



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 61.391/3
van 16 juni 2017

over

een voorontwerp van decreet van de Vlaamse Gemeenschap
‘houdende het overheidstoezicht in het kader van het
welzijns- en gezondheidsbeleid’

Op 25 april 2017 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Welzijn, Volksgezondheid en Gezin verzocht binnen een termijn van dertig dagen, verlengd tot 16 juni 2017, een advies te verstrekken over een voorontwerp van decreet van de Vlaamse Gemeenschap ‘houdende het overheidstoezicht in het kader van het welzijns- en gezondheidsbeleid’.

Het voorontwerp is door de derde kamer onderzocht op 6 juni 2017. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Jan SMETS en Jeroen VAN NIEUWENHOVE, staatsraden, Jan VELAERS, assessor, en Annemie GOOSSENS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Rein THIELEMANS, eerste auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 16 juni 2017.

*

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 rechtsgrond¹, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING VAN HET ONTWERP

2. Het om advies voorgelegde voorontwerp van decreet van de Vlaamse Gemeenschap (en van het Vlaamse Gewest – zie opmerking 4) strekt tot het invoeren van een algemene regeling inzake het toezicht door de Vlaamse overheid op de naleving van de “regelgeving”² in het kader van het gezondheidsbeleid en het welzijns- en gezinsbeleid, met uitzondering van het beleid inzake het medisch schooltoezicht en de medisch verantwoorde sportbeoefening. Het toezicht wordt uitgeoefend door inspecteurs³ ten aanzien van actoren in de zorg,⁴ ten aanzien van personen of organisaties die kenbaar hebben gemaakt als actor in de zorg te willen optreden, ten aanzien van personen of organisaties waarvan redelijkerwijze kan worden vermoed dat ze als actor in de zorg optreden en ten aanzien van zorggebruikers.

Naast hoofdstukken met algemene bepalingen (hoofdstuk 1), wijzigingsbepalingen (hoofdstuk 5) en een evaluatieregeling (hoofdstuk 6), bevat het ontwerp hoofdstukken inzake de uitoefening van de toezichtstaken en de sancties.⁵

Hoofdstuk 2, waarin de regels inzake de uitoefening van de toezichtstaken zijn opgenomen, bepaalt algemene uitoefeningsvoorwaarden, regelt de toezichtsrechten en de wijze waarop het toezicht wordt afgehandeld, meer bepaald het opstellen van een verslag van de vaststellingen, de mogelijkheid om maatregelen op te leggen aan de actor in de zorg als dat vereist is om de veiligheid of de gezondheid van de zorggebruiker te vrijwaren, het opmaken van een document van vaststelling met betrekking tot bepaalde handelingen en maatregelen, en de uitwisseling van gegevens binnen de overheid.

¹ Aangezien het om een voorontwerp van decreet gaat, wordt onder “rechtsgrond” de conformiteit met hogere rechtsnormen verstaan.

² Het gaat niet enkel om “wetgeving” (normatieve bepalingen), maar ook om geformaliseerde afspraken (artikel 3, eerste lid, laatste zin, van het ontwerp).

³ Inspecteurs zijn de personeelsleden van de diensten van de Vlaamse overheid die aangesteld zijn door de Vlaamse Regering om toezicht te houden op de naleving van de regelgeving (artikel 2, 7°, van het ontwerp). Volgens de gemachtigde gaat het om personeelsleden van Zorginspectie, die deel uitmaken van het Departement Welzijn, Volksgezondheid en Gezin, en de personeelsleden van de afdeling Preventie van het Agentschap Zorg en Gezondheid.

⁴ Met actoren in de zorg worden bedoeld de zorgverleners (dit zijn de beoefenaars vermeld in de wet ‘betreffende de uitoefening van de gezondheidszorgberoepen’, gecoördineerd op 10 mei 2015), de hulpverleners (dit zijn de natuurlijke personen, met uitzondering van zorgverleners, die beroepsmatig basiszorg verstrekken) en de voorzieningen (artikel 2, 1°, 5° en 14°, van het ontwerp).

⁵ Het ontwerp bevat geen hoofdstuk 4, zodat de hoofdstukken 5 en 6 te vernummeren zijn.

Hoofdstuk 3 bepaalt sancties, namelijk het opleggen van een administratieve geldboete aan al wie het toezicht wetens en willens verhindert en een strafbaarstelling voor wie de opgelegde veiligheidsmaatregel niet naleeft.

3. Wat het recht betreft om inzage te vorderen in documenten en informatiedragers, komt het ontwerp in de plaats van artikel 107 van het decreet van 15 juli 2016 ‘houdende diverse bepalingen betreffende het beleidsdomein Welzijn, Volksgezondheid en Gezin’, dat wordt opgeheven (artikel 42 van het ontwerp).

BEVOEGDHEID

4. Artikel 16, § 2, van het ontwerp voorziet in een verplichting voor “[a]lle diensten van de Vlaamse Gemeenschap, het Vlaamse Gewest, provincies, federaties van gemeenten, gemeenten, verenigingen waarvan ze deel uitmaken, openbare instellingen die ervan afhangen, en alle openbare en meewerkende instellingen die onder de bevoegdheid vallen van de Vlaamse Gemeenschap of het Vlaamse Gewest” om aan de inspecteurs alle gegevens te verstrekken waar ze om verzoeken, alle documenten of informatiedragers ter inzage voor te leggen die ze nuttig achten voor het toezicht en de controle waarmee ze belast zijn, en uittreksels en kopieën te verstrekken waar deze om verzoeken.

Het ontwerp regelt bijgevolg niet enkel gemeenschapsaangelegenheden, maar ook gewestaangelegenheden. De gemachtigde heeft aangegeven dat artikel 1 van het ontwerp in die zin zal worden aangepast.

ALGEMENE OPMERKINGEN

5. De ontworpen regeling houdt de verwerking in van persoonsgegevens die onder het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer vallen (zie inzonderheid artikel 6, § 1, eerste lid, van het ontwerp).

Het recht op eerbiediging van het privé- en gezinsleven wordt op algemene wijze gewaarborgd bij artikel 22 van de Grondwet, artikel 8 van het Europees Verdrag over de rechten van de mens, artikel 17 van het Internationaal Verdrag inzake burgerlijke rechten en politieke rechten en artikel 16 van het Internationaal Verdrag over de rechten van het kind. Opdat een inmenging in dit recht verantwoord zou zijn, is onder meer vereist dat de inmenging noodzakelijk is in een democratische samenleving, hetgeen inhoudt dat de aangewende middelen evenredig moeten zijn met het beoogde doel.

De verwerking van persoonsgegevens maakt het voorwerp uit van specifieke regelingen, met name het Europees Verdrag ‘tot bescherming van personen ten opzichte van de geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens’, ondertekend te Straatsburg op 28 januari 1981, 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’ (hierna: algemene verordening gegevensbescherming; van

toepassing met ingang van 25 mei 2018), en de wet van 8 december 1992 ‘tot bescherming van de persoonlijke levensfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens’. Tot de intrekking ervan met ingang van 25 mei 2018 bij artikel 94, lid 1, van de algemene verordening gegevensbescherming moet ook nog rekening worden gehouden met richtlijn 95/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van 24 oktober 1995 ‘betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens’.

Aangezien de wet van 8 december 1992 de concretisering inhoudt van de zo-even genoemde internationaal- en supranationaalrechtelijke normen met uitzondering van de algemene verordening gegevensbescherming, moeten de ontworpen bepalingen in de eerste plaats worden getoetst aan deze wet. Daarnaast moet ook worden getoetst aan de algemene verordening gegevensbescherming die immers reeds in werking is getreden, zodat, zoals wordt opgemerkt in het advies van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer nr. 08/2017 over het voorontwerp van decreet,⁶ geen nationale wetgeving meer mag worden uitgevaardigd die het door die verordening beoogde resultaat ernstig in gevaar zou brengen.

6. In het ontwerp wordt op verschillende plaatsen verwezen naar de algemene verordening gegevensbescherming:

- in artikel 2, 4°, wordt voor de omschrijving van de notie “gevoelige gegevens” gebruik gemaakt van categorieën van persoonsgegevens die voorkomen in die verordening;

- in artikel 6, § 2, tweede lid, van het ontwerp wordt gebruik gemaakt van de mogelijkheid geboden bij artikel 14, lid 5, van die verordening om de verplichting informatie te verstrekken buiten toepassing te stellen;

- in artikel 10, zesde lid, van het ontwerp wordt bepaald dat als de beschikbare anonieme gegevens niet volstaan, de inspecteurs inzage kunnen vorderen in persoonsgegevens, mits daarvoor “de Europese, federale en Vlaamse regels rond het verwerken van deze gegevens worden gevolgd”;

- in artikel 16, § 3, van het ontwerp wordt bepaald dat de mededeling van gegevens door en aan andere overheden dan de inspecteurs moet gebeuren “met inachtnaam van de Europese, federale en Vlaamse regels rond het verwerken en de overdracht van deze gegevens en van de regelgeving over het beroepsgeheim”.

De algemene verordening gegevensbescherming is luidens artikel 2, lid 1, ervan van toepassing “op de geheel of gedeeltelijk geautomatiseerde verwerking, alsmede op de verwerking van persoonsgegevens die in een bestand zijn opgenomen of die bestemd zijn om daarin te worden opgenomen”. Luidens artikel 2, lid 2, is ze niet van toepassing “op de verwerking van persoonsgegevens:

⁶ Zie https://www.privacycommission.be/sites/privacycommission/files/documents/advies_08_2017.pdf.

“a) in het kader van activiteiten die buiten de werkingssfeer van het Unierecht vallen;

b) door de lidstaten bij de uitvoering van activiteiten die binnen de werkingssfeer van titel V, hoofdstuk 2, [van het Verdrag betreffende de Europese Unie] vallen;

c) door een natuurlijke persoon bij de uitoefening van een zuiver persoonlijke of huishoudelijke activiteit;

d) door de bevoegde autoriteiten met het oog op de voorkoming, het onderzoek, de opsporing en de vervolging van strafbare feiten of de tenuitvoerlegging van straffen, met inbegrip van de bescherming tegen en de voorkoming van gevaren voor de openbare veiligheid”.

De persoonsgegevens die in het kader van het aan te nemen decreet zullen worden verwerkt kunnen zowel binnen als buiten de werkingssfeer van de algemene verordening gegevensbescherming vallen. Het gevolg daarvan is dat zowel naar de betrokken bepalingen van de verordening als naar de betrokken bepalingen van de wet van 8 december 1992 (of de wetgeving die eventueel ter vervanging ervan zou worden aangenomen) moet worden verwezen en dat beide regelingen zullen moeten worden toegepast indien de persoonsgegevens onder beide regelingen zouden vallen of alleen de wettelijke regeling indien de persoonsgegevens niet onder de verordening vallen.

7. Inzake artikel 6, § 2, tweede lid, van het ontwerp, waarmee bepaalde waarborgen buiten toepassing worden gelaten, verklaarde de gemachtigde het volgende:

“Artikel 6, § 2, van het ontwerp wenst dus decretaal de mogelijkheid te verankeren dat de eerste vier leden van artikel 14 niet van toepassing zijn (in toepassing dus van artikel 14, vijfde lid, c, van de verordening). Dit decretaal verankeren kadert onder andere in het feit dat het verstrekken van die informatie onevenredig veel inspanning zou vergen en zou de doeleinden van die verwerking onmogelijk dreigen te maken of ernstig in het gedrang dreigen te brengen (bv wanneer er tijdens een inspectie dossiers worden ingekeken, zouden deze patiënten op de hoogte moeten worden gebracht. Dit terwijl inspectie an sich niet geïnteresseerd is de persoonsgegevens van de betrokken patiënten, maar wil nakijken of voorziening voldoende kwaliteit levert) en valt dus onder artikel 14, vijfde lid, b), van de verordening. Tot slot wordt ook artikel 23, 1), h), van de verordening vermeld aangezien daar uitdrukkelijk de mogelijkheid wordt gelaten om in het kader van inspectietaken uitzonderingen te maken op de rechten van de personen van wie gegevens worden verwerkt (bv: bij een inspectie naar aanleiding van een klacht, worden heel wat gegevens verzameld in het kader van het onderzoek, het zou onmogelijk zijn om de klager op de hoogte te brengen van het onderzoek).

Het inkijken van papieren en elektronische dossiers (zowel patiëntdossiers als cliëntdossiers) is een belangrijke en onmisbare component van de meeste inspectiemethodieken in de verschillende inspectieteams. Dit gebeurt in combinatie met observaties ter plaatse, gesprekken met leidinggevenden, beleidsmedewerkers en zorgverleners, inzage in vergaderdocumenten of nazicht van schriftelijke procedures. De focus van Zorginspectie ligt op de organisatie van de zorg en de maatregelen die door de organisaties en zijn medewerkers worden genomen om kwaliteit van de zorg en de veiligheid zo goed mogelijk te garanderen. Bij zijn toezicht neemt Zorginspectie kennis van (gevoelige) persoonsgegevens met als doel na te kijken of de voorziening zich houdt aan de geldende regelgeving. Bijvoorbeeld: werden bepaalde zorgen toegediend door de

personen met de juiste kwalificatie? Bevatten de dossiers van cliënten de verplichte vermeldingen?...

Soms gaat het over (gevoelige) persoonsgegevens: persoonsgegevens die de gezondheid betreffen (is er een zorgplan voor een bewoner, is er een duidelijk medicatievoorschrift,...). Zeer uitzonderlijk gaat het om gerechtelijke persoonsgegevens (is er een bewijs van goed gedrag en zeden aanwezig in het personeelsdossier), of gegevens waaruit de godsdienstige of levensbeschouwelijke overtuiging blijken (worden er met deze overtuigingen rekening gehouden in het (levenseinde)zorgplan van een bewoner in een woonzorgcentrum), of het lidmaatschap van een vakvereniging (lidmaatschap mutualiteit met het oog op controle correcte verwerking bijdragen aan zorgkassen). Zorginspectie is dus meestal niet geïnteresseerd in de (gevoelige) persoonsgegevens an sich, maar dient er kennis van te nemen om uit te maken of een voorziening voldoet aan haar wettelijke verplichtingen.

Enkel in specifieke gevallen (fouten gevonden in dossiers van de zorgkassen met een financiële weerslag voor de personen in kwestie, klachten over een specifieke casus, inspecties van persoonlijke budgetten) is er een sterkere link met personen. Dergelijke inspecties en de bijhorende verslagen gebeuren dan ook met de nodige omzichtigheid en krijgen binnen Zorginspectie dan ook bijzondere aandacht qua privacy gevoeligheid (bv. uitzondering op openbaarheid van het verslag, extra controle specifiek op privacygevoelige informatie, rechtstreeks betrekken van de artsen-beroepsbeoefenaars...)."

Opdat de leden 1 tot 4 van artikel 14 van de algemene verordening gegevensbescherming niet van toepassing zouden zijn, vereist het vijfde lid, c), van hetzelfde artikel dat "het verkrijgen of verstrekken van de gegevens uitdrukkelijk is voorgeschreven bij Unie- of lidstatelijk recht dat op de verwerkingsverantwoordelijke van toepassing is en dat recht voorziet in passende maatregelen om de gerechtvaardigde belangen van de betrokkene te beschermen". In de memorie van toelichting wordt wat dat betreft vooropgesteld:

"De verwerking van persoonsgegevens wordt bovendien geregeld en met waarborgen omgeven door het voorliggende ontwerp van decreet."

De stellers van het ontwerp zullen moeten nagaan of de bepalingen in het ontwerp aangaande de omgang met persoonsgegevens (zie de artikelen 5, tweede lid, 6, 10, 15 en 16) daartoe volstaan en of het niet raadzaam is de begeleidende maatregelen uitdrukkelijk in het ontwerp te regelen of daarvoor een delegatie aan de Vlaamse Regering te verlenen.⁷

8. Zowel de wet van 8 december 1992 als de algemene verordening gegevensbescherming bepalen dat persoonsgegevens voor welbepaalde, uitdrukkelijk omschreven en gerechtvaardigde doeleinden moeten worden verkregen en niet mogen worden verwerkt op een wijze die onverenigbaar is met die doeleinden (artikel 4, § 1, 2°, van de wet van 8 december 1992 en artikel 5, lid 1, b), van de verordening). Gelet hierop moet in de ontworpen bepalingen zelf worden bepaald welke soort persoonsgegevens kunnen worden verwerkt en welke de doelstellingen zijn van de verzameling en de verwerking van de betrokken persoonsgegevens. Aan de hand van die omschrijving moet worden nagegaan of de verzameling van de persoonsgegevens ter zake dienend en niet overmatig is (artikel 4, § 1, 3°, van die wet en

⁷ Vergelijk met de wet van 8 december 1992, die daartoe een delegatie aan de Koning bevat (zie artikel 9, § 2, derde lid, van de wet).

artikel 5, lid 1, c), van de verordening), met andere woorden of voldaan is aan het evenredigheidsvereiste.

De finaliteit van de verwerking van persoonsgegevens in het kader van het ontworpen decreet wordt in het algemeen omschreven in artikel 6, § 1, van het ontwerp: de inspecteurs wendend de gegevens waarvan ze kennis hebben gekregen bij de uitoefening van hun opdracht, uitsluitend aan voor de vervulling van de toezichtopdracht bepaald in artikel 5, eerste lid, van het ontwerp.

Met betrekking tot artikel 16 van het ontwerp is de finaliteit van het meedelen van gegevens niet voldoende omschreven. Dit dient te worden verholpen.

Artikel 5 van de wet van 8 december 1992 bepaalt voorts dat persoonsgegevens slechts mogen worden verwerkt in één van de in dat artikel bepaalde gevallen. Artikel 6 van de wet bepaalt dat de verwerking van persoonsgegevens waaruit de raciale of etnische afkomst, de politieke opvattingen, de godsdienstige of levensbeschouwelijke overtuiging of het lidmaatschap van een vakvereniging blijken, alsook de verwerking van persoonsgegevens die het seksuele leven betreffen, verboden is, behalve in de in artikel 6, § 2, van de wet bepaalde gevallen. Artikel 7 van de wet houdt een verbod in voor verwerking van persoonsgegevens die de gezondheid betreffen, behalve in de in artikel 7, § 2, van de wet bepaalde gevallen. Artikel 8, § 1, van de wet houdt een verbod in voor de verwerking van persoonsgegevens inzake geschillen voorgelegd aan hoven en rechtbanken alsook aan administratieve gerechten, inzake verdenkingen, vervolgingen of veroordelingen met betrekking tot misdrijven, of inzake administratieve sancties of veiligheidsmaatregelen, behalve in de in artikel 8, § 2, bedoelde gevallen. De artikelen 6, 9 en 10 van de verordening bepalen de gevallen waarin verwerking van persoonsgegevens rechtmatig is of is toegelaten. De stellers ervan zullen moeten nagaan of het ontwerp beantwoordt aan de genoemde vereisten van de wet van 8 december 1992 en van de verordening. Daarenboven is het ten zeerste aan te raden om in de memorie van toelichting een uitdrukkelijke en omstandige verantwoording in het licht van die vereisten op te nemen.

9. In het reeds vermelde advies nr.08/2017 van 1 februari 2017 beveelt de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer aan om een maximumbewaartermijn van de in het kader van inspecties ingezamelde persoonsgegevens in het ontwerp te bepalen.

In artikel 6, § 3, van het ontwerp wordt bepaald dat de inspecteurs en deskundigen de persoonsgegevens die zij bij de uitoefening van hun opdracht verwerken, niet langer dan nodig voor de uitoefening van die opdracht mogen bewaren. Artikel 12, tweede lid, 2°, van het ontwerp bepaalt dat de inspecteurs en deskundigen de vaststelling met audiovisuele middelen niet langer dan nodig voor de uitoefening van hun opdracht mogen bewaren.

Het is de vraag waarom daarnaast ook geen maximumtermijn van bewaring wordt bepaald, wat immers een bijkomende garantie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer zou betekenen.

10. De artikelen 12, tweede en derde lid, 13, § 5, en 14, vierde lid, van het ontwerp bepalen dat de vaststellingen met audiovisuele middelen, de vaststellingen met staalnames, het verslag van de vaststellingen en het proces-verbaal van de vaststelling in geval van niet-naleving van de opgelegde veiligheidsmaatregelen als bedoeld bij artikel 14 “gelden tot bewijs van het tegendeel” of “bewijswaarde [hebben] tot het tegendeel is bewezen”.

Op de vraag welke de verantwoording is voor de afwijking van de algemene regel dat een proces-verbaal geldt als een loutere inlichting, gaf de gemachtigde volgende toelichting:

“Aangezien het proces verbaal uit art. 14, lid 4 (veiligheidsmaatregel) de start vormt van een eventuele strafrechtelijke procedure, is het logisch het voorontwerp van decreet in lijn te brengen met de gebruiken die daarover bestaan in strafzaken. Dit punt zal dan ook worden aangepast in het voorontwerp.

In het algemeen daarentegen is het toezicht binnen het beleidsdomein WVG niet zozeer gericht op het opleggen van sancties, dan wel op het toepassen van de regelgeving. Het gevolg van een inspectie blijft in de meeste gevallen dan ook beperkt tot het verlies van een erkenning of een subsidie, niet als sanctie, maar louter als gevolg van het niet (meer) voldoen aan de voorwaarden voor die erkenning of subsidie. Slechts in een beperkte minderheid van de gevallen worden hier ook sancties aan gekoppeld, doch het zou fout zijn de hele inspectiepraktijk door deze bril te bekijken.

Daarnaast verwijzen we ook naar het decreet opvang van baby's en peuters (zie hieronder):

- Art. 12, lid 2 en 3 (vaststellingen d.m.v. audiovisuele middelen): (uit MvT) De vaststellingen die inspecteurs door middel van audiovisuele middelen en staalnames doen, gelden tot bewijs van het tegendeel, voor zover voldaan is [aan] bepaalde voorwaarden opgenomen in het decreet en op voorwaarde dat de inspecteurs ze zelf op regelmatige wijze hebben gedaan of door een erkend labo op regelmatige wijze hebben laten doen. Dat betekent onder andere dat vaststellingen die inspecteurs en erkende labo's doen in ruimtes waartoe zij geen toegang hebben (voor inspecteurs: bewoonde lokalen zonder toestemming of machtiging, of plaatsen die niet in verband staan met de toezichtopdracht, voor erkende labo's: vaststellingen op plaatsen waarvoor hij geen toestemming heeft gekregen), die bijzondere bewijswaarde niet hebben. De beperking van deze bewijswaarde tot de vaststellingen gedaan door inspecteurs, vormt een tegengewicht en waarborg voor deze bijzondere bewijswaarde. Van inspecteurs mag immers worden verwacht dat ze op een professionele, waarheidsgetrouwe en correcte wijze te werk gaan, met inachtnaam van de geldende regelgeving.

- Art. 13, § 5 (verslag): (naar analogie met MvT van decreet opvang van baby's en peuters) Om geen eindeloze discussie te hebben over de werkelijkheid van de vaststellingen van de toezichthouders, wordt aan hun verslag de bewijswaarde tot bewijs van het tegendeel toegeschreven. Zonder dergelijke bepaling zou het verslag geen specifieke bewijswaarde hebben en zou het 'woord tegen woord' zijn bij discussie over bepaalde vaststellingen van de toezichthouder. Door deze hogere bewijswaarde, ligt de bewijslast bij de geïnspecteerde om bewijs te leveren van hun beweringen rond de vaststellingen van de toezichthouder indien zij de vaststellingen zouden betwisten. De geïnspecteerde heeft de mogelijkheid opmerkingen bij het verslag te formuleren, waarin hij eveneens het bewijs van het tegendeel kan leveren.

Analogie wetgeving:

1. Decreet kinderopvang: Art. 17. 'De toezichtpersoon maakt een verslag op van zijn toezichtbezoek en stelt, in voorkomend geval, inbreuken vast in een verslag van

vaststelling. Als een kopie van de verslagen naar de organisator is gestuurd, hebben deze verslagen bewijswaarde tot het bewijs van het tegendeel. De organisator heeft het recht om binnen een termijn van veertien kalenderdagen na de schriftelijke kennisgeving schriftelijke opmerkingen over de inhoud van het verslag aan de toezichthouder over te maken. De toezichthouder voegt de eventuele schriftelijke opmerkingen van de organisator bij het verslag van vaststelling dat hij aan Kind en Gezin bezorgt. Op basis van het ontvangen verslag van vaststelling van de toezichthouder onderneemt Kind en Gezin zo nodig verdere stappen volgens de bepalingen, vermeld in artikel 18 tot en met 22. Kind en Gezin stelt de organisator daarvan in kennis. De Vlaamse Regering bepaalt de nadere regels’.

Uittreksel MvT decreet KO: ‘Dit artikel regelt de bewijswaarde van het inspectieverslag en de informatiedoorstroming. Om geen eindeloze discussie te hebben over de werkelijkheid van de vaststellingen van de toezichthouders, wordt aan hun verslag de bewijswaarde tot bewijs van het tegendeel toegeschreven. Zonder dergelijke bepaling zou het verslag geen specifieke bewijswaarde hebben en zou het 'woord tegen woord' zijn bij discussie over bepaalde vaststellingen van de toezichthouder. Door deze hogere bewijswaarde, ligt de bewijslast bij de kinderopvangvoorziening om bewijs te leveren van hun beweringen rond de vaststellingen van de toezichthouder indien zij de vaststellingen zouden betwisten. De organisator heeft de mogelijkheid opmerkingen bij het verslag te formuleren, waarin hij eveneens het bewijs van het tegendeel kan leveren’.

2. Sociaal strafwetboek: Art. 39, §3: Vaststellingen door beeldmateriaal: ‘Voor de toepassing van dit Wetboek gelden de vaststellingen die de sociaal inspecteurs hebben gedaan door middel van het door hen gemaakte beeldmateriaal tot bewijs van het tegendeel, voor zover voldaan is aan de hierna vermelde voorwaarden:

1° de vaststellingen moeten het voorwerp uitmaken van een proces-verbaal tot vaststelling van een inbreuk door middel van beeldmateriaal, dat naast de in artikel 64 vermelde gegevens ook nog de volgende gegevens moet bevatten

- de identiteit van de ambtenaar die het beeldmateriaal heeft gemaakt;
- de dag, de datum, het uur waarop en de exacte beschrijving van de plaats waar het beeldmateriaal is gemaakt;
- de volledige identificatie van het technisch hulpmiddel waarmee het beeldmateriaal is gemaakt;
- een beschrijving van wat op dat beeldmateriaal is te zien, alsmede het verband met de vastgestelde inbreuk;
- wanneer het gaat om een detailopname, een aanduiding op het beeldmateriaal waaruit de schaal blijkt;
- een afdruk van het beeldmateriaal of, indien dit onmogelijk is, een kopie ervan op een drager als bijlage bij het proces-verbaal, alsmede een volledige opgave van alle nodige technische specificaties om de kopie van dit beeldmateriaal te kunnen bekijken;
- wanneer er meerdere afdrukken of meerdere dragers zijn, een nummering van deze afdrukken of deze dragers, die eveneens moet voorkomen in de ermee overeenstemmende beschrijving, in het proces-verbaal, van wat op het beeldmateriaal is te zien;

2° de originele drager van het beeldmateriaal moet worden bewaard door de administratie waartoe de ambtenaar behoort die het beeldmateriaal heeft gemaakt totdat een in kracht van gewijsde gegaan vonnis of arrest is uitgesproken of totdat de beslissing tot het opleggen van een administratieve geldboete van de bevoegde administratie uitvoerbare kracht heeft gekregen of tot de seponering van de inbreuk door de bevoegde administratie’.

3. Decreet Sociaalrechtelijk toezicht: Art. 6 §2: ‘Een afschrift van het proces-verbaal, waarbij de inbreuk wordt vastgesteld, wordt, op straffe van het verlies van de aan deze akte toekomende bijzondere bewijskracht, per aangetekende brief ter kennis gebracht van de overtreder en/of zijn werkgever binnen een termijn van veertien dagen, die een aanvang neemt de dag na die waarop het laatste constitutieve element van de inbreuk wordt vastgesteld. Wanneer de vervalddag een zaterdag, een zondag of een wettelijke feestdag is, dan wordt deze vervalddag verplaatst naar de eerstvolgende werkdag. Indien de sociaalrechtelijke inspecteur de identiteit van de overtreder of de overtreders en zijn of hun werkgever in alle redelijkheid niet kent of niet kan kennen, is de termijn van kennisgeving aan deze onbekende opgeschort tot op het ogenblik dat de sociaalrechtelijke inspecteur kan overgaan tot identificatie. Het aldus opgestelde en betekende proces-verbaal heeft bewijskracht tot het tegendeel is bewezen’.”

In strafzaken heeft het Grondwettelijk Hof erop gewezen dat het verlenen van bewijswaarde tot het tegenbewijs, een uitzondering vormt op de algemene regel dat een proces-verbaal geldt als een loutere inlichting, en derhalve ook op de regel van de vrije bewijslevering in strafzaken, op grond waarvan de rechter naar eigen overtuiging de bewijswaarde beoordeelt van een bepaald element, zodat het verschil in behandeling dat eruit voortvloeit op een redelijke verantwoording dient te berusten en het de rechten van de beklagde niet op een onevenredige wijze mag beperken.⁸

Al heeft die rechtspraak betrekking op het bewijs in strafzaken, toch kan ze worden doorgetrokken naar andere domeinen nu ook daar op bewijsvlak een verschil in behandeling tussen categorieën personen ontstaat naargelang aan de betrokken documenten al dan niet een bijzondere bewijswaarde wordt toegekend.

De stellers van het ontwerp zullen derhalve moeten kunnen aantonen dat aan deze voorwaarden is voldaan.

Bijkomend moet worden opgemerkt dat wat de vaststellingen met audiovisuele middelen betreft, artikel 12, tweede lid, van het ontwerp bepaalde onderdelen van het door de gemachtigde geciteerde artikel 39, § 3, van het Sociaal Strafwetboek overneemt. Daarbij is het echter niet duidelijk waarom, nu die bepaling als inspiratiebron wordt gebruikt, ze slechts ten dele wordt overgenomen.

⁸ Zie bv.: GwH 6 april 2000, nr. 40/2000, B.14.1; GwH 14 februari 2001, nr. 16/2001, B.12.1. Zie ook GwH 14 oktober 2010, nr. 111/2010, B.12.3; GwH 19 december 2013, nr. 178/2013, B.8.

11. In verschillende bepalingen van het ontwerp wordt tot uitdrukking gebracht dat het beleid over het medisch schooltoezicht en de medisch verantwoorde sportbeoefening uitgezonderd is van het toepassingsgebied van het ontwerp. Gevraagd waarom dit niet eveneens in artikel 2, 3°, wordt bepaald, zodat verder in het ontwerp kan worden volstaan met de vermelding “gezondheidsbeleid”, verklaarde de gemachtigde:

“Aanvankelijk wensten we dezelfde definities te hanteren als in het decreet gegevensdeling. Dit kan aangepast worden en zou kunnen worden toegevoegd aan de definities.”

Het zou inderdaad logischer zijn artikel 2, 3°, van het ontwerp in de genoemde zin aan te passen.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

Artikel 3

12. In artikel 3 van het ontwerp wordt het personele toepassingsgebied van het aan te nemen decreet omschreven. In dat artikel wordt niet alleen gewag gemaakt van “actoren in de zorg”, maar ook van “personen of organisaties die kenbaar hebben gemaakt als actor in de zorg te willen optreden” (hierna: kandidaat-actoren) en van “personen of organisaties waarvan [de inspecteurs] redelijkerwijze kunnen vermoeden dat die als actor in de zorg optreden” (hierna: vermoede actoren). Elders in het ontwerp wordt evenwel enkel gewag gemaakt van (alleen) actor(en) in de zorg,⁹ of van actor(en) in de zorg en kandidaat-actoren,¹⁰ maar nergens van vermoede actoren. De stellers van het ontwerp dienen na te gaan of op dit vlak de terminologie doorheen het ontwerp wel adequaat wordt gehanteerd. Eventueel kan de definitie van “actoren in de zorg” die is opgenomen in artikel 2, 1°, van het ontwerp, worden uitgebreid of kan worden gewerkt met een gelijkstelling.

13. De eerste zin van artikel 3, eerste lid, van het ontwerp is op een weinig normatieve wijze gesteld en overlapt met artikel 5, eerste lid, van het ontwerp. Beide bepalingen worden het best samengesmolten.¹¹

Artikel 8

14. Artikel 8, § 1, van het ontwerp lijkt erop neer te komen dat er voor alle plaatsen die niet onder artikel 8, §§ 2 en 3, van het ontwerp vallen, een onbeperkt toegangsrecht is. Gevraagd hoe dit verenigbaar is met de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens waarin wordt geoordeeld dat de bescherming die wordt geboden bij artikel 8 van het Europees Verdrag over de rechten van de mens ruim moet worden opgevat en onder bepaalde

⁹ Artikelen 2, 6°, 14, eerste en tweede lid, en 15, eerste lid, 6°, van het ontwerp.

¹⁰ Artikelen 2, 7°, 7, § 2, 13, §§ 2, 3 en 4, en 15, eerste lid, 1° en 2°, van het ontwerp.

¹¹ De tweede zin van artikel 3, eerste lid, van het ontwerp kan in die bepaling worden geïntegreerd.

omstandigheden mede kan slaan op beroeps- en bedrijfslokalen,¹² zelfs wanneer het gaat om rechtspersonen,¹³ verklaarde de gemachtigde:

“Terechte opmerking van de R.v.St. Daarmee hadden we inderdaad geen rekening gehouden. Zo te zien is er in alle andere bepalingen een uitgebreidere bescherming voor de bewoner opgenomen. Eventueel moet nog een residuaire regeling worden toegevoegd voor andere bewoners dan de bewoners voor wie er een bijzondere regeling is uitgewerkt.”

De stellers van het ontwerp doen er effectief goed aan doen te overwegen om te voorzien in bijzondere waarborgen met betrekking tot het betreden van plaatsen die, zelfs al zijn zij geen “woning” in de klassieke zin, toch de waarborgen bedoeld in de voornoemde verdragsbepaling genieten.

15. De in artikel 8, § 2, van het ontwerp bedoelde toegangsrechten kunnen worden uitgeoefend tussen vijf uur en eenentwintig uur.

Die uren komen in tal van bijzondere wetten voor, alsook in de wet van 7 juni 1969 ‘tot vaststelling van de tijd gedurende welke geen opsporing ten huize, huiszoeking of aanhouding mag worden verricht’. Gelet op de betrokken materie kan nochtans de vraag rijzen of in dit geval geen uurregeling kan worden ingevoerd waardoor een beter evenwicht tussen de betrokken rechten of belangen tot stand komt.

16. Luidens artikel 8, § 2, derde lid, 2°, van het ontwerp hebben de inspecteurs tussen de erin bepaalde uren toegang tot de private ruimtes die worden bewoond door de residentiële of semiresidentiële zorggebruiker wanneer de persoon die het werkelijke genot heeft van de ruimte, er zich niet tegen verzet.

Uit het zich niet verzetten tegen de toegang kan evenwel niet noodzakelijk een toestemming worden afgeleid tot het betreden van de betrokken ruimte, nu dat zich niet verzetten ook zijn verklaring kan vinden in andere redenen. De genoemde bepaling biedt derhalve een onvoldoende waarborg tegen het ongerechtvaardigde betreden van de woning en vormt een te verregaande aantasting van het recht op de onschendbaarheid van de woning. Er dient minstens te worden bepaald dat er toestemming voor het betreden van de betrokken plaats moet zijn, zelfs al is die niet schriftelijk.¹⁴

¹² EHRM 16 december 1992, *Niemietz t. Duitsland*; EHRM 25 februari 1993, *Funke, Crémieux en Mialhe t. Frankrijk*; EHRM 9 december 2004, *Van Rossem t. België*; EHRM 28 april 2005, *Buck t. Duitsland*; EHRM 14 maart 2013, *Bernh Larsen Holding AS e.a. t. Noorwegen*. Zie ook D. YERNAULT, “Les pouvoirs d’investigation de l’administration face à la délinquance économique: les locaux professionnels et l’article 8 de la Convention européenne”, *Rev.Trim.Dr.H.* 1994, 117-135.

¹³ EHRM 16 april 2002, *Société Colas Est e.a. t. Frankrijk*; EHRM 11 oktober 2005, *Kent Pharmaceuticals Limites e.a. t. Verenigd Koninkrijk*; EHRM 21 december 2010, *Société Canal Plus e.a. t. Frankrijk*; EHRM 14 maart 2013, *Bernh Larsen Holding AS e.a. t. Noorwegen*.

¹⁴ Dat voor residentiële of semiresidentiële zorggebruikers een lager beschermingsniveau geldt in vergelijking met het betreden van plaatsen die worden bewoond door niet-residentiële zorggebruikers, wordt in de memorie van toelichting verantwoord vanuit het gegeven dat de bewoonde infrastructuur in het eerste geval deel uitmaakt van het zorgverleningspakket.

17. De stellers van het ontwerp dienen te onderzoeken of niet uitdrukkelijk dient te worden bepaald dat ook de machtigingen van de rechter in de politierechtbank om tussen vijf en eenentwintig uur (zie hierover opmerking 15) de in artikel 8, § 2, tweede en derde lid, van het ontwerp bedoelde plaatsen te bezoeken, bijzonder moeten worden gemotiveerd, en waaruit die motivering dan dient te bestaan.¹⁵

18. Het tweede lid van artikel 8, § 4, van het ontwerp heeft geen uitstaans met het geval bedoeld in het eerste lid van die bepaling, en wordt derhalve beter in een afzonderlijke paragraaf opgenomen.

Artikel 10

19. Daargelaten het onprecieze karakter van de verwijzing naar de “Europese, federale en Vlaamse regels”, is het overbodig om in artikel 10, zesde lid, van het ontwerp te bevestigen dat die regels van toepassing zijn. De zinsnede “mits daarvoor de Europese, federale en Vlaamse regels rond het verwerken van deze gegevens worden gevolgd” wordt derhalve beter weggelaten.

Een gelijkaardige opmerking geldt ten aanzien van artikel 16, § 3, van het ontwerp.

Artikel 13

20. Uit artikel 13, § 5, van het ontwerp kan worden afgeleid dat het overschrijden door het bestuur van de termijnen voor het bezorgen van het voorlopige verslag of van het definitieve verslag (artikel 13, §§ 2 en 4, van het ontwerp) als gevolg heeft dat het verslag zijn bijzondere bewijswaarde verliest. Allicht kan het dan nog wel gelden als eenvoudige inlichting, wat uitdrukkelijk zou kunnen worden bepaald.

21. In artikel 13, § 2, voorlaatste zin, § 3, eerste lid, derde zin, en § 4, voorlaatste zin, van het ontwerp wordt duidelijkheidshalve het best bepaald dat met de termijn van dertig, respectievelijk veertien kalenderdagen waarbinnen de betrokkenen een termijnverlenging, respectievelijk een vraag tot termijnverlenging kenbaar dienen te maken, wordt verwezen naar de oorspronkelijke termijn van dertig of veertien kalenderdagen.

Artikel 14

22. Luidens artikel 14, eerste lid, van het ontwerp kan de Vlaamse Regering in een “met redenen omkleed bevel” de erin bedoelde maatregelen opleggen.

¹⁵ Thans wordt enkel voor de machtigingen om tot bewoonde ruimtes toegang te krijgen tussen eenentwintig en vijf uur vereist dat ze “bijzonder” gemotiveerd zijn (artikel 8, § 3, 1°, van het ontwerp). Ook voor dit geval verdient het aanbeveling te preciseren waaruit die bijzondere motivering dient te bestaan.

Het uitdrukkelijk opleggen van een motiveringsplicht is evenwel overbodig en misleidend. Het is overbodig omdat de bedoelde beslissingen onder de toepassing vallen van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ en de verplichting tot formele motivering reeds uit die wet voortvloeit. Het is misleidend omdat dergelijke bepalingen ten onrechte de indruk wekken dat de formele motiveringsverplichting niet bestaat zonder dat zulks uitdrukkelijk wordt voorgeschreven.

Tenzij een verdergaande motiveringsplicht wordt beoogd dan diegene die voortvloeit uit de wet van 29 juli 1991, in welk geval de draagwijdte ervan dient te worden omschreven, moeten de in de eerste alinea van deze opmerking vermelde woorden worden weggelaten.

23. Gelet op het ingrijpende karakter van de in artikel 14 van het ontwerp bedoelde “concrete maatregelen”¹⁶ die de Vlaamse Regering of de inspecteurs kunnen opleggen en waarvan sommige grondrechten kunnen aantasten, dienen die maatregelen in artikel 14, derde lid, van het ontwerp op een limitatieve wijze in plaats van op een enuntiatieve wijze te worden opgesomd.

Artikel 15

24. In artikel 15, eerste lid, 3° en 4°, van het ontwerp moet worden verwezen naar respectievelijk het derde en het vierde lid van artikel 10 van het ontwerp, in plaats van naar het vijfde en het zesde lid ervan.

Artikel 16

25. Het toepassingsgebied (en de finaliteit – zie opmerking 8) van de in artikel 16 van het ontwerp bedoelde gegevensverstrekking dient in het licht van de in de memorie van toelichting opgenomen verduidelijkingen beter te worden omschreven, mede, voor zover het persoonsgegevens betreft, om te voldoen aan het in artikel 22 van de Grondwet opgenomen legaliteitsbeginsel.

Artikel 17

26. In artikel 17, § 2, eerste lid, van het ontwerp wordt met de bepaling dat de beslissing een motivering bevat voor de hoogte van het bedrag van de opgelegde administratieve geldboete, allicht een specifieke motiveringsverplichting beoogd die verder reikt dan de motiveringsplicht die voortvloeit uit de wet van 29 juli 1991. In dat geval dient te worden gespecificeerd wat die plicht juist inhoudt, naar analogie van artikel 195, tweede lid, van het Wetboek van Strafvordering. Indien geen bijzondere motiveringsplicht wordt beoogd, dient de zinsnede “, alsook de motivering voor de hoogte van het bedrag” te worden weggelaten of dient minstens de wettelijke grondslag voor de verplichting te worden aangegeven (“overeenkomstig”). Dat laatste zou hier kunnen

¹⁶ Het woord “concrete” is overbodig en kan derhalve worden weggelaten.

worden gebillijkt omdat artikel 17, § 2, eerste lid, van het ontwerp reeds een opsomming bevat van de andere elementen die de beslissing tot het opleggen van de administratieve geldboete dient te bevatten.

27. Erop gewezen dat er op grond van artikel 14 van de wetten op de Raad van State steeds beroep mogelijk is bij de Raad van State tegen beslissingen tot het opleggen van administratieve geldboeten, en gevraagd op welke grond de decreetgever bevoegd is om een afwijkende termijn voor het instellen van het beroep in te voeren en om aan het beroep een schorsend karakter te verlenen, verklaarde de gemachtigde dat artikel 17, § 2, tweede lid, van het ontwerp kan worden geschrapt.

Indien men toch zou willen voorzien in een beroep als bedoeld bij artikel 16, eerste lid, 8°, van de wetten op de Raad van State,¹⁷ dat in een ruimere rechtsbescherming voorziet dan artikel 14, § 1, van die wetten, dan is wel een optreden van de decreetgever noodzakelijk.

28. Luidens artikel 17, § 2, laatste lid, van het ontwerp bepaalt de Vlaamse Regering de “nadere regels” voor het opleggen en het betalen van de administratieve geldboete.

De draagwijdte van deze bepaling is niet duidelijk. Ofwel wordt ermee louter herinnerd aan de algemene uitvoeringsbevoegdheid waarover de Vlaamse Regering beschikt op grond van artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’, maar in dat geval is de bepaling overbodig en dient ze te worden weggelaten. Ofwel wordt er meer mee beoogd dan hetgeen voortvloeit uit de algemene uitvoeringsbevoegdheid van de Vlaamse Regering, maar dan dient de toegekende delegatie te worden gespecificeerd.

Artikel 21

29. Op de vraag of het wel degelijk de bedoeling is om de artikelen 14 en 15 van het decreet van 30 april 2004 ‘tot oprichting van het intern verzelfstandigd agentschap met rechtspersoonlijkheid Kind en Gezin’ integraal op te heffen en derhalve ook de in die artikelen bedoelde meldingsplicht, dan wel of die opheffing enkel betrekking moet hebben op de bevoegdheden van de toezichtambtenaren of op de administratieve geldboete bij weigering van toegang aan de inspectiediensten, antwoordde de gemachtigde bevestigend en verwees hij naar een vraag van het intern verzelfstandigd agentschap met rechtspersoonlijkheid Kind en Gezin dienaangaande, ingegeven door de vaststelling dat die meldingsplicht in de praktijk niet meer wordt toegepast.

¹⁷ Met toepassing van artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’.

Slotopmerking

30. De regeling inzake het toezicht vertoont een aantal verschillen met gelijkaardige regelingen die zijn opgenomen in andere decreten.¹⁸ De stellers van het ontwerp dienen na te gaan of die verschillen kunnen worden verantwoord gelet op de eigen aard van de betrokken aangelegenheden of regels, dan wel of de onderscheiden regelingen dienen te worden geüniformiseerd.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Annemie GOOSSENS

Jo BAERT

¹⁸ Zie bijvoorbeeld het decreet van 30 april 2004 'tot uniformisering van de toezichts-, sanctie- en strafbepalingen die zijn opgenomen in de regelgeving van de sociaalrechtelijke aangelegenheden, waarvoor de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest bevoegd zijn'.