



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 70.212/1
van 27 oktober 2021

over

een voorontwerp van decreet 'tot wijziging van het decreet van 7 mei 2004 tot oprichting van het publiekrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigd agentschap 'Vlaamse Dienst voor Arbeidsbemiddeling en Beroepsopleiding''

Op 20 september 2021 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Economie, Innovatie, Werk, Sociale economie en Landbouw verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een voorontwerp van decreet ‘tot wijziging van het decreet van 7 mei 2004 tot oprichting van het publiekrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigd agentschap ‘Vlaamse Dienst voor Arbeidsbemiddeling en Beroepsopleiding’.

Het voorontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 14 oktober 2021. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Wouter PAS en Inge VOS, staatsraden, Michel TISON en Johan PUT, assessoren, en Greet VERBERCKMOES, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Jonas RIEMSLAGH, auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 27 oktober 2021.

*

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 VOORONTWERP

2. Het om advies voorgelegde voorontwerp van decreet bevat diverse wijzigingen aan het decreet van 7 mei 2004 ‘tot oprichting van het publiekrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigd agentschap ‘Vlaamse Dienst voor Arbeidsbemiddeling en Beroepsopleiding’.

De ontworpen wijzigingen hebben onder meer betrekking op de taken van de VDAB die zijn opgesomd in artikel 5, § 1/1, van het te wijzigen decreet. Het voorontwerp voegt in het te wijzigen hoofdstuk V ook een regeling in betreffende de geautomatiseerde besluitvorming door de VDAB. Tevens wordt een Ethische Raad opgericht die toezicht houdt op en onafhankelijk advies verleent over het gebruik van artificiële intelligentie, geautomatiseerde profilering en geautomatiseerde individuele besluitvorming binnen de VDAB.

VORMVEREISTEN

3. Het voorontwerp bevat bepalingen die verband houden met de verwerking van persoonsgegevens. Het betreft met name artikel 8 inzake de geautomatiseerde besluitvorming en artikel 12 inzake het automatisch aanmaken van een persoonlijk bestand. Bij de adviesaanvraag is advies nr. 2021/58 gevoegd dat de Vlaamse Toezichtcommissie voor de verwerking van persoonsgegevens op 20 juli 2021 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 gegevensbescherming² (hierna: AVG) heeft vastgesteld. Daaronder valt ook de bevoegdheid om, wat die regels betreft, advies te geven teneinde te voldoen aan de voormelde adviesverplichting.³

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

² 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)’.

³ Adv.RvS 61.267/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).

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

Artikel 2

4. Artikel 5, § 4, van het decreet van 7 mei 2004 luidt als volgt:

“Onverminderd andersluidende bepalingen in andere decreten en/of de uitvoeringsbesluiten daarvan en onverminderd hetgeen is bepaald in de volgende leden, worden de taken bedoeld in § 1 in beginsel gratis aangeboden.

Conform de door de beheersovereenkomst te bepalen voorwaarden en modaliteiten kan de VDAB, bij gemotiveerde beslissing van de raad van bestuur en voor de in die beslissing aangewezen diensten, van de werkgever, de werknemer, de werkzoekende, of, desgevallend, de persoon behorend tot een specifieke categorie van belanghebbenden als bedoeld in artikel 5, § 1, tweede lid, een vergoeding vragen.

De in het tweede lid bedoelde mogelijkheid geldt niet voor de taken van universele dienstverlening die, in alle omstandigheden, steeds kosteloos moeten worden aangeboden.”

5. Artikel 2, 9°, van het voorontwerp strekt ertoe in artikel 5, § 4, eerste lid, van het decreet van 7 mei 2004 de zinsnede “bedoeld in § 1” te vervangen door de zinsnede “, vermeld in paragraaf 1/1”. In dezelfde optiek verdient het aanbeveling om ook in artikel 5, § 4, tweede lid, van het decreet, de verwijzing naar “artikel 5, § 1, tweede lid” te vervangen door een verwijzing naar artikel 5, § 1/1, tweede lid.

6.1. Artikel 2, 10°, van het voorontwerp strekt ertoe in artikel 5, § 4, tweede lid, van het decreet de zinsnede “Conform de door de beheersovereenkomst te bepalen voorwaarden en modaliteiten kan de VDAB” te vervangen door de zinsnede “De VDAB kan”. In de memorie van toelichting bij het voorontwerp wordt opgemerkt dat deze wijziging het gevolg is van de afschaffing van de beheersovereenkomsten voor, onder meer, de VDAB. In de plaats daarvan gelden ondernemingsplannen.⁴

In de ontworpen bepaling lijkt het agentschap te worden gemachtigd tot het instellen van retributies.⁵

⁴ Zie artikel III.61 van het Bestuursdecreet van 7 december 2018.

⁵ Zie ook adv.RvS 36.660/1 van 26 februari 2004 over een voorontwerp dat geleid heeft tot het decreet van 7 mei 2004 ‘tot oprichting van het publiekrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigd agentschap ‘Vlaamse Dienst voor Arbeidsbemiddeling en Beroepsopleiding’’, p. 6.

In dit verband dient er echter aan te worden herinnerd dat krachtens artikel 173 van de Grondwet niet alleen de retributieplichtigen bij decreet dienen te worden aangewezen, maar erin ook de gevallen moeten worden omschreven waarin de retributie kan worden gevorderd.⁶

Dat de decreetgever de bevoegdheid toekent aan dit agentschap om deze vergoeding te regelen, is voorts niet van aard om de kwalificatie als retributie in de zin van artikel 173 van de Grondwet en de toepasselijkheid van het erin vervatte legaliteitsbeginsel⁷ te ontkrachten.⁸ De wet-, decreet- en ordonnantiegever kunnen immers uitdrukkelijk bepalen dat een retributie toekomt aan een openbare instelling.⁹

6.2. Dit geldt des te meer nu de ontworpen bepaling ter zake verordenende bevoegdheid toekent aan de VDAB en met de schrapping van de verwijzing naar de beheersovereenkomst een vorm van controle door politiek verantwoordelijke actoren wegvalt.

Het verlenen van verordenende bevoegdheid aan een openbare instelling, zoals de VDAB, is in beginsel immers niet in overeenstemming met de algemene publiekrechtelijke beginselen omdat erdoor geraakt wordt aan het beginsel van de eenheid van de verordenende macht en een rechtstreekse parlementaire controle ontbreekt. Bovendien ontbreken de waarborgen waarmee de klassieke regelgeving gepaard gaat, zoals die inzake de bekendmaking, de preventieve controle van de Raad van State, afdeling Wetgeving, en de duidelijke plaats in de hiërarchie der normen. Dergelijke delegaties kunnen dan ook enkel worden gebillijkt voor zover zij zeer beperkt zijn en een niet-beleidsmatig karakter hebben, door hun detailmatige of hoofdzakelijk technische draagwijdte. De instellingen die de betrokken reglementering dienen toe te passen moeten hierbij zowel aan rechterlijke controle als aan politieke controle onderworpen zijn.¹⁰

⁶ Adv.RvS 36.660/1, p. 6. Ook het Grondwettelijk Hof heeft veelvuldig bevestigd dat “de gevallen (...) die aanleiding kunnen geven tot het heffen van de retributie” door de bevoegde wetgever moeten worden bepaald (Zie o.m. GwH 19 november 2015, nr. 162/2015, B.4; GwH 22 februari 2018, nr. 18/2018, B.5.9.2; GwH 16 januari 2020, nr. 3/2020, B.29; J. VELAERS, *De Grondwet. Een artikelsgewijze commentaar*, deel III, die Keure, Brugge, 2019, 513, met verwijzingen).

⁷ Zowel artikel 170 van de Grondwet, wat de belastingen betreft, als artikel 173 van de Grondwet, wat de retributies betreft, waarborgen dat geen heffing wordt opgelegd zonder het optreden van de bevoegde vertegenwoordigende vergadering. Volgens het Grondwettelijk Hof heeft de waarborg van het wettigheidsbeginsel in beide gevallen evenwel niet dezelfde draagwijdte. Inzake belastingen is elke delegatie die betrekking heeft op het bepalen van een van de essentiële elementen van de belasting in beginsel ongrondwettig. Inzake retributies volstaat het dat de bevoegde wetgever de gevallen omschrijft die aanleiding kunnen geven tot het heffen van de retributie en kan het regelen van andere essentiële elementen, zoals het bedrag van de retributie, worden gedelegeerd (GwH 16 januari 2020, nr. 3/2020, B.29).

⁸ GwH 19 november 2015, nr. 162/2015, B.7.1; GwH 9 februari 2000, nr. 17/2000, B.13.2 en B.13.3.

⁹ Adv.RvS 64.292/3 van 8 november 2018 over een voorontwerp dat heeft geleid tot het decreet van 26 april 2019 ‘houdende diverse bepalingen over het mobiliteitsbeleid, de openbare werken en het vervoer, het verkeersveiligheidsbeleid en VVM - De Lijn’ (*Parl.St.* VI.Parl. 2018-19, nr. 1781/1); adv.RvS 5216/2 van 11 juli 1956 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 20 december 1957 ‘betreffende de retributies te heffen bij toepassing van de reglementering op het verkeer, op het hotelwezen, op het bezoldigd vervoer van personen en op het vervoer van zaken door middel van motorvoertuigen’.

¹⁰ Vergelijk met de toetsingscriteria die het Grondwettelijk Hof gebruikt om delegaties van verordenende bevoegdheid door de wetgever aan een autonome administratieve overheid of een gedecentraliseerde openbare instelling te beoordelen; zie GwH 11 juni 2015, nr. 86/2015, B.22.4, en GwH 9 juni 2016, nr. 89/2016, B.9.6.4: “De

Het verlenen van verordenende bevoegdheid aan een openbare instelling die aan een bestuurlijk toezicht en aan een rechterlijke toetsing is onderworpen, is, wat de vaststelling van retributies betreft, verantwoordbaar wanneer het gaat om “specifieke uitvoerende bevoegdheden”.¹¹ Daartoe is echter opnieuw vereist dat de decreetgever op voldoende wijze de gevallen omschrijft die aanleiding kunnen geven tot het heffen van de retributie. Het komt de betrokken openbare instelling immers niet toe de “eigen bevoegdheid [te] bepalen om retributies vast te stellen”.¹²

6.3. Het ontworpen artikel 5, § 4, tweede lid, van het decreet van 7 mei 2004 moet dan ook worden herwerkt zodat ook de gevallen worden omschreven die aanleiding kunnen geven tot het heffen van een retributie.

Artikel 8

7.1. Het ontworpen artikel 17 van het decreet van 7 mei 2004 betreft de geautomatiseerde besluitvorming door de VDAB.

Deze bepaling moet worden gelezen in samenhang met artikel 22 AVG, dat betrekking heeft op “Geautomatiseerde individuele besluitvorming, waaronder profilering” en dat luidt als volgt:

“1. De betrokkene heeft het recht niet te worden onderworpen aan een uitsluitend op geautomatiseerde verwerking, waaronder profilering, gebaseerd besluit waaraan voor hem rechtsgevolgen zijn verbonden of dat hem anderszins in aanmerkelijke mate treft.

2. Lid 1 geldt niet indien het besluit:

a) noodzakelijk is voor de totstandkoming of de uitvoering van een overeenkomst tussen de betrokkene en een verwerkingsverantwoordelijke;

b) is toegestaan bij een Unierechtelijke of lidstaatrechtelijke bepaling die op de verwerkingsverantwoordelijke van toepassing is en die ook voorziet in passende maatregelen ter bescherming van de rechten en vrijheden en gerechtvaardigde belangen van de betrokkene; of

c) berust op de uitdrukkelijke toestemming van de betrokkene.

artikelen 33, 105 en 108 van de Grondwet verzetten zich niet ertegen dat, in een bepaalde technische materie, de wetgever specifieke uitvoerende bevoegdheden toevertrouwt aan een autonome administratieve overheid die zowel aan de jurisdictionele controle als aan de parlementaire controle is onderworpen, en verbieden de wetgever niet om delegaties te verlenen aan een uitvoerend orgaan, op voorwaarde dat die betrekking hebben op de uitvoering van maatregelen waarvan het doel door de bevoegde wetgever is bepaald, in het bijzonder in technische en ingewikkelde materies.”; zie GwH 19 november 2015, nr. 162/2015, B.8.4: “Artikel 33 van de Grondwet en artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 [tot hervorming der instellingen] staan niet eraan in de weg dat de wetgever specifieke uitvoerende bevoegdheden toevertrouwt aan een gedecentraliseerde openbare instelling die aan een bestuurlijk toezicht en aan een rechterlijke toetsing is onderworpen.” Zie ook GwH 14 mei 2020, nr. 67/2020, B.41.2: “Een delegatie aan een gedecentraliseerde openbare instelling die aan een bestuurlijk toezicht en aan een rechterlijke toetsing is onderworpen is evenwel niet in strijd met het wettigheidsbeginsel voor zover de machtiging voldoende nauwkeurig is omschreven en betrekking heeft op de tenuitvoerlegging van maatregelen waarvan de essentiële elementen voorafgaandelijk door de wetgever zijn vastgesteld.”

¹¹ GwH 19 november 2015, nr. 162/2015, B.8.4.

¹² GwH 19 november 2015, nr. 162/2015, B.8.3.

3. In de in lid 2, punten a) en c), bedoelde gevallen treft de verwerkingsverantwoordelijke passende maatregelen ter bescherming van de rechten en vrijheden en gerechtvaardigde belangen van de betrokkene, waaronder ten minste het recht op menselijke tussenkomst van de verwerkingsverantwoordelijke, het recht om zijn standpunt kenbaar te maken en het recht om het besluit aan te vechten.

4. De in lid 2 bedoelde besluiten worden niet gebaseerd op de in artikel 9, lid 1, bedoelde bijzondere categorieën van persoonsgegevens, tenzij artikel 9, lid 2, punt a) of g), van toepassing is en er passende maatregelen ter bescherming van de gerechtvaardigde belangen van de betrokkene zijn getroffen.”

In overweging 71 bij de verordening wordt dienaangaande het volgende gesteld:

“De betrokkene dient het recht te hebben niet te worden onderworpen aan een louter op geautomatiseerde verwerking gebaseerd besluit, dat een maatregel kan behelzen — over persoonlijke hem betreffende aspecten, waaraan voor hem rechtsgevolgen zijn verbonden of dat hem op vergelijkbare wijze aanmerkelijk treft, zoals de automatische weigering van een online ingediende kredietaanvraag of van verwerking van sollicitaties via internet zonder menselijke tussenkomst. Een verwerking van die aard omvat ‘profilering’, wat bestaat in de geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens ter beoordeling van persoonlijke aspecten van een natuurlijke persoon, met name om kenmerken betreffende beroepsprestaties, economische situatie, gezondheid, persoonlijke voorkeuren of interesses, betrouwbaarheid of gedrag, locatie of verplaatsingen van de betrokkene te analyseren of te voorspellen, wanneer daaraan voor hem rechtsgevolgen zijn verbonden of dat hem op vergelijkbare wijze aanmerkelijk treft. Besluitvorming op basis van een dergelijke verwerking, met inbegrip van profilering, dient echter wel mogelijk te zijn wanneer deze uitdrukkelijk is toegestaan bij Unierecht of lidstatelijk recht dat op de verwerkingsverantwoordelijke van toepassing is, onder meer ten behoeve van de controle en voorkoming van belastingfraude en -ontduiking overeenkomstig de regelgeving, normen en aanbevelingen van de instellingen van de Unie of de nationale voor oversight bevoegde instanties, en om te zorgen voor de veiligheid en betrouwbaarheid van een dienst die door de verwerkingsverantwoordelijke wordt verleend, of noodzakelijk voor de sluiting of uitvoering van een overeenkomst tussen de betrokkene en een verwerkingsverantwoordelijke, of wanneer de betrokkene zijn uitdrukkelijke toestemming heeft gegeven. In ieder geval moeten voor dergelijke verwerking passende waarborgen worden geboden, waaronder specifieke informatie aan de betrokkene en het recht op menselijke tussenkomst, om zijn standpunt kenbaar te maken, om uitleg over de na een dergelijke beoordeling genomen besluit te krijgen en om het besluit aan te vechten. Een dergelijke maatregel mag geen betrekking hebben op een kind.

Teneinde een voor de betrokkene behoorlijke en transparante verwerking te garanderen, met inachtneming van de concrete omstandigheden en context waarin de persoonsgegevens worden verwerkt, dient de verwerkingsverantwoordelijke voor de profilering passende wiskundige en statistische procedures te hanteren en technische en organisatorische maatregelen te treffen waarmee factoren die aanleiding geven tot onjuistheden van persoonsgegevens worden gecorrigeerd en het risico op fouten wordt geminimaliseerd, en de persoonsgegevens zodanig te bewaren dat rekening wordt gehouden met de potentiële risico's voor de belangen en rechten van de betrokkene en dat onder meer wordt voorkomen dat zulks voor natuurlijke personen discriminerende gevolgen zou hebben op grond van ras of etnische afkomst, politieke overtuiging, godsdienst of levensbeschouwelijke overtuigingen, lidmaatschap van een vakbond, genetische of gezondheidsstatus, of seksuele gerichtheid, of gevolgen zou hebben die leiden tot maatregelen met een vergelijkbaar effect. Geautomatiseerde besluitvorming en

profilering gebaseerd op bijzondere categorieën van persoonsgegevens mogen uitsluitend op specifieke voorwaarden worden toegestaan.”

Uit artikel 22, lid 1, van de AVG blijkt aldus dat het in principe verboden is een persoon te onderwerpen “aan een uitsluitend op geautomatiseerde verwerking, waaronder profilering, gebaseerd besluit waaraan voor hem rechtsgevolgen zijn verbonden of dat hem anderszins in aanmerkelijke mate treft”. Er wordt onder meer een uitzondering gemaakt op dat verbod wanneer het besluit, overeenkomstig artikel 22, lid 2, b), van dezelfde verordening, “is toegestaan bij een Unierechtelijke of lidstaatrechtelijke bepaling die op de verwerkingsverantwoordelijke van toepassing is en die ook voorziet in passende maatregelen ter bescherming van de rechten en vrijheden en gerechtvaardigde belangen van de betrokkene”.

Het ontworpen artikel 17, dat een principieel verbod op geautomatiseerde besluitvorming bevat, maar tevens voorziet in twee uitzonderingen, kadert binnen deze uitzondering.

Het doet evenwel op meerdere punten vragen rijzen.

7.2. Zo blijkt het ontworpen artikel 17, tweede lid, een definitie te bevatten van het begrip “geautomatiseerde besluitvorming met rechtsgevolgen”, waarop het principiële verbod en de daarop geldende uitzonderingen, zijn gesteund.

Anders dan het geval is voor het begrip “profilering”¹³ bevat de voormelde verordening geen definitie van wat onder “geautomatiseerde individuele besluitvorming” dient te worden begrepen. In het advies 2021/58 wijst de Vlaamse Toezichtcommissie voor de verwerking van persoonsgegevens erop “dat het zelf definiëren van begrippen die in de AVG gehanteerd worden, zoals “geautomatiseerde besluitvorming met rechtsgevolgen”, het risico inhoudt dat het Hof van Justitie die later anders uitlegt”. In de nota aan de Vlaamse Regering over het voorontwerp wordt ter zake opgemerkt dat het ontbreken van een definitie in de verordening leidt tot onduidelijkheid, die door de definitie in het voorontwerp wordt weggewerkt.

De ontworpen definitie lijkt redelijkerwijs binnen de grenzen van artikel 22 van de AVG te vallen. Indien in de toekomst blijkt dat er gevallen zijn die buiten de definitie in het ontworpen artikel 17, tweede lid, van het decreet van 7 mei 2004 vallen maar waarop artikel 22 van de verordening wel van toepassing is, zal voor die gevallen geen “lidstaatrechtelijke bepaling” in de zin van artikel 22, lid 2, b), van de verordening voorhanden zijn. Hoe dan ook komt het aan de decreetgever toe om blijvend te waken over de afstemming tussen de eigen regels en het unierecht.

¹³ Artikel 4, punt 4), AVG.

7.3. Het ontworpen artikel 17, derde lid, bevat een eerste uitzondering op het principiële verbod tot geautomatiseerde besluitvorming met rechtsgevolgen voor “[e]lke beslissing waarbij het technische systeem geen enkele impact op de vooraf geprogrammeerde uitkomst heeft”.

In de memorie van toelichting bij het voorontwerp wordt over deze uitzondering het volgende opgemerkt:¹⁴

“Wat ook niet is gevat door deze verbodsbepaling, is de automatisering van besluitvorming die het resultaat is van de uitvoering van een door een mens geprogrammeerd proces, waarbij duidelijk is wat de uitkomst van dat proces zal zijn. Voorbeelden hiervan zijn onder meer het nakijken van de geldigheid van verblijfsdocumenten en de daaraan gekoppelde gevolgen voor de inschrijving bij VDAB. Deze uitzondering wordt voorzien om administratieve vereenvoudiging en digitalisering van de administratie niet in de weg te staan.”

Deze doelstelling komt echter niet voldoende duidelijk en afgebakend tot uiting in het ontworpen artikel 17, derde lid. In de ontworpen bepaling is immers sprake van een “beslissing”, hetgeen verder lijkt te gaan dan een louter administratief procedé. Omgekeerd kan men zich de vraag stellen of een dergelijke, louter administratieve handeling, niet hoe dan ook buiten de definitie in het ontworpen artikel 17, tweede lid, valt.

7.4. Het ontworpen artikel 17, vierde lid, voorziet daarnaast nog in een tweede uitzondering op het principiële verbod in de mate dat daarin de Vlaamse Regering wordt gemachtigd te bepalen “welke processen niet vallen onder het verbod, vermeld in het eerste lid”.

Artikel 22, lid 2, b), van de AVG vereist als dusdanig niet dat de “lidstaatrechtelijke bepaling” door de betrokken wetgever is vastgesteld.

Niettemin valt op te merken dat de ontworpen delegatie aan de Vlaamse Regering zeer onbestemd is en in beginsel zelfs tot gevolg zou kunnen hebben dat het principiële verbod op geautomatiseerde besluitvorming met rechtsgevolgen, zoals opgenomen in het ontworpen artikel 17, eerste lid, en artikel 22.1 AVG volkomen wordt uitgehold.

Het ontworpen artikel 17, vierde lid, is voorts derwijze ruim en onbepaald geformuleerd dat deze bepaling alvast niet op afdoende wijze garant staat voor de voorzienbaarheid van de verwerking van persoonsgegevens door derden, zoals vereist bij artikel 22 van de Grondwet in combinatie met artikel 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, artikel 17 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten en de artikelen 7 en 8 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. Eenieder dient immers voldoende precies te weten in welke omstandigheden en onder welke voorwaarden een inmenging in zijn privéleven, in het bijzonder door de geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens, is toegelaten. Derhalve moet eenieder een

¹⁴ Memorie van toelichting bij het voorontwerp, p. 9.

voldoende duidelijk inzicht hebben in de gegevens die worden verwerkt, de betrokkenen bij, de voorwaarden voor en de doeleinden van de verwerking.¹⁵

Zelfs indien de in het ontworpen artikel 17, vierde lid, vervatte machtiging aan de Vlaamse Regering in beginsel aanvaardbaar zou zijn, zal voor elke toepassing ervan grondig moeten worden nagegaan of, rekening houdend met het formeel legaliteitsbeginsel vervat in artikel 22 van de Grondwet, alle relevante essentiële elementen inzake de verwerking van persoonsgegevens reeds door de decreetgever zijn vastgesteld.¹⁶

Volledigheidshalve moet worden opgemerkt dat (de uitkomst van) de automatische besluitvorming ook andere rechten kan raken, waarvoor eveneens een legaliteitsbeginsel geldt.¹⁷

7.5. Indien uitzonderingen worden bepaald op het principiële verbod op geautomatiseerde besluitvorming, zoals huidig voorontwerp van decreet beoogt te doen, vereist artikel 22.2, b) van de AVG bovendien dat tevens wordt voorzien in passende maatregelen ter bescherming van de rechten en vrijheden en gerechtvaardigde belangen van de betrokkene.

In zijn arrest nr. 29/2018 van 15 maart 2018 heeft het Grondwettelijk Hof er ook reeds op gewezen dat de verwerkingstechniek van *profiling* “risico’s [inhoudt] voor het recht op bescherming van het privéleven van de betrokkenen (zie het Explanatory Memorandum bij de aanbeveling (2010)13¹⁸, punten 50-64) doordat onder meer verkeerde verbanden tussen kenmerken van een bepaald gedrag en personen kunnen worden gelegd. Derhalve dient de wetgever te voorzien in voldoende waarborgen”.¹⁹

Behoudens de oprichting van een Ethische Raad, ontbreken in de ontworpen bepalingen vooralsnog dergelijke passende maatregelen en voldoende waarborgen. Deze dienen dan ook nader te worden bepaald. In de mate dat het aan de Vlaamse Regering zou worden overgelaten om deze passende maatregelen te bepalen, valt bovendien op te merken dat ook wat die elementen betreft het zo-even geschetste legaliteitsbeginsel onverkort geldt. Dat kan onder

¹⁵ GwH 15 maart 2018, nr. 29/2018, B.18.

¹⁶ 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, een formeel legaliteitsbeginsel dat dient te worden nageleefd. In advies 68.936/AV heeft de algemene vergadering van de afdeling Wetgeving opgemerkt dat, gelet op dat legaliteitsbeginsel, de “essentiële elementen” van de verwerking van persoonsgegevens in de wet zelf worden vastgelegd. In dat verband is de afdeling Wetgeving 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 (adv.RvS 68.936/AV van 7 april 2021, opm. 101).

¹⁷ Bij wijze van voorbeeld kan worden gewezen op artikel 23, derde lid, 1° en 2°, van de Grondwet en het gegeven dat de VDAB, wat het Vlaamse Gewest betreft, instaat voor de uitoefening van de “beslissings- en uitvoeringsbevoegdheid om de actieve en passieve beschikbaarheid van de werklozen te controleren en het opleggen van sancties dienaangaande” zoals bedoeld in artikel 6, § 1, IX, 5°, BWHI (artikel 5, § 1/1, 7°, van het decreet van 7 mei 2004).

¹⁸ Aanbeveling nr. (2010)13 van het Comité van Ministers aan de verdragsstaten van 23 november 2010 inzake de bescherming van personen ten opzichte van de geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens in de context van ‘*profiling*’.

¹⁹ GwH 15 maart 2018, nr. 29/2018, B.31.

meer gevolgen hebben voor de beschermingsmaatregelen die vereisen dat bijkomende categorieën van personen toegang hebben tot de verwerkte gegevens.

7.6. Er valt ook op te merken dat een dergelijk besluit, gebaseerd op geautomatiseerde individuele besluitvorming, niet genomen kan worden over de gevoelige gegevens die in artikel 9, lid 1, van de AVG vermeld worden, zelfs niet in het geval bedoeld in artikel 22, lid 2, b), behalve in het geval waarin artikel 9, lid 2, a)²⁰ en g)²¹, voorzien en op voorwaarde dat “er passende waarborgen worden geboden met betrekking tot de rechten, de vrijheden en de gerechtvaardigde belangen van de betrokkene.”²²

7.7. Voorts is het raadzaam om dergelijke regeling inzake geautomatiseerde besluitvorming aan te vullen met een regeling omtrent het recht op inzage voor de betrokkenen om tegemoet te komen aan artikel 15.1.h) van de AVG overeenkomstig welke bepaling de betrokkene het recht heeft om van de verwerkingsverantwoordelijke uitsluitend te verkrijgen over het al dan niet verwerken van hem betreffende persoonsgegevens en, wanneer dat het geval is, om inzage te verkrijgen van die persoonsgegevens en van “het bestaan van geautomatiseerde besluitvorming, met inbegrip van de in artikel 22, leden 1 en 4, bedoelde profilering, en, ten minste in die gevallen, nuttige informatie over de onderliggende logica, alsmede het belang en de verwachte gevolgen van die verwerking voor de betrokkene”.

Artikel 10

8. In het ontworpen artikel 17/1, eerste lid, is sprake van “geautomatiseerde profilering”. Zoals hiervoor reeds werd opgemerkt bevat de algemene verordening gegevensbescherming een definitie van het begrip “profilering”.

In artikel 4, punt 4), van de AVG wordt profilering gedefinieerd als volgt:

“elke vorm van geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens waarbij aan de hand van persoonsgegevens bepaalde persoonlijke aspecten van een natuurlijke persoon worden geëvalueerd, met name met de bedoeling zijn beroepsprestaties, economische situatie, gezondheid, persoonlijke voorkeuren, interesses, betrouwbaarheid, gedrag, locatie of verplaatsingen te analyseren of te voorspellen”.

Indien het de bedoeling is deze begrippen op elkaar af te stemmen, moet zulks uitdrukkelijk worden bepaald.

²⁰ De betrokkene heeft uitdrukkelijke toestemming gegeven voor de verwerking van die persoonsgegevens voor een of meer welbepaalde doeleinden, behalve indien in Unierecht of lidstatelijk recht is bepaald dat het in lid 1 genoemde verbod niet door de betrokkene kan worden opgeheven.

²¹ De verwerking is noodzakelijk om redenen van zwaarwegend algemeen belang, op grond van Unierecht of lidstatelijk recht, waarbij de evenredigheid met het nagestreefde doel wordt gewaarborgd, de wezenlijke inhoud van het recht op bescherming van persoonsgegevens wordt geëerbiedigd en passende en specifieke maatregelen worden getroffen ter bescherming van de grondrechten en de fundamentele belangen van de betrokkene.

²² Artikel 22, lid 4, AVG.

In dezelfde bepaling is sprake van “geautomatiseerde individuele besluitvorming”. Die terminologie stemt weliswaar overeen met de terminologie die gehanteerd wordt in artikel 22 AVG, maar niet met het ontworpen artikel 17 (zie *sub* 7.2).

Artikel 12

9.1. Artikel 12 van het voorontwerp wijzigt artikel 22/2 van het decreet van 7 mei 2004. Die bepaling luidt als volgt:

“In het kader van zijn taken van universele dienstverlening beheert de VDAB een elektronisch platform waarop elk individu relevante gegevens over zijn opleidingen, ervaringen, competenties, aspiraties, interesses en loopbaan in een persoonlijk bestand kan verwerken en van daaruit nieuwe ontwikkelings- en loopbaanacties kan ondernemen en de resultaten ervan opslaan.

Elk individu heeft de keuze om al dan niet een persoonlijk bestand op het elektronische platform aan te leggen.

(...)”.

Aan dat artikel wordt een vijfde lid toegevoegd op grond waarvan de Vlaamse Regering “de gevallen [vastlegt] waarin wordt afgeweken van het principe dat de betrokkene zelf een persoonlijk bestand moet aanmaken, vermeld in het tweede lid”.

Over deze bepaling wordt in de memorie van toelichting het volgende opgemerkt:²³

“Het principe dat een burger zelf zijn dossier op het elektronisch platform van VDAB aanmaakt blijft behouden, maar er wordt via deze bepaling voorzien in een mogelijke uitzondering op dat principe. In een aantal gevallen kan het namelijk aangewezen zijn dat op automatische wijze, door VDAB, een dossier wordt gegenereerd. De Vlaamse Regering zal over de mogelijkheid beschikken om in dergelijke gevallen in expliciete uitzondering te voorzien op het in artikel 22/2, tweede lid vermelde principe. Op die manier blijft het initiatiefrecht voor een inschrijving bij VDAB en de aanmaak van een dossier, behalve in die bepaalde uitzonderingsgevallen, steeds bij de betrokken burger.”

9.2. De zinsnede “het principe dat de betrokkene zelf een persoonlijk bestand moet aanmaken” suggereert dat de betrokkene in regel verplicht is om een persoonlijk bestand aan te maken. Uit artikel 22/2, tweede lid, van het te wijzigen decreet, blijkt echter dat elk individu in beginsel²⁴ de keuze heeft om al dan niet een persoonlijk bestand op het elektronische platform aan te leggen.

²³ Memorie van toelichting bij het voorontwerp, p. 10-11.

²⁴ Artikel 22/2, derde lid, van het decreet van 7 mei 2004 bepaalt wel dat als een individu bepaalde diensten inzake arbeidsbemiddeling, trajectbegeleiding, loopbaanbegeleiding of competentieontwikkeling vraagt, dienstverleners, met inbegrip van de VDAB, de betrokkene kunnen opleggen om een persoonlijk bestand aan te maken.

Aangezien wordt bedoeld op het principe dat de aanmaak van een persoonlijk bestand door de betrokkene zelf gebeurt, moet de formulering van de ontworpen bepaling in het licht daarvan worden aangepast.

9.3. Gelet op de duidelijke bewoordingen ervan en het gegeven dat de ontworpen bepaling deel zal uitmaken van artikel 22/2 van het te wijzigen decreet, kan deze hoe dan ook enkel zo worden gelezen dat zij slechts de aanmaak van het persoonlijk bestand op het elektronisch platform betreft en, anders dan de memorie van toelichting suggereert, niet de inschrijving bij de VDAB als dusdanig.²⁵

9.4. De aanmaak van het persoonlijk bestand houdt bovendien een nieuwe of bijkomende verwerking van persoonsgegevens in. Voor elke toepassing van de ontworpen machtiging zal grondig moeten worden nagegaan of, rekening houdend met het formeel legaliteitsbeginsel vervat in artikel 22 van de Grondwet, alle relevante essentiële elementen inzake de verwerking van persoonsgegevens reeds door de decreetgever zijn vastgesteld.²⁶

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Greet VERBERCKMOES

Marnix VAN DAMME

²⁵ Het begrip “verplicht ingeschreven werkzoekende” heeft overigens een specifieke draagwijdte, zie art. 2, 11°, van het te wijzigen decreet.

²⁶ Zie ook hoger *sub* 7.4 en voetnoot 16.