



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 72.702/1
van 31 januari 2023

over

een 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’

Op 7 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 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’.

Het voorontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 19 januari 2023. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Chantal BAMPS en Wouter PAS, staatsraden, Michel TISON en Johan PUT, assessoren, en Greet VERBERCKMOES, griffier.

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

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 31 januari 2023.

*

STREKKING VAN HET VOORONTWERP

1. Het om advies voorgelegde voorontwerp van decreet strekt ertoe de decretale grondslag voor bepaalde verwerkingen van persoonsgegevens van de leerlingen in het basis-, secundair en deeltijds kunstonderwijs nader te regelen.

Ten eerste wordt een nieuwe decretale grondslag vastgelegd voor de registratie van bepaalde persoonsgegevens ter unieke identificatie van de leerlingen in het basis- en secundair onderwijs in het kader van een inschrijving. Daartoe wordt artikel 21 van het decreet basisonderwijs van 25 februari 1997 gewijzigd en wordt artikel 123/7/1, eerste tot vierde lid, ingevoegd in de Codex Secundair Onderwijs van 17 december 2010.

Ten tweede wordt voor het secundair onderwijs een decretale grondslag gecreëerd op grond waarvan de schoolbesturen onder bepaalde voorwaarden voor de identificatie van de leerlingen de identiteitsfoto op de identiteitskaart kunnen verzamelen. Daartoe wordt artikel 123/7/1, vijfde lid, in de Codex Secundair Onderwijs ingevoegd.

Ten slotte wordt, wat het deeltijds kunstonderwijs betreft, mogelijk gemaakt dat de gegevens over aan- en afwezigheden worden gemeld aan het Agentschap voor Onderwijsdiensten en wordt beoogd de Vlaamse Regering te machtigen om de elektronische verwerking van die gegevens nader te regelen. Daartoe wordt artikel 49 van het decreet van 9 maart 2018 ‘betreffende het deeltijd kunstonderwijs’ gewijzigd.

VORMVEREISTEN

2. Het voorontwerp regelt de verwerking van persoonsgegevens van leerlingen die worden ingeschreven in het basis- en secundair onderwijs en van leerlingen die zijn ingeschreven in het deeltijds kunstonderwijs.

Bij de adviesaanvraag is advies nr. 2022/012 gevoegd dat de Vlaamse toezichtcommissie voor de verwerking van persoonsgegevens op 15 februari 2022 over het voorontwerp heeft uitgebracht. Zoals de Raad van State, afdeling Wetgeving, reeds in tal van adviezen heeft opgemerkt, dient met betrekking tot die bepalingen niet enkel het advies te worden ingewonnen van de Vlaamse toezichtcommissie, maar ook het advies van de (federale) Gegevensbeschermingsautoriteit bedoeld in de wet van 3 december 2017 ‘tot oprichting van de Gegevensbeschermingsautoriteit’. Het is immers die autoriteit 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 algemene verordening gegevensbescherming¹ heeft vastgesteld. Daaronder valt ook de bevoegdheid om, wat die regels betreft, advies te geven teneinde te voldoen aan de adviesverplichting waarin artikel 36, lid 4, van

¹ 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 algemene verordening gegevensbescherming, gelezen in samenhang met artikel 57, lid 1, c), en overweging 96 van die verordening, voorziet.²

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

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Algemene opmerking

3.1. Krachtens artikel 22 van de Grondwet geldt voor elke verwerking van persoonsgegevens en, meer in het algemeen, voor elke schending van het recht op het privéleven, dat het zgn. formeel legaliteitsbeginsel dient te worden nageleefd.

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.³ 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,⁴ als het Grondwettelijk Hof⁵ 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.

3.2. Door de in artikel 4, 2°, van het voorontwerp opgenomen wijziging van artikel 49, tweede lid, van het decreet van 9 maart 2018 wordt de Vlaamse Regering gemachtigd om “de essentiële elementen” te regelen van de verwerking van de persoonsgegevens die de academies in het deeltijds kunstonderwijs bijhouden en bezorgen aan het Agentschap voor Onderwijsdiensten.

² Adv.RvS 61.267/2/AV van 27 juni 2017 over het voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 3 december 2017, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 54-2648/001, 106-115 (opmerkingen 1 tot 6) en 117 (opmerking 3).

³ 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.

⁴ 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).

⁵ GwH 10 maart 2022, nr. 33/2022, B.13.1; GwH 22 september 2022, nr. 110/2022, B.11.2.

Uit de memorie van toelichting bij het voorontwerp blijkt dat aldus wordt beoogd een decretale machtiging te creëren voor het gebruik van een elektronisch systeem voor de uitwisseling van leerlingengegevens. De stellers willen naar eigen zeggen tegemoetkomen aan de opmerking van de Raad van State in advies 69.758/1/V⁶, waarbij opgemerkt werd dat de decreetgever voor de verwerking van de persoonsgegevens inzake aan- en afwezigheden in een uitdrukkelijke decretale grondslag dient te voorzien die de essentiële elementen van de gegevensverwerking vastlegt.

De machtiging aan de Vlaamse Regering om de essentiële elementen voor de verwerking van de in artikel 49 van het decreet van 9 maart 2018 bedoelde gegevens te regelen, is evenwel in strijd met artikel 22 van de Grondwet, dat, zoals hierboven aangegeven, precies vereist dat de essentiële elementen voor de verwerking van gegevens (zoals de doelstelling van de gegevensverwerking, de categorieën van personen die toegang hebben tot de gegevens alsook de bewaringstermijn van de gegevens) in het decreet zelf worden geregeld. Dit is thans niet het geval, niet in artikel 49 van het decreet van 9 maart 2018 noch in enige andere bepaling van het decreet.

De Vlaamse Regering kan wel ter uitvoering van deze decretale regeling een elektronisch systeem van gegevensuitwisseling opzetten. Hiertoe kan een uitdrukkelijke machtiging in het decreet worden ingeschreven, hoewel dit niet noodzakelijk lijkt gelet op de thans bestaande machtiging in artikel 49, tweede lid, van het decreet, om de wijze te bepalen waarop de gegevens worden doorgegeven.

3.3. De ontworpen bepaling moet grondig worden herwerkt om rekening te houden met de hierboven vermelde bezwaren.

Artikelsgewijze opmerkingen

Artikel 2

4. In het ontworpen artikel 21, tweede lid, van het decreet basisonderwijs worden als verwerkingsverantwoordelijke “[d]e bevoegde diensten van de Vlaamse Gemeenschap” aangewezen.

Overeenkomstig artikel 87, § 1, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’ komt het uitsluitend aan de Vlaamse Regering toe om de organisatie en de werking van haar diensten te regelen. Deze bepaling van de bijzondere wet staat eraan in de weg dat de decreetgever zich inlaat met de organisatie en de werking van de diensten van de regering. Het komt de decreetgever dus niet toe om taken op te dragen aan bepaalde diensten van de regering en zodoende in te grijpen in de organisatie en de werking van die diensten. Aangezien bovendien het aanduiden van de verwerkingsverantwoordelijke niet als een essentieel element van

⁶ Adv.RvS 69.758/1/V van 27 juli 2021, over een ontwerp dat heeft geleid tot het besluit van de Vlaamse Regering van 10 september 2021 ‘tot wijziging van het besluit van de Vlaamse Regering van 4 mei 2018 betreffende het opleidingsaanbod, de organisatie, de personeelsformatie, de inning van het inschrijvingsgeld en de certificering van het deeltijds kunstonderwijs’, opmerking 3.3.

de gegevensverwerking wordt beschouwd in de zin van artikel 22 van de Grondwet, is er ook geen noodzaak dat de decreetgever zelf de verwerkingsverantwoordelijke bepaalt.

Naast het formele wettigheidsvereiste legt artikel 22 van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en met de artikelen 7, 8 en 52 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, evenwel de verplichting op dat de inmenging in het recht op eerbiediging van het privéleven en in het recht op bescherming van persoonsgegevens in duidelijke en voldoende nauwkeurige bewoordingen wordt geformuleerd die het mogelijk maken de hypothesen te voorzien waarin de wetgever een dergelijke inmenging in het recht op eerbiediging van het privéleven toestaat.⁷ Inzake bescherming van de gegevens impliceert dat vereiste van voorzienbaarheid dat voldoende precies moet worden bepaald in welke omstandigheden de verwerkingen van persoonsgegevens zijn toegelaten.⁸ Derhalve moet eenieder een voldoende duidelijk beeld kunnen hebben van de verwerkte gegevens, de bij een bepaalde gegevensverwerking betrokken personen en de voorwaarden voor en de doeleinden van de verwerking.⁹

Op grond van dit “materiële” legaliteitsbeginsel van artikel 22 van de Grondwet moeten de personen van wie de gegevens worden verwerkt, een duidelijk beeld kunnen hebben van onder meer “de bij een bepaalde gegevensverwerking betrokken personen”.¹⁰ Ook al kan en hoeft, gelet op de hoger vermelde beginselen, het decreet de verwerkingsverantwoordelijke niet zelf vast te leggen, toch zal de Vlaamse Regering de verwerkingsverantwoordelijke uitdrukkelijk dienen te bepalen. Het verdient derhalve aanbeveling in de ontworpen bepaling uitdrukkelijk te bepalen dat “de dienst die de Vlaamse Regering aanwijst”, verwerkingsverantwoordelijke is.

Eenzelfde opmerking dient te worden gemaakt bij het bij artikel 3 van het voorontwerp ontworpen artikel 123/7/1, derde lid, van de Codex Secundair Onderwijs.

5. Het ontworpen artikel 21, eerste lid, van het decreet basisonderwijs bevat een algemene regel voor het basisonderwijs.

Het decreet basisonderwijs, meer bepaald de artikelen 37/8, § 4, tweede lid, en 37/45, § 4, tweede lid, van het decreet basisonderwijs, die van kracht zijn sinds 1 september 2022,¹¹ bevat reeds een regeling die betrekking heeft op de registratie van de inschrijving in de administratieve toepassingen voor het uitwisselen van leerlingengegevens tussen scholen en het Vlaams Ministerie van Onderwijs en Vorming, en bepalen dat dezelfde gegevens

⁷ GwH 10 maart 2022, nr. 33/2022, B.13.2.

⁸ EHRM, grote kamer, 4 mei 2000, *Rotaru t. Roemenië*, § 57; grote kamer, 4 december 2008, *S. en Marper t. Verenigd Koninkrijk*, § 99; GwH 10 maart 2022, nr. 33/2022, B.13.2.

⁹ GwH 10 maart 2022, nr. 33/2022, B.13.2.

¹⁰ GwH 10 maart 2022, nr. 33/2022, B.13.2.

¹¹ Artikel 60 van het decreet van 4 februari 2022 ‘tot wijziging van het decreet basisonderwijs van 25 februari 1997, de Codex Secundair Onderwijs van 17 december 2010 en de Codificatie sommige bepalingen voor het onderwijs van 28 oktober 2016, wat betreft het inschrijvingsrecht in het gewoon onderwijs buiten het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad en de regelgeving over het LOP en de CLR’ en artikel 46 van het decreet van 18 februari 2022 ‘tot wijziging van het decreet basisonderwijs van 25 februari 1997 en de Codex Secundair Onderwijs van 17 december 2010, wat betreft het inschrijvingsrecht in het gewoon onderwijs in het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad’.

als deze bedoeld in de ontworpen bepaling moeten worden geregistreerd. In deze bepalingen wordt ook uitdrukkelijk een maximale bewaringstermijn van dertig jaar bepaald.

De bestaande regels hebben evenwel geen betrekking op de inschrijvingen in het buitengewoon basisonderwijs, zodat de decreetgever er terecht voor kan kiezen een algemene bepaling in het decreet in te schrijven.

Omwille van de rechtszekerheid moeten de bestaande bepalingen en de ontworpen bepaling evenwel op elkaar worden afgestemd. Zo moeten de artikelen 37/8, § 4, tweede lid, en 37/45, § 4, tweede lid, hetzij worden opgeheven, hetzij worden aangevuld met een verwijzing naar het meer algemene artikel 21 (“registeren ... conform artikel 21...” of “in afwijking van artikel 21”).

Artikel 3

6. Zie de *sub* 4 gemaakte opmerking.

7. Het ontworpen artikel 123/7/1 van de Codex Secundair Onderwijs bevat een algemene regel voor het secundair onderwijs.

De Codex Secundair Onderwijs, meer bepaald de artikelen 253/3, § 2, en 253/34, § 2, van de Codex Secundair Onderwijs, die van kracht zijn sinds 1 september 2022,¹² bevat reeds een regeling die betrekking heeft op de registratie van de inschrijving in de administratieve toepassingen voor het uitwisselen van leerlingengegevens tussen scholen en het Vlaams Ministerie van Onderwijs en Vorming, en bepalen dat dezelfde gegevens als deze bedoeld in de ontworpen bepaling moeten worden geregistreerd. In deze bepalingen wordt ook uitdrukkelijk een maximale bewaringstermijn van dertig jaar bepaald.

De bestaande regels hebben evenwel geen betrekking op de inschrijvingen in het buitengewoon secundair onderwijs, zodat de decreetgever er terecht voor kan kiezen een algemene bepaling in het decreet in te schrijven.

Omwille van de rechtszekerheid moeten de bestaande bepalingen en de ontworpen bepaling evenwel op elkaar worden afgestemd. Zo moeten de artikelen 253/3, § 2, en 253/34, § 2, hetzij worden opgeheven, hetzij worden aangevuld met een verwijzing naar het meer algemene artikel 123/7/1 (“registeren ... conform artikel 123/7/1...” of “in afwijking van artikel 123/7/1”).

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Greet VERBERCKMOES

Marnix VAN DAMME

¹² *Idem.*