het besluit van de Vlaamse Regering van 17 juni 1997, en het ontworpen artikel 2, § 1, 2°, van het besluit van de Vlaamse Regering van 16 juli 2021) niet volstaan in het licht van het legaliteitsbeginsel vervat in artikel 22 van de Grondwet (zie o.m. adv.RvS 72.235/1 van 14 november 2022 over een voorontwerp dat heeft geleid tot het ontwerp van decreet 'over de subsidiëring van het sociaal-cultureel volwassenenwerk', *Parl.St.* Vl.Parl. 2022-23, nr. 1508/1, 176-178, opmerking 7.4).

[10] 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.

‡LW-BABXMBEAG-HCHBCUQ‡

vormvoorschrift te voldoen en dat ook nog om een advies van de Gegevensbeschermingsautoriteit moet worden verzocht.

ALGEMENE OPMERKING

5. In het geval er een automatische gegevensuitwisseling tussen Fedasil, een federale overheidsdienst, en het AGODI zou plaatsvinden, zou dit neerkomen op het opleggen van een verplichting aan een federale overheidsdienst in welk verband het best een samenwerkingsakkoord zou worden gesloten in de zin van artikel 92*bis*, § 1, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 'tot hervorming der instellingen'. Met een dergelijk samenwerkingsakkoord zou bovendien de decreetgever dienen in te stemmen aangezien het dan gaat om een akkoord dat betrekking heeft "op (…) aangelegenheden die bij decreet worden geregeld", meer bepaald de verwerking van persoonsgegevens, hetgeen een aangelegenheid uitmaakt die artikel 22 van de Grondwet uitdrukkelijk voorbehoudt aan de wetgevende macht. In elk geval zullen alsdan de essentiële elementen van deze gegevensverwerking in een bij decreet goedgekeurd samenwerkingsakkoord moeten worden geregeld.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Aanhef

6. Onder voorbehoud van hetgeen onder de randnummers 3.3.1 tot 3.3.3 werd opgemerkt, dient na het tweede streepje onder de rubriek "Rechtsgronden" van de aanhef te worden verwezen naar de artikelen 225, § 2, tweede lid, en 233, § 2, tweede lid, van de Codex Secundair Onderwijs van 17 december 2010, en niet naar artikel 3, 43°/2, van die codex.

Artikel 2

7. In tegenstelling tot wat het geval is voor de gelijkekansenindicatoren die tot op heden worden beschreven in artikel 2, § 1, van het besluit van de Vlaamse Regering van 16 juli 2021,[11] heeft het ontworpen artikel 2, § 1, 2°, van dat besluit (artikel 2, 1°, van het ontwerp), tot gevolg dat voor de indicator "leerlingen die een zorgthuis hebben" niet langer wordt uitgegaan van een verplichting in hoofde van de scholen om te melden hoeveel van haar leerlingen aan een bepaalde gelijkekansenindicator beantwoorden, maar dat uitsluitend voor die specifieke indicator de voornoemde verplichting wordt vervangen door een vaststelling van de indicator door het AGODI. Op die wijze boet de omschrijving van gelijkekansenindicatoren in artikel 2, § 1, van het betrokken besluit evenwel aan coherentie in omdat er met betrekking tot een enkele indicator wordt afgestapt van een verplichte melding van de scholen, zijnde de indicator "leerlingen die een zorgthuis hebben".

[11] Zie de gelijkekansenindicatoren omschreven in de onderdelen 1° tot 5° van artikel 2, § 1, van het besluit van de Vlaamse Regering van 16 juli 2021.

‡LW-BABXMBEAG-HCHBCUQ‡

Daarom wordt, in samenspraak met de gemachtigde, ter overweging gegeven om artikel 2, § 1, 2°, van het besluit van de Vlaamse Regering van 16 juli 2021 op te heffen en om in artikel 2 van dat besluit een nieuwe paragraaf in te voegen waaruit duidelijk blijkt dat het AGODI instaat voor het vaststellen van de gelijkekansenindicator "leerlingen die een zorgthuis hebben". In dat geval dient dan tevens nog artikel 3 van het besluit van de Vlaamse Regering van 16 juli 2021 aan deze wijziging te worden aangepast.[12]

Artikel 3

8. Rekening houdend met het ogenblik waarop het voorliggende advies wordt uitgebracht en waarop het tot stand te brengen besluit zal worden bekendgemaakt, zal aan de ontworpen regeling terugwerkende kracht worden verleend indien de datum van 1 januari 2023 wordt behouden in artikel 3 van het ontwerp.

Het verlenen van terugwerkende kracht aan besluiten is enkel toelaatbaar ingeval voor de retroactiviteit een wettelijke grondslag bestaat, de retroactiviteit betrekking heeft op een regeling waarbij, met inachtneming van het gelijkheidsbeginsel, voordelen worden toegekend of in zoverre de retroactiviteit noodzakelijk is voor de continuïteit of de goede werking van het bestuur en daardoor, in beginsel, geen verkregen situaties worden aangetast. Enkel indien de retroactiviteit van de ontworpen regeling in één van de opgesomde gevallen valt in te passen, kan deze worden gebillijkt.

In casu valt het niet uit te sluiten dat met de ontworpen regeling afbreuk wordt gedaan aan verkregen situaties, hetgeen de terugwerkende kracht problematisch maakt.[13]

DE GRIFFIER DE VOORZITTER

Annemie GOOSSENS Marnix VAN DAMME

[12] Artikel 3, 2°, van het besluit van de Vlaamse Regering van 16 juli 2021, bevat immers een verwijzing naar "de indicator, vermeld in artikel 2, 2°".

[13] De ontworpen regeling kan gepaard gaan met een inmenging van het recht op de bescherming van de persoonlijke levenssfeer en kan tot gevolg hebben dat vastgesteld wordt dat een leerling – tegen zijn of haar wil of tegen de wil van zijn of haar ouders in – beantwoordt aan een bepaalde gelijkekansenindicator,

‡LW-BABXMBEAG-HCHBCUQ‡