KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 49.958/1/V
VAN 2 AUGUSTUS 2011

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

DE RAAD VAN STATE, afdeling Wetgeving, eerste vakantiekamer, op 5 juli 2011 door de Vlaamse minister van Welzijn, Volksgezondheid en Gezin verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, verlengd tot 18 augustus 2011, van advies te dienen over een voorontwerp van decreet 'houdende de organisatie van de voorschoolse kinderopvang', heeft het volgende advies gegeven:

1. Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft de afdeling Wetgeving zich toegespitst op het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond[1], alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*
* *

STREKKING VAN HET VOORONTWERP

2. Het voor advies voorgelegde voorontwerp van decreet strekt ertoe de voorschoolse kinderopvang te organiseren. Hieronder wordt verstaan het beroepsmatig en tegen betaling opvoeden, bijdragen aan de ontwikkeling en verzorgen van kinderen tot ze naar de kleuterschool gaan (artikel 2, 2°, van het ontwerp).

Het ontwerp voorziet in een aantal bepalingen over het waarborgen van een aanbod aan kinderopvang voor de gezinnen die daar behoefte aan hebben (artikel 3)

Opdat een organisator een kinderopvangvoorziening kan organiseren, dient hij te beschikken over een vergunning van het intern verzelfstandigd agentschap met rechtspersoonlijkheid Kind en Gezin (hierna: Kind en Gezin) voor gezinsopvang, groepsopvang of opvang aan huis (artikelen 4 en 5) en moet hij aan een aantal vergunningsvoorwaarden voldoen (artikelen 6 en 7). Er wordt voorzien in de mogelijkheid van een basissubsidie, alsook in verscheidene bijkomende subsidies, afhankelijk van de soort vergunning en de aard van de kinderopvang (artikelen 8 tot 13).

Een lokaal loket kinderopvang, in beginsel georganiseerd per gemeente, dient de toegankelijkheid van de kinderopvang te verbeteren (artikel 14). De Vlaamse Regering wordt gemachtigd om vernieuwende projecten inzake kinderopvang te organiseren en te subsidiëren (artikel 15).

Het toezicht op de kinderopvangvoorzieningen wordt uitgeoefend door één of meer door de Vlaamse Regering aangestelde toezichthouders, die daarvoor over een aantal in het ontwerp opgesomde toezichtrechten beschikken (artikelen 16 en 17). Zij maken een verslag op van hun vaststellingen ten behoeve van Kind en Gezin (artikel 18). Het niet-naleven van de bepalingen van het ontworpen decreet of van de uitvoeringsbesluiten ervan, kan leiden tot een

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

schriftelijke aanmaning door Kind en Gezin (artikel 19), alsook tot een wijziging, schorsing, opheffing of intrekking van de vergunning door Kind en Gezin (artikel 20). De schorsing, opheffing of intrekking van de vergunning leidt tot de (tijdelijke) sluiting van de kinderopvangvoorziening (artikelen 21 en 22).

Het niet (tijdig) gevolg geven aan aanmaningen, het verhinderen van het toezicht, het organiseren van kinderopvang zonder een vergunning en het niet-naleven van de bepalingen van het ontworpen decreet en van de uitvoeringsbesluiten ervan kan leiden tot het opleggen van een bestuurlijke geldboete van 100 tot 100.000 euro door Kind en Gezin. Tegen de beslissing om een bestuurlijke geldboete op te leggen kan een beroep worden aangetekend bij de rechtbank van eerste aanleg (artikel 23).

De Vlaamse Regering wordt gemachtigd om te bepalen welke (persoons)gegevens kunnen worden verzameld en verwerkt (artikel 24). Het ontwerp bevat ten slotte nog een aantal wijzigings- en overgangsbepalingen (artikelen 25 tot 35). Het uit te vaardigen decreet treedt in werking op een door de Vlaamse Regering te bepalen datum en uiterlijk op 1 januari 2015 (artikel 36).

BEVOEGDHEID

A. Algemeen

3. De ontworpen regeling heeft betrekking op het gezinsbeleid, bedoeld in artikel 5, § 1, II, 1°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen. Deze bevoegdheid omvat alle vormen van hulp en bijstand aan gezinnen en kinderen. De voorschoolse kinderopvang, zoals gedefinieerd bij artikel 2, 2°, van het ontwerp, kan in deze bevoegdheidscategorie worden ingepast en kan bijgevolg tot de bevoegdheid van de Vlaamse Gemeenschap worden gerekend. Enkele bepalingen van de ontworpen regeling vergen evenwel een afzonderlijk bevoegdheidsonderzoek.

B. Verwerking van persoonsgegevens en het recht op eerbiediging van het privé- en gezinsleven

4. Naar luid van artikel 6, § 4, van het ontwerp dienen personen die in de kinderopvang direct contact hebben met de opgevangen kinderen, te beschikken over een recent uittreksel uit het strafregister en een recent attest van medische geschiktheid. Bij artikel 7 van het ontwerp worden de organisatoren van kinderopvang verplicht om informatie te bezorgen aan Kind en Gezin, het lokaal loket kinderopvang en het Lokaal Overleg Kinderopvang. Uit de

memorie van toelichting kan worden opgemaakt dat deze informatie enerzijds bestemd is voor het informatie- en registratiesysteem dat beheerd wordt door Kind en Gezin, en anderzijds voor het administratief dossier van de betrokken kinderopvangvoorziening. Het lokaal loket kinderopvang maakt gebruik van het informatie- en registratiesysteem. Naar luid van artikel 17, eerste lid, 2°, van het ontwerp kunnen de toezichthouders verscheidene documenten, waaronder persoonsgegevens, opvragen. Bij artikel 24 van het ontwerp wordt de Vlaamse Regering gemachtigd om te bepalen welke gegevens, met inbegrip van persoonsgegevens, door de organisator worden verzameld, evenals de wijze waarop die gegevens worden verwerkt door Kind en Gezin. Bij artikel 28 van het ontwerp wordt het beheren van het voornoemde informatie- en registratiesysteem bij de taken van Kind en Gezin gevoegd.

Al deze elementen kunnen betrekking hebben op persoonsgegevens, waaronder gerechtelijke gegevens in de zin van artikel 8 van de wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens (hierna: wet bescherming persoonsgegevens) en eventueel persoonsgegevens die de gezondheid betreffen als bedoeld bij artikel 7 van dezelfde wet.

De ter zake in het ontwerp vervatte regels houden bovendien een beperking in van het recht op eerbiediging van het privé- en gezinsleven, dat onder meer is gewaarborgd bij artikel 22 van de Grondwet. Krachtens artikel 22, eerste lid, van de Grondwet heeft ieder recht op eerbiediging van zijn privé- en gezinsleven behoudens in de gevallen en onder de voorwaarden bij de “wet” bepaald. Uit de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof over die bepaling blijkt dat de federale wetgever bevoegd is voor het bepalen van de algemene regels betreffende de beperking van het recht op eerbiediging van het privé- en gezinsleven en dat de decreetgever op dit vlak, in een aangelegenheid die tot zijn bevoegdheid behoort, specifieke regelingen kan uitwerken, rekening houdend met de door de federale wetgever vastgestelde regels, die als minimumregels te beschouwen zijn.[2]

Gezien vanuit het oogpunt van de bevoegdheidsverdeling tussen de federale overheid en de gemeenschappen is de decreetgever derhalve bevoegd om de hiervóór vermelde regels aan te nemen op voorwaarde dat hij, in beginsel, geen afbreuk doet aan de algemene, door de federale wetgever uitgevaardigde regels ter bescherming van het privé- en gezinsleven. Wat dit laatste betreft, dient de decreetgever, wanneer hij regelingen uitvaardigt betreffende de verwerking van persoonsgegevens, de wet bescherming persoonsgegevens na te leven, die

[2] GwH 20 oktober 2004, nr. 162/2004, B.5.2; GwH 19 januari 2005, nr. 16/2005, B.5.2; GwH 14 februari 2008, nr. 15/2008, B.21. Zie ook GwH 30 april 2003, nr. 50/2003, B.8.10 en GwH 30 april 2003, nr. 51/2003, B.4.12. Zie eveneens GwH 20 oktober 2004, nr. 162/2004, B.5.2; GwH 19 januari 2005, nr. 16/2005, B.5.2 en GwH 14 februari 2008, nr. 15/2008, B.21.

overigens rechtstreeks van toepassing is op de in het ontwerp bedoelde verwerking van persoonsgegevens. Of die wet effectief wordt nageleefd, wordt *sub* 33 tot 35 onderzocht.

C. Jurisdictioneel beroep tegen het opleggen van een bestuurlijke geldboete

5. Naar luid van artikel 23, derde lid, van het ontwerp kan tegen de beslissing waarbij een bestuurlijke geldboete wordt opgelegd om de in het eerste lid van dat artikel vermelde redenen, beroep worden ingesteld bij de rechtbank van eerste aanleg. Dit beroep, dat bij verzoekschrift moet worden ingesteld, schorst de uitvoering van de beslissing.

Het bepalen van de bevoegdheid van de rechtscolleges en het regelen van de rechtspleging ervoor behoort in beginsel tot de bevoegdheid van de federale wetgever.[3] De gemeenschappen en de gewesten kunnen dit terrein slechts betreden voor zover is voldaan aan de toepassingsvoorwaarden van artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980. Daartoe is vereist dat een dergelijke regeling noodzakelijk kan worden geacht voor de uitoefening van de bevoegdheden van de gemeenschap of het gewest, dat de aangelegenheid waarvoor de federale overheid bevoegd is zich tot een gedifferentieerde regeling leent, en dat de weerslag van de betrokken bepalingen op die aangelegenheid slechts marginaal is.[4]

De gemachtigde verstrekte dienaangaande de volgende toelichting:

> "Bedoeling is om in de memorie van toelichting het gebruik van de bevoegdheid van artikel 10 BWHI uit te leggen als volgt:
>
> Kind en Gezin kan de bestuurlijke geldboete moduleren. Het is noodzakelijk dat de rechter bij wie een beroep tegen het opleggen van die geldboete of tegen de weigering tot modulering ervan aanhangig is, over dezelfde bevoegdheid tot modulering dient te beschikken. Vandaar dat het noodzakelijk is een beroepsmogelijkheid bij de rechtbank van eerste aanleg in te bouwen. Enkel op die manier kunnen de rechten van de persoon aan wie een bestuurlijke geldboete wordt opgelegd, voldoende gevrijwaard worden. Dit beroep werkt schorsend. Gelet op de diverse bevoegdheden van de rechtbank van eerste aanleg, leent die bevoegdheid zich tot een gedifferentieerde regeling. Bovendien is deze uitbreiding van de materiële bevoegdheid van de rechtbank van eerste aanleg slechts marginaal ten aanzien van de globale materiële bevoegdheid van die rechtbank."

[3] Zie o.m. GwH 14 mei 2003, nr. 58/2003, B.5.2; GwH 1 oktober 2003, nr. 126/2003, B.5.2; GwH 17 december 2003, nr. 171/2003, B.3.2; GwH 26 november 2003, nr. 154/2003, B.2.4; GwH 28 oktober 2004, nr. 168/2004, B.4.2; GwH 19 maart 2008, nr. 59/2008, B.5.3 en GwH 29 juli 2010, nr. 91/2010, B.3.3.

[4] Zie o.m. GwH 14 mei 2003, nr. 58/2003, B.5.3; GwH 1 oktober 2003, nr. 126/2003, B.5.3; GwH 26 november 2003, nr. 154/2003, B.5.2; GwH 17 december 2003, nr. 171/2003 B.3.3; GwH 29 juli 2010, nr. 91/2010, B.3.3.

De premisse waarop de gemachtigde zich baseert gaat thans niet meer op. Inmiddels heeft het Hof van Cassatie immers geoordeeld, in het kader van zijn bevoegdheid tot het regelen van conflicten van attributie, dat de Raad van State wel degelijk bevoegd is om administratieve geldboeten te toetsen met toepassing van de algemene bevoegdheid die hij heeft om te oordelen of een maatregel van de overheid al dan niet met machtsoverschrijding is genomen en dat deze bevoegdheid geen miskenning inhoudt van artikel 6, lid 1, van het Europees Verdrag over de rechten van de mens of van enige andere verdragsbepaling:

> "6. Krachtens artikel 6.1 EVRM heeft eenieder bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen of bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde strafvervolging recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie welke bij de wet is ingesteld.
>
> Noch deze verdragsbepaling noch enige andere verdrags- of grondwettelijke bepaling vereisen dat een administratieve geldboete die een straf uitmaakt in de zin van die bepaling, uitsluitend door een rechter van de rechterlijke orde wordt opgelegd en beoordeeld. Behalve wanneer de sancties een vrijheidsstraf inhouden volstaat het dat de overtreder beschikt over een volwaardig jurisdictioneel beroep.
>
> 7. Een administratieve geldboete opgelegd aan een enkeling door een administratieve overheid in toepassing van een sanctieregeling bepaald in de wet, het decreet of de ordonnantie, kan wanneer de wetgever die bevoegdheid niet heeft toegekend aan een rechter van de rechterlijke orde, in de regel getoetst worden door de Raad van State in toepassing van zijn algemene bevoegdheid te beoordelen of een maatregel van de overheid al dan niet genomen is met machtsoverschrijding.
>
> De Raad van State kan hierbij onder meer onderzoeken, in het kader van dit objectief contentieux, of de individuele maatregel, met inachtneming van de verdragen, een wettelijke grondslag heeft en inzonderheid op haar evenredigheid kan worden getoetst door een rechter, en kan, zo de overtreder die mogelijkheid niet heeft, die individuele maatregel op grond van machtsoverschrijding vernietigen."[5]

Deze stelling lijkt[6] te zijn bevestigd door het Grondwettelijk Hof, dat oordeelde dat de Raad van State in geschillen met betrekking tot dergelijke administratieve geldboeten wel degelijk een volwaardige jurisdictionele toetsing uitoefent:

> "B.10.1. Uit de rechtspraak van de Raad van State blijkt dat die een volwaardige jurisdictionele toetsing uitoefent, zowel aan de wet als aan de algemene rechtsbeginselen. De Raad van State gaat daarbij na of de aan zijn toezicht voorgelegde overheidsbeslissing de vereiste feitelijke grondslag heeft, of die beslissing uitgaat van correcte juridische kwalificaties en of de opgelegde straf niet kennelijk onevenredig is met de vastgestelde

[5] Cass., nr. C.09.0019.N, 15 oktober 2009, *Brussels Instituut voor Milieubeheer t. Emery Worldwide Airlines Inc*. Zie ook het navolgende arrest nr. 210.529 van 20 januari 2011 van de Raad van State.

[6] Zie evenwel GwH 7 december 1999, nr. 128/99, B.15; GwH 12 juni 2002, nr. 96/2002, B.4.1 tot B.4.3; GwH 16 juni 2004, nr. 105/2004, B.7.3. Vgl. ook GwH 5 mei 2011, nr. 66/2011, B.7; GwH 31 mei 2011, nr. 100/2011, B.6.

feiten. Wanneer hij die beslissing vernietigt, dient de overheid zich te schikken naar het arrest van de Raad van State : indien de overheid een nieuwe beslissing neemt, mag zij de motieven van het arrest dat de eerste beslissing heeft vernietigd, niet negeren; indien zij in de vernietiging berust, wordt de betrokkene geacht niet gestraft te zijn geweest.

B.10.2. Bovendien kan de Raad van State, in de omstandigheden bedoeld in artikel 17 van de gecoördineerde wetten op de Raad van state, gelasten dat de uitvoering van de beslissing om sancties op te leggen wordt geschorst, in voorkomend geval door uitspraak te doen bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

B.10.3. De rechtzoekenden beschikken derhalve over een daadwerkelijke jurisdictionele waarborg, voor een onafhankelijk en onpartijdig rechtscollege, tegen de administratieve sanctie die hun kan worden opgelegd."[7]

De door de gemachtigde aangevoerde motivering voor de noodzakelijkheid van de ontworpen bepaling inzake de uitoefening van de bevoegdheden van de Vlaamse Gemeenschap is bijgevolg achterhaald. Enkel indien andere geldige motieven zouden voorhanden zijn om een beroep te doen op artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980, kan de ontworpen bepaling doorgang vinden.

D. Toepassing in het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad

6. Voor wat betreft de toepassing van het ontworpen decreet in het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad, wordt in de memorie van toelichting het volgende gesteld:

"Territoriaal is dit decreet van toepassing op kinderopvang georganiseerd in de Vlaamse Gemeenschap.

In het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad geldt dit decreet slechts voor kinderopvang georganiseerd door:

- instellingen die, wegens hun organisatie, moeten worden beschouwd uitsluitend te behoren tot de Vlaamse Gemeenschap.[8]
- natuurlijke personen die opteren voor de Vlaamse organisatie van de voorschoolse kinderopvang.

De Vlaamse Gemeenschap is dus in het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad enkel bevoegd ten aanzien van bepaalde instellingen en niet t.a.v. fysieke personen.[9] Hieruit volgt dat het decreet voorschoolse kinderopvang geen verplichtingen kan opleggen aan inwoners van het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad.

---

[7] GwH 30 maart 2011, nr. 44/2011.

[8] *Voetnoot bij het citaat uit de memorie van toelichting*: Art. 128 § 2 Grondwet.

[9] *Voetnoot bij het citaat uit de memorie van toelichting*: Zie hierover het advies van de Raad van State, L. 19.193/8 van 14.11.1989, p. 57.

De toepassing van dit decreet kan voor de inwoners van het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad dus alleen maar vrijwillig zijn.10 Dit betekent dat enkel personen die ervoor opteren om een vergunning als organisator van kinderopvang aan te vragen bij Kind en Gezin, onderworpen zijn aan de voorwaarden ter zake. Zij komen dan ook in aanmerking voor een subsidie van Kind en Gezin. Wie in Brussel geen vergunning aanvraagt kan niets worden opgelegd, maar kan dan ook geen subsidies ontvangen. Aan wie in Brussel een vergunning aanvraagt en aan de voorwaarden voldoet kan noch de vergunning, noch de daaraan verbonden subsidie worden geweigerd.

Voor instellingen is het anders: aan hen kan het decreet wel worden opgelegd als zij uni-communautair georganiseerd zijn. In dat geval hebben zij geen keuze.

Instellingen die niet beschouwd kunnen worden als uitsluitend behorend tot de Vlaamse Gemeenschap, bi-communautaire instellingen, zijn niet onderworpen aan de bepalingen van dit decreet. Zij kunnen zelfs niet opteren voor de toepassing van dit decreet en dan ook geen beroep doen op subsidies die voortvloeien uit de toepassing van dit decreet. In het belang van de opgevangen kinderen door zulke organisatie, kunnen voorwaarden opgelegd worden door de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie."

7. Vooreerst dient te worden opgemerkt dat het ontworpen decreet geen bepalingen bevat die specifiek betrekking hebben op de in de memorie van toelichting geschetste wijze van toepassing in het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad. Deze lacune moet alleszins worden verholpen, zoals ook zal blijken uit wat volgt.

8. De bevoegdheid van de gemeenschappen inzake persoonsgebonden aangelegenheden in het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad is enigszins beperkt. Naar luid van artikel 128, § 2, van de Grondwet is de Vlaamse Gemeenschap er enkel bevoegd ten aanzien van instellingen, in dat gebied gevestigd, die wegens hun organisatie moeten worden beschouwd uitsluitend te behoren tot de Vlaamse Gemeenschap. De gemeenschappen zijn in het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad niet rechtstreeks bevoegd ten aanzien van natuurlijke personen. Overeenkomstig artikel 135 van de Grondwet, gelezen in samenhang met artikel 63 van de bijzondere wet van 12 januari 1989 met betrekking tot de Brusselse instellingen, oefent de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie de bevoegdheden uit die niet overeenkomstig artikel 128, § 2, van de Grondwet door de gemeenschappen (kunnen) worden uitgeoefend.

De Vlaamse Gemeenschap kan in het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad overeenkomstig artikel 128, § 2, van de Grondwet verplichtingen opleggen aan instellingen die wegens hun organisatie geacht moeten worden uitsluitend tot de Vlaamse Gemeenschap te behoren, maar natuurlijke personen kunnen niet rechtstreeks aan die verplichtingen worden onderworpen. Enkel in de mate dat zij zich vrijwillig tot dergelijke instellingen wenden op grond

[10] *Voetnoot bij het citaat uit de memorie van toelichting*: Advies van de Raad van State, L. 28.583/3 van 14.12.1998 [lees: 17.12.1998], p. 11.

van een vrije en bewuste keuze, kunnen zij door die verplichtingen getroffen worden. Een persoon die zich inlaat met kinderopvang, maar die in geen enkel georganiseerd verband werkt, kan bovendien niet als een instelling worden beschouwd in de zin van artikel 128, § 2, van de Grondwet. Enkel indien deze persoon in een bepaald verband werkt, dat zelf zodanig georganiseerd is dat blijk wordt gegeven van een band met de Vlaamse Gemeenschap, kunnen hem verplichtingen worden opgelegd in het kader van de ontworpen regeling.[11]

9. Voor wat betreft de toepassing van de ontworpen regeling in het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad moet dan ook een onderscheid worden gemaakt naargelang de organisator van kinderopvang al dan niet kan worden beschouwd als een instelling.

Instellingen die zich inlaten met kinderopvang én die wegens hun organisatie geacht moeten worden uitsluitend tot de Vlaamse Gemeenschap te behoren, zijn onderworpen aan de bepalingen van het ontworpen decreet en bijgevolg ook aan de vergunningsplicht bedoeld in artikel 4 van het ontwerp. Of deze instellingen daadwerkelijk onder de bevoegdheid van de Vlaamse Gemeenschap vallen, wordt uitgemaakt op grond van feitelijke gegevens, met name de taalkundige interne structurering van de betrokken instelling.[12] Of die instellingen publiek dan wel privaat zijn, is op zich beschouwd niet relevant.[13]

Aan personen die optreden als organisator van kinderopvang en die niet als een instelling beschouwd kunnen worden, kan de ontworpen regeling geen verplichtingen opleggen, dus ook geen vergunningsplicht. Enkel de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie is bevoegd om dergelijke verplichtingen op te leggen aan personen in het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad. Dit laatste neemt echter niet weg dat personen die optreden als organisator van kinderopvang, zich op vrijwillige basis zouden kunnen richten tot één of meer instellingen die wegens hun organisatie geacht moeten worden uitsluitend tot de Vlaamse Gemeenschap te behoren. Op onrechtstreekse wijze, met name via die instellingen, zou de Vlaamse Gemeenschap wel verplichtingen kunnen opleggen aan de betrokken personen, zolang zij zich tot die instellingen blijven richten.[14] Indien de stellers van het ontwerp van deze mogelijkheid gebruik

[11] Vgl. advies 34.339/AV van 29 april 2003 over een ontwerp dat heeft geleid tot het decreet van 21 november 2003 betreffende het preventieve gezondheidsbeleid, *Parl.St.* Vl. Parl., 2002-2003, nr. 1709/1, 155-159 en advies 49.739/VR van 28 juni 2011 over een voorontwerp van decreet houdende verplichte melding van risicovolle medische praktijken, opmerking 7. Zie ook advies 41.975/VR/3 van 20 februari 2007 over een ontwerp dat heeft geleid tot het decreet van 13 juli 2007 inzake medisch verantwoorde sportbeoefening (thans het decreet van 13 juli 2007 inzake medisch en ethisch verantwoorde sportbeoefening), *Parl.St.* Vl. Parl., 2006-2007, nr. 1217/1, 145-148.

[12] Verslag LINDEMANS-DE STEXHE, *Parl.St.* Senaat, B.Z. 1979, nr. 100-27, 18-19.

[13] J. VELAERS, *De Grondwet en de Raad van State, afdeling Wetgeving*, Antwerpen, Maklu, 1999, 418.

[14] Zie GwH 13 maart 2001, nr. 33/2001, B.4.3.

wensen te maken, dienen zij te voorzien in de mogelijkheid voor de betrokken personen om zich aan te melden bij een specifieke instelling die wegens haar organisatie geacht moet worden uitsluitend tot de Vlaamse Gemeenschap te behoren. Die instelling kan taken inzake ondersteuning en begeleiding opnemen ten aanzien van personen die in het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad als organisator van kinderopvang optreden en die om een vergunning verzoeken. Het is ook mogelijk dat de betrokken personen zich rechtstreeks bij een afdeling van Kind en Gezin in het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad of bij een andere in het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad gevestigde dienst van de Vlaamse overheid aanmelden en om een vergunning verzoeken. In beide gevallen, of de aanmelding nu gebeurt via een specifieke unicommunautaire instelling in het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad of rechtstreeks bij een dienst van de Vlaamse overheid in het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad, is het vrijwillige en ongebonden karakter van de vergunningsaanvraag een essentiële voorwaarde.

Dit laatste impliceert alleszins dat de ontworpen regeling moet worden aangepast teneinde rekening te houden met deze specifieke situatie in het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Algemene opmerkingen

A. Het vergunningstelsel en de dienstenrichtlijn

1. Toepasselijkheid van de dienstenrichtlijn

10. Aangezien kinderopvang een dienst kan uitmaken in de zin van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU) moet worden onderzocht hoe het ontwerp zich verhoudt tot de eisen van richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt (hierna: de dienstenrichtlijn).

Vooreerst moet worden uitgemaakt of het aanbieden van kinderopvang als een dienst moet worden aangemerkt waarop de dienstenrichtlijn van toepassing is. Artikel 2, lid 2, j), van deze richtlijn sluit immers van het toepassingsgebied uit: “sociale diensten betreffende sociale huisvesting, kinderzorg en ondersteuning van gezinnen of personen in permanente of tijdelijke nood, die worden verleend door de staat, door dienstverrichters die hiervoor een

opdracht (...) of een mandaat [hebben] gekregen van de staat, of door liefdadigheidsinstellingen die als zodanig door de staat zijn erkend".

Er moet bijgevolg een onderscheid gemaakt worden naargelang de aanbieder van kinderopvang de overheid zelf is, een dienstverrichter met een mandaat van de staat, een door de overheid erkende liefdadigheidsinstelling, dan wel een dienstverrichter die volledig voor eigen rekening optreedt. In advies 45.609/AV van 3 februari 2009[15] heeft de Raad van State in verband met de interpretatie van artikel 2, lid 2, j), van de dienstenrichtlijn verwezen naar het handboek voor de implementatie van de dienstenrichtlijn.[16] De Raad heeft, mede in het licht van de voorbeelden die in dat handboek worden gegeven, geconcludeerd dat voorzieningen die rechtstreeks georganiseerd worden door de overheid of door liefdadigheidsinstellingen onder de uitzondering van artikel 2, lid 2, j), van de dienstenrichtlijn vallen, maar dat het niet zeker is of die uitzondering ook geldt voor voorzieningen die een winstoogmerk nastreven en die een erkenning van de overheid hebben verkregen. Er kan immers betwijfeld worden of het enkele feit dat voorzieningen erkend worden met zich brengt dat ze geacht moeten worden een "mandaat" te hebben verkregen. Die voorzieningen zijn immers niet noodzakelijk verplicht om hun diensten te verlenen, en er is ook niets dat lijkt te beletten dat ze op een bepaald ogenblik de dienstverlening vrijwillig stopzetten.

In het licht van dat advies kan met betrekking tot het thans voorliggende ontwerp op het eerste gezicht worden geconcludeerd dat particuliere organisatoren van kinderopvang die daartoe worden erkend en gesubsidieerd door de Vlaamse Gemeenschap, wel degelijk onder de toepassing van de dienstenrichtlijn vallen. De stellers van het ontwerp zijn eveneens die mening toegedaan, zoals kan worden opgemaakt uit de memorie van toelichting, alsook uit de volgende verklaring van de gemachtigde:

> "Gezien de onduidelijkheid over het concrete toepassingsgebied van deze Europese regelgeving, is ons uitgangspunt dat de Dienstenrichtlijn van toepassing is op alle kinderopvangvoorzieningen. De richtlijn stelt principes voorop die aanleunen bij principes van goed bestuur, en elke (vergunnings)voorwaarde wordt in die zin getoetst aan de principes van noodzakelijkheid, evenredigheid, gelijkheid."

---

[15] Advies 45.609/AG van 3 februari 2009 over een ontwerp dat geleid heeft tot het decreet van het Waalse Gewest van 30 april 2009 "relatif à l'hébergement et à l'accueil des personnes âgées", *Parl.St.* W. Parl., 2008-2009, nr. 971/1, (27) 33-35, opmerking 3.3.3.

[16] Handboek voor de implementatie van de Dienstenrichtlijn, 2007, te raadplegen op http://ec.europa.eu/internal_market/services/docs/services-dir/guides/handbook_nl.pdf. Zie in het bijzonder p. 13.

2. Overeenstemming met de dienstenrichtlijn

a. Verenigbaarheid van het vergunningstelsel

11. Ervan uitgaande dat de dienstenrichtlijn van toepassing is, rijst de vraag of het vergunningstelsel bedoeld in hoofdstuk 2 van het ontwerp verenigbaar is met artikel 9 van de dienstenrichtlijn. Naar luid van die bepaling kan de toegang tot en de uitoefening van een dienstenactiviteit enkel afhankelijk worden gesteld van een vergunningstelsel indien het vergunningstelsel geen discriminerende werking heeft jegens de betrokken dienstverrichter, indien de behoefte aan een vergunningstelsel is gerechtvaardigd om een dwingende reden van algemeen belang en indien het nagestreefde doel niet door een minder beperkende maatregel kan worden bereikt, met name omdat een controle achteraf te laat zou komen om werkelijk doeltreffend te zijn.

Uit de argumentatie in de memorie van toelichting kan worden opgemaakt dat aan deze voorwaarden is voldaan. Er wordt op overtuigende wijze betoogd dat een vergunningstelsel noodzakelijk is om het beoogde niveau van kwaliteit en veiligheid van de kinderopvang te garanderen. Het vergunningstelsel wordt ingevoerd omdat gebleken is dat het thans vigerende erkenningsysteem in de praktijk niet volstaat. Er is ook geen enkele reden om aan te nemen dat kandidaat-dienstverrichters uit andere EER-lidstaten minder goed zouden worden behandeld of dat de ontworpen regeling er bewust of onbewust op gericht zou zijn om hen te ontmoedigen hun diensten hier aan te bieden.

De conclusie is dan ook dat het gebruik van een vergunningstelsel als dusdanig verenigbaar is met artikel 9 van de dienstenrichtlijn.

b. Algemene verenigbaarheid van de vergunningsvoorwaarden

12. Tevens moet worden nagegaan worden of de vergunningsvoorwaarden bedoeld in artikel 6 van het ontworpen decreet en in de uitvoeringsbesluiten ervan, voldoen aan de eisen vervat in artikel 10 e.v. van de dienstenrichtlijn. Naar luid van artikel 10, lid 2, van de richtlijn dienen de vergunningsvoorwaarden in het algemeen niet-discriminatoir te zijn, gerechtvaardigd om een dwingende reden van algemeen belang, evenredig met die reden van algemeen belang, duidelijk en ondubbelzinnig, objectief, vooraf openbaar bekendgemaakt, alsook transparant en toegankelijk.

De eigenlijke vergunningsvoorwaarden zijn op dit ogenblik nog niet bekend: artikel 6, § 1, van het ontwerp maakt gewag van een aantal limitatief opgesomde beginselen

waarvoor de concrete voorwaarden door de Vlaamse Regering moeten worden uitgewerkt. In de memorie van toelichting wordt bovendien al gealludeerd op een aantal van de beleidskeuzes die de stellers van het ontwerp voorstaan voor de nadere uitwerking van de zo-even vermelde beginselen. In hun algemeenheid, en rekening houdend met het gegeven dat ze verder zullen worden uitgewerkt in vooraf openbaar gemaakte, transparante en toegankelijke besluiten, voldoen die beginselen aan de eisen van de dienstenrichtlijn, nu ze erop gericht zijn om voor de verscheidene aspecten van kinderopvang (pedagogisch, socio-economisch, financieel, cultureel, ...) een hoog niveau van veiligheid en kwaliteit te waarborgen. Niettemin dienen er bij enkele van die beginselen toch bemerkingen te worden geformuleerd.

c. Taalkennisvereisten

13. Op grond van artikel 6, § 1, 1° en 2°, van het ontwerp dienen zowel de verantwoordelijke van de kinderopvangvoorziening als de begeleiders een actieve kennis te hebben van de Nederlandse taal.

De stellers van het ontwerp gaan er in de memorie van toelichting terecht vanuit dat het hen niet toekomt het taalgebruik te regelen in de kinderopvang, aangezien de in artikel 30 van de Grondwet gewaarborgde taalvrijheid dient te worden geëerbiedigd.[17]

In advies 49.490/AV van 24 mei 2011 heeft de Raad van State evenwel aangegeven dat het niet uitgesloten is om in aangelegenheden waar de taalvrijheid geldt een regeling van de (bereidheid tot) taalkennis uit te werken “voor zover ze ten nauwste verbonden is met een materiële bevoegdheid van de federale overheid, de gemeenschap of het gewest, en voor zover ze in overeenstemming is met de overige bepalingen van de Grondwet en van het internationaal en Europees recht, onder meer inzake het gelijkheidsbeginsel, de overige grondrechten en het beginsel van het vrij verkeer.”[18]

14. De stellers van het ontwerp zijn van oordeel dat vereisten inzake taalkennis “noodzakelijk [zijn] om een aantal doelstellingen te kunnen bereiken”.

---

[17] Zie ter zake advies 36.302/3 van 13 januari 2004 over een ontwerp dat geleid heeft tot het decreet van 30 april 2004 tot oprichting van het intern verzelfstandigd agentschap met rechtspersoonlijkheid Kind en Gezin (*Parl.St.* Vl. Parl., 2003-2004, nr. 2103/001, 57).

[18] Advies 49.490/AV van 24 mei 2011 over een voorontwerp van decreet tot regeling van het bewijs van taalkennis, vereist door de wetten op het gebruik van de talen in bestuurszaken, gecoördineerd op 18 juli 1966, en door de gewone wet van 9 augustus 1980 tot hervorming der instellingen (*Parl.St.* Vl. Parl., 2010-2011, nr. 1239/001, 30-35).

Wat betreft de actieve taalkennis van het Nederlands van de verantwoordelijke van de kinderopvangvoorziening wordt geargumenteerd dat deze "van belang [is] om onder meer de van toepassing zijnde regelgeving, richtlijnen, aanbevelingen en gehanteerde instrumenten te kunnen verstaan en toepassen op de werkvloer. Daarnaast is deze kennis ook aangewezen om vlot contact met gezinnen te kunnen aangaan. De kinderopvang dient ook ingeschakeld te worden om een actieve rol te spelen in de strijd tegen de taalachterstand".

Het komt de Raad van State voor dat deze verantwoording, zeker wat betreft het belang om de Vlaamse regelgeving, richtlijnen, aanbevelingen en gehanteerde instrumenten te kunnen verstaan en toepassen, overtuigend is in het licht van de in het hiervoor vermelde advies gestelde voorwaarden.

15. Wat de actieve taalkennis van het Nederlands van de begeleiders betreft, wordt geargumenteerd dat deze noodzakelijk is "om de jonge kinderen in hun meest gevoelige leeftijd voor taalontwikkeling op een correcte wijze te kunnen begeleiden en stimuleren in de verwerving van het Nederlands als de voertaal in de Vlaamse samenleving en als de taal van het Vlaamse onderwijs. Het [Internationaal Verdrag voor de Rechten van het Kind] stelt dat elk kind recht heeft op ontwikkeling. Het is de taak van de overheid het kind hierin te ondersteunen. Eén van de aspecten van de ontwikkeling is de taal. Het vlot kunnen spreken van een taal bevordert de deelname aan de samenleving. (…) Naast het hanteren van het Nederlands als de omgangstaal met de kinderen, is ook nodig dat de begeleider (in het kader van de identiteitsontwikkeling) ook aandacht heeft voor de thuistaal van het kind indien dit geen Nederlands is."

Het komt de Raad van State voor dat deze verantwoording problematisch is in het licht van de door artikel 30 van de Grondwet gewaarborgde taalvrijheid die inzake de kinderopvang dient te worden geëerbiedigd. Die taalvrijheid impliceert immers dat het mogelijk moet zijn om, ook in het Nederlandse taalgebied, in anderstalige kinderopvang te voorzien, net zoals het trouwens mogelijk is om in dat taalgebied in anderstalig onderwijs te voorzien, voor zover de inrichters ervan geen beroep doen op erkenning of subsidiering door de overheid.[19]

De stellers van het ontwerp geven weliswaar uitdrukkelijk aan dat ze artikel 30 van de Grondwet wensen te eerbiedigen, wat impliceert dat er ook volgens hen anderstalige kinderopvangvoorzieningen mogelijk zijn.

[19] Op grond van artikel 129, § 1, 2°, van de Grondwet kunnen de parlementen van de Vlaamse en de Franse Gemeenschap slechts het taalgebruik regelen in "het onderwijs in de door de overheid opgerichte, gesubsidieerde of erkende instellingen".

De vergunningsregeling waarin het ontworpen decreet voorziet, sluit echter uit dat er in het Nederlandse taalgebied nog private kinderopvangvoorzieningen zouden bestaan die niet aan de in het ontwerp bepaalde vereisten beantwoorden en uit de hiervoor vermelde verantwoording blijkt dat de stellers van het ontwerp de taalkennis aan alle begeleiders opleggen omdat zij ervan uitgaan dat de kinderopvang uitsluitend in het Nederlands kan gebeuren.

Indien dit inderdaad de onderliggende bedoeling is, dan schendt het ontworpen decreet artikel 30 van de Grondwet.[20] Indien dit niet de bedoeling is, dan is de verantwoording niet pertinent en schendt het ontworpen decreet de artikelen 10 en 11 van de Grondwet omdat het een onverantwoorde ongelijke behandeling instelt tussen de kinderopvangvoorzieningen met en de kinderopvangvoorzieningen zonder begeleiders met een actieve kennis van het Nederlands.

Overigens kan nog worden opgemerkt dat een dergelijke taalkennisvereiste voor begeleiders in loondienst ook een beperking inhoudt van het vrije verkeer van werknemers die slechts kan worden opgelegd onder de voorwaarden vervat in artikel 3, § 1, tweede lid, van verordening (EU) nr. 492/2011 van het Europees Parlement en de Raad van 5 april 2011 betreffende het vrije verkeer van werknemers binnen de Unie dat slechts “de wegens de aard van de te verrichten arbeid vereiste talenkennis” aanvaardt als vereiste. Aangezien inzake kinderopvang, op grond van artikel 30 van de Grondwet, de taalvrijheid geldt, zoals de stellers van het ontwerp zelf aangeven, kan bezwaarlijk worden gesteld dat de kennis van de Nederlandse taal “wegens de aard van de te verrichten arbeid” vereist is.[21]

De voorwaarde inzake taalkennis van de begeleiders maakt daardoor meteen ook een vergunningsvoorwaarde uit die in hoofde van de organisator van de kinderopvang strijdig is met het discriminatieverbod vervat in artikel 10, lid 2, van de dienstenrichtlijn.

16. In de memorie van toelichting wordt als tweede verantwoording om actieve kennis van de Nederlandse taal van de begeleiders te vereisen, aangevoerd dat ook zij “de van toepassing zijnde regelgeving, richtlijnen, aanbevelingen en de gehanteerde instrumenten correct [moeten] kunnen interpreteren en toepassen op de werkvloer”.

---

[20] In het hiervoor vermelde advies 36.302/3 stelde de Raad van State reeds het volgende: “Omdat het taalvereiste niet mag uitmonden in een opgelegd gebruik van een bepaalde taal, mag de decreetgever echter niet verder gaan dan tot het voorschrijven van wat, met het oog op de behoorlijke vervulling van de taken waarvoor een erkenning of een subsidie wordt verleend, noodzakelijk geacht kan worden.”

[21] Dit impliceert overigens niet dat de verantwoordelijke van een kinderopvangvoorziening niet zelf die taalkennis zou kunnen opleggen, gelet op de taal van de kinderen die worden opgevangen.

Het komt de Raad van State voor dat de stellers van het ontwerp hiermee een verantwoord doel van algemeen belang nastreven, doch dat het middel dat zij inzetten onevenredig is omdat dit doel ook kan worden bereikt door bv. aan de verantwoordelijke van de kinderopvangvoorziening, waarvan terecht een actieve taalkennis wordt vereist, op te leggen dat deze ervoor moet instaan dat de toepasselijke regelgeving ook door anderstalige begeleiders correct wordt toegepast en daarbij eventueel ook op te leggen dat er op de werkvloer zelf minstens één begeleider over de actieve kennis van de Nederlandse taal beschikt om de correcte toepassing ter plaatse te verzekeren.

d. Vereiste aantal begeleiders

17. In artikel 6, § 1, 2°, van het ontwerp wordt eveneens gewag gemaakt van het aantal begeleiders in functie van het aantal tegelijk aanwezige kinderen. Deze bepaling komt neer op een eis die een minimum aantal werknemers vaststelt, zoals bedoeld in artikel 15, lid 2, f), van de dienstenrichtlijn. Een dergelijke bepaling is enkel toegelaten onder de voorwaarden vervat in artikel 15, lid 3, van de richtlijn, dat een non-discriminatieverbod, een noodzakelijkheidvereiste en een evenredigheidsgebod inhoudt.

Te dezen kan echter worden aangenomen dat het waarborgen van een veilige en pedagogisch verantwoorde kinderopvang zekere minimumvereisten inzake personeelsbezetting en zekere eisen inzake de maximale groepsgrootte kunnen verantwoorden. De Raad van State kan zich hierover evenwel eerst op sluitende wijze uitspreken naar aanleiding van het onderzoek van het toekomstige uitvoeringsbesluit van deze ontworpen bepaling.

e. Niet-discriminatie en afwezigheid van bepaalde voorwerpen en tekenen

18. Op grond van artikel 6, § 1, 10°, van het ontwerp dient de organisator van de kinderopvangvoorziening te voldoen aan de voorwaarde inzake “niet-discriminatie van kinderen en gezinnen”. Daarenboven “mogen [er] geen voorwerpen of tekenen aanwezig zijn die blijk geven van discriminatie of die racistisch, xenofoob of onwettig zijn, als de aanwezige voorwerpen of tekenen een nadelige invloed op de kinderen kunnen hebben”.

Reeds eerder, en met name in de adviezen 45.217/3 van 4 november 2008[22], 45.609/AG van 3 februari 2009[23] en 48.029/3 van 27 april 2010[24] heeft de Raad van State eraan

[22] Advies 45.217/3 van 4 november 2008 over een ontwerp dat geleid heeft tot het Woonzorgdecreet van 13 maart 2009, *Parl.St.* Vl. Parl., 2008-2009, nr. 975-1, 138-141, opmerking 9.

herinnerd dat "onderwijs-, gezondheids- en welzijnsinstellingen op een religieuze of levensbeschouwelijke grondslag kunnen zijn geënt" en dat "de omstandigheid dat aan sommige van die instellingen een godsdienstig of levensbeschouwelijk engagement ten grondslag ligt, (…) nooit in strijd [is] bevonden met de Belgische Grondwet. Deze moet integendeel zo worden uitgelegd dat ze zulke initiatieven toelaat".

Vanuit dit oogpunt geeft de ontworpen bepaling aanleiding tot twee bemerkingen.

Wat de aanwezigheid betreft van tekenen die "discriminerend" zijn, weze herinnerd aan volgende bemerking die de Raad van State heeft gemaakt in het hiervoor vermelde advies 48.029/3, in verband met een analoge bepaling:

> "6. Een bijzonder probleem rijst in verband met de toepassing van de ontworpen verbodsbepalingen op voorzieningen die op ideologische doelstellingen geïnspireerd zijn (zogenaamde tendensorganisaties). Men kan zich bijvoorbeeld inbeelden dat een katholiek, een islamitisch of een joods kinderdagverblijf zich in eerste instantie op katholieke, islamitische of joodse kinderen richt en het kinderdagverblijf inricht met katholieke, islamitische of joodse voorwerpen of tekenen. De kwestie werd voorgelegd aan de gemachtigde, waarbij werd uitgegaan van het voorbeeld van een joodse organisatie. De gemachtigde heeft het volgende geantwoord:
>
> 'Joodse symbolen zullen op zich niet discriminerend, aanstootgevend, … zijn. Onze regelgeving stelt echter duidelijk dat er niet mag gediscrimineerd worden, hetgeen betekent dat een opvang in principe moet openstaan voor alle kinderen. Indien bijgevolg zou blijken dat de joodse opvang niet-joodse kinderen weigert omwille van het feit dat ze niet-joods zijn, is er wel degelijk sprake van discriminatie.
>
> De aanwezigheid van een bepaalde ideologie in een voorziening *an sich* is geen probleem, alleen mag deze geen impact hebben op de opvang.'
>
> Op het standpunt van de gemachtigde in verband met de draagwijdte van het discriminatieverbod wordt hierna ingegaan (…). Hier kan reeds worden opgemerkt dat, gelet op het feit dat het ontwerp bepaalt dat geen 'discriminerende' voorwerpen of tekenen mogen worden uitgestald en dat geloof één van de gronden van discriminatie kan zijn, het niet onmogelijk lijkt om de ontworpen bepalingen zo te interpreteren dat ze het uitstallen van ideologische voorwerpen of tekenen zonder meer verbieden Aangezien dit niet de bedoeling is van de stellers van het ontwerp, zal het ontwerp ook op dit punt moeten worden bijgewerkt."[25]

Wat de toegang tot de kinderopvangvoorzieningen betreft, volgt uit de hiervoor vermelde adviezen dat bij de beoordeling of er van discriminatie in de zin van artikel 6, § 1, 10°,

---

[23] Advies 45.609/AG van 3 februari 2009 over een ontwerp dat geleid heeft tot het decreet van het Waalse Gewest van 30 april 2009 "relatif à l'hébergement et à l'accueil des personnes âgées", *Parl.St.* W. Parl., 2008-2009, nr. 971/1, (27), 45-46.

[24] Advies 48.029 van 27 april 2010 over een ontwerp van besluit van de Vlaamse regering tot wijziging van de regelgeving inzake kinderopvang, wat betreft de bestrijding van discriminatie in de kinderopvang.

[25] Advies 48.029/3, hiervoor aangehaald, opmerking 6.

eerste zin, van het ontwerp sprake is, ermee rekening zal moeten worden gehouden dat, mede in het licht van de alternatieven voor kinderopvang in andere voorzieningen, er voor een selectief toegangsbeleid een objectieve en redelijke verantwoording kan bestaan in de mate een bepaalde levensbeschouwelijke opvatting de reële grondslag is van een kinderopvangvoorziening en een volstrekt gelijke toegang van alle kinderen daarmee niet in overeenstemming te brengen is.

f. Attest over “draagkracht”

19. Naar luid van artikel 6, § 2, van het ontwerp dient elke begeleider inzake gezinsopvang en opvang aan huis te beschikken “over een attest van een organisatie die beantwoordt aan de voorwaarden bepaald door de Vlaamse Regering, waaruit na onderzoek blijkt dat de begeleider de draagkracht heeft om alleen werkend de kinderopvang uit te oefenen”.[26]

Het is volstrekt onduidelijk wat de aard is van de “draagkracht” waarvan de begeleider aldus blijk moet geven. Daardoor wordt ook onvoldoende richting gegeven voor de inhoud van de nadere regels die de Vlaamse Regering met toepassing van artikel 6, § 5, van het ontwerp zou kunnen aannemen ter verduidelijking ervan, waardoor uiteindelijk een te ruime beoordelingsruimte wordt overgelaten aan de uitvoerende macht.

Zonder bijkomende verduidelijking is deze bepaling bovendien problematisch in het licht van artikel 10, lid 2, d), e), f) en g), van de dienstenrichtlijn, naar luid waarvan de vergunningsvoorwaarden duidelijk en ondubbelzinnig, objectief, vooraf openbaar bekendgemaakt, alsook transparant en toegankelijk dienen te zijn.

Uit de bewoordingen “een organisatie die beantwoordt aan de voorwaarden bepaald door de Vlaamse Regering” kan worden opgemaakt dat de Vlaamse Regering ook voor wat betreft die organisaties nadere bepalingen dient vast te stellen die eveneens aan de vereisten van de dienstenrichtlijn moeten beantwoorden. De gemachtigde verklaarde dienaangaande het volgende:

> “De bedoeling is dat er bij BVR criteria zullen bepaald worden waaraan een dergelijke organisatie moet voldoen, en dat ieder die aan deze criteria voldoet een soort machtiging/erkenning van Kind en Gezin kan krijgen om de draagkracht bij gezinsopvang en opvang aan huis te onderzoeken, en daartoe een attest af te leveren. Op dit ogenblik sluiten wij niemand uit, of ze nu privaat of publiek zijn, dat ze aan de inhoudelijke criteria

[26] Deze bepaling moet allicht zo worden begrepen dat de organisatie die dit attest uitreikt een onderzoek heeft ingesteld met betrekking tot die begeleider waaruit de “draagkracht” blijkt, veeleer dan dat het attest dient te worden onderzocht, zoals men uit een letterlijke lezing zou kunnen opmaken.

beantwoorden zal cruciaal zijn, om zo een redelijke garantie te geven dat ze de competentie hebben om draagkracht te onderzoeken.

Verder is dit thema in volle ontwikkeling, en kunnen we nu nog geen concrete voorwaarden/criteria doorgeven."

Aangezien deze organisaties op grond van de ontworpen bepaling een onderzoek dienen te verrichten met betrekking tot de begeleiders, lijkt het onvermijdelijk dat zij zich zullen mengen in het privéleven van de betrokkenen. Nog afgezien van de vraag of die inmenging verenigbaar is met artikel 8 van het Europees Verdrag over de rechten van de mens en met artikel 22 van de Grondwet – hetgeen zal moeten blijken uit een onderzoek van het toekomstige uitvoeringsbesluit – dient het ontworpen decreet zelf ter zake de nodige waarborgen te bieden, gelet op het legaliteitsbeginsel, vervat in de laatstgenoemde grondwetsbepaling.

B. Het subsidiëringstelsel

20. Naast een vergunningstelsel omvat de ontworpen regeling ook een subsidiëringstelsel, dat nader moet worden uitgewerkt door de Vlaamse Regering, maar waarvan het ontwerpdecreet niettemin enkele krachtlijnen bevat.

Uit de bewoordingen van artikel 8 van het ontwerp kan niet met zekerheid worden opgemaakt of een organisator met een vergunning voor gezinsopvang of voor groepsopvang er voor kan kiezen om de basissubsidie niet aan te vragen en voorts enkel de vergunningsvoorwaarden na te leven, zonder dat hij daarvoor een financiële steun ontvangt. Evenmin is duidelijk of er gevallen zijn waarin de subsidie niet wordt toegekend, ook al beantwoordt de betrokken organisator in beginsel aan de subsidiëringsvoorwaarden. In dat laatste geval moeten er immers bijzondere prioriteitsvoorwaarden worden toegevoegd aan het ontwerp.

De gemachtigde verklaarde in dit verband het volgende:

"Subsidie kan bekomen worden als voldaan is aan de subsidievoorwaarden, die vastgelegd zullen worden bij BVR, en voor bepaalde subsidie zal er een programmatie zijn gezien de eindigheid van de middelen. Er is dus op voorhand geen 'recht' op subsidie. Ook voor de basissubsidie zal er minstens een aanvraag nodig zijn, ook omdat niet elke kinderopvangvoorziening baat heeft bij het ontvangen van subsidie, om fiscale redenen. Zij kunnen er dan zelf voor kiezen om al dan niet de subsidie aan te vragen. Kind en Gezin zal die regels, bepaald bij BVR, uitvoeren.

(...)

Gezien de eindigheid van de middelen, zal er voor subsidiëring wel met programmatie gewerkt moeten worden. Wij zagen het vallen binnen de programmatie als

een subsidievoorwaarde, waar ook de algemene programmatiecriteria opgenomen kunnen worden.”

Uit deze verklaring kan worden afgeleid dat slechts een beperkt aantal subsidieaanvragen ingewilligd kunnen worden en dat er met andere woorden een kwantitatieve beperking geldt in de vorm van een programmatie. In de artikelen 3 en 28 van het ontwerp wordt gewag gemaakt van een dergelijke programmatie, maar de programmatie wordt er niet expliciet als een voorwaarde voor de toekenning van subsidies vermeld. In de mate dat die programmatie volgens de zienswijze van de stellers van het ontwerp tot gevolg kan hebben dat een subsidieaanvraag niet kan worden ingewilligd louter omdat de maximale programmatie is bereikt, moet dit met zoveel woorden worden geregeld in artikel 8 van het ontwerp (voor wat betreft de basissubsidie) en, voor zover die programmatie ook voor de andere subsidievormen dezelfde gevolgen heeft, ook in de erop volgende artikelen. Er dient met name telkens een afzonderlijke machtiging te worden verleend aan de Vlaamse Regering voor het vaststellen van de programmatie voor de betrokken subsidie. Tevens moet worden bepaald dat de subsidies enkel kunnen worden verleend binnen die aldus vastgestelde programmatie. Er zou ook kunnen worden voorzien in bepaalde objectieve voorrangsregels indien de stellers van het ontwerp van oordeel zijn dat niet louter kan worden gewerkt volgens het principe “wie eerst komt, eerst maalt”.

C. Het handhavingssysteem

1. Algemeen

21. Zoals zal blijken uit wat volgt, gaat het handhavingssysteem in het ontworpen decreet gepaard met belangrijke interferenties met de grondrechten, in het bijzonder het recht op privacy en gezinsleven. De Raad van State erkent dat een effectief handhavingssysteem, zeker in de context van opvang in privéwoningen, onvermijdelijk bepaalde beperkingen van de aangehaalde grondrechten met zich meebrengt, maar het is evenzeer de taak van de decreetgever om mits gepaste waarborgen de impact van een noodzakelijk handhavingssysteem op die grondrechten zo veel mogelijk te beperken. Het volstaat dienaangaande niet om het verlenen van die waarborgen over te laten aan de Vlaamse Regering door middel van zeer algemeen geformuleerde delegaties. De hierna volgende opmerkingen dienen begrepen te worden in het licht van deze algemene opmerking.

2. De toezichthouders

22. Naar luid van artikel 16 van het ontwerp stelt de Vlaamse Regering één of meer toezichthouders aan. Uit de memorie van toelichting kan worden opgemaakt dat in elk geval het intern verzelfstandigd agentschap Zorginspectie zal worden aangewezen; voorts wordt de mogelijkheid opengelaten om ook andere toezichthouders aan te stellen. De gemachtigde kon ermee instemmen dat in die omstandigheden beter in de tekst van het ontwerp gewag kan worden gemaakt van dit agentschap, alsook van de mogelijkheid om eventueel andere toezichthouders aan te stellen.

23. De Raad van State meent voorts een voorbehoud te moeten maken bij de mogelijkheid om een beroep te doen op andere toezichthouders in zoverre het om private ondernemingen zou gaan. Enerzijds moet erop gewezen worden dat in dat geval quasigouvernementele taken zouden worden toegewezen aan particulieren, die daarbij bovendien op grond van artikel 17, eerste lid, 5°, van het ontwerp de bijstand van de politie zouden mogen vorderen. Anderzijds moet er rekening mee worden gehouden dat toezichtdiensten wel degelijk kunnen worden beschouwd als een economische activiteit die onder het toepassingsgebied valt van het VWEU en van de dienstenrichtlijn en dat die diensten niet kunnen gelden als “werkzaamheden ter uitoefening van het openbaar gezag” die op grond van artikel 51 VWEU zijn uitgesloten van de toepassing van de bepalingen met betrekking tot de vrijheid van vestiging. Uit de ontworpen regeling kan immers worden opgemaakt dat de toezichthouder zelf geen bindende beslissingen kan nemen en enkel de controles uitvoert op basis waarvan Kind en Gezin vervolgens kan optreden. Indien men zich niet op artikel 51 VWEU kan beroepen, is het ook niet mogelijk om op grond van de uitzondering bedoeld in artikel 2, lid 2, i), van de dienstenrichtlijn (“activiteiten in het kader van de uitoefening van het openbaar gezag, als bedoeld in artikel [51 VWEU]”) te ontkomen aan de toepasselijkheid ervan. Evenmin kan een beroep worden gedaan op de uitzondering bedoeld in artikel 2, lid 2, j), van de dienstenrichtlijn, aangezien een toezichthouder niet gelijkgesteld kan worden met een verstrekker van sociale diensten. Het lijkt wel verdedigbaar dat te dezen een beroep wordt gedaan op de uitzondering voor “niet-economische diensten van algemeen belang”, bedoeld in artikel 2, lid 2, a), van de dienstenrichtlijn, maar hierover kan in de huidige stand van zaken geen uitsluitsel worden gegeven. Indien dit niet het geval is, dient de Vlaamse Regering bij het vaststellen van de in artikel 16, tweede en derde lid, van het ontwerp bedoelde nadere regels alleszins rekening te houden met de bepalingen van de dienstenrichtlijn.

24. Naar luid van artikel 16, eerste lid, van het ontwerp “[wijst] de toezichthouder (...) de toezichtpersonen aan die namens de toezichthouder het toezicht in de

kinderopvangvoorziening uitoefenen". Aangezien het begrip "toezichtpersoon" niet nader wordt gedefinieerd, kan best worden verduidelijkt of de toezichthouder de toezichtpersonen aanwijst onder zijn personeelsleden, dan wel of er ook derden kunnen worden aangewezen als toezichtpersoon. Zonder vooruit te lopen op het onderzoek van het toekomstige uitvoeringsbesluit van de ontworpen bepaling, dient nu al te worden opgemerkt dat deze laatste werkwijze de controle van de toezichthouder, bedoeld in artikel 16, tweede lid, 4°, van het ontwerp, onder meer voor wat betreft eventuele inbreuken op het recht op privacy en gezinsleven, complexer maakt.

De gemachtigde verklaarde in dit verband het volgende:

> "De definitie van 'toezichthouder' wordt best aangepast als volgt: 'een persoon die ter plaatse vaststelt of de organisator de bepalingen van dit decreet en de uitvoeringsbesluiten ervan naleeft, om Kind en Gezin daarover te adviseren'. Het kan dus eigenlijk niet gaan om een organisatie, de gebruikelijke betekenis van dit begrip is namelijk voorbehouden aan levende wezens, die ook dragers zijn van toezichtrechten. Het kan gaan om personen van Zorginspectie als om andere personen die deze bevoegdheid gekregen hebben."

Deze voorgestelde werkwijze komt erop neer dat het begrip "toezichtpersoon" wordt geïntegreerd in de definitie van het begrip "toezichthouder". Hierdoor wordt evenwel de rol van de toezichthouder en van de toezichtpersoon vermengd, wat aanzienlijke gevolgen zou hebben voor de systematiek van de ontworpen regeling. Bovendien is het zinvol dat er boven de individuele toezichtpersonen een overkoepelende entiteit bestaat, die zowel in het nodige gezag, leiding en toezicht kan voorzien als in de noodzakelijke logistieke ondersteuning. Daarom verdient het aanbeveling om de twee begrippen afzonderlijk te definiëren en alleszins in het ontwerp meer duidelijkheid te scheppen over de aanwijzing van de toezichtpersonen.

3. <u>De toezichtrechten</u>

25. Bij artikel 17, eerste lid, van het ontwerp worden aan de toezichthouders een rist toezichtrechten toegekend "waarvan de toezichtpersoon alleen gebruikmaakt als dat nuttig is om de toezichtopdracht te vervullen". Het in de ontworpen bepaling gebezigde criterium "nuttig" is evenwel te vaag om als rechtvaardigingsgrond te dienen voor de soms aanzienlijke interferenties die de uitoefening van deze toezichtrechten voor het recht op privacy en gezinsleven inhoudt, ook al wordt in de memorie van toelichting ter zake benadrukt dat er steeds rekening moet worden gehouden met het proportionaliteitsbeginsel.[27] Het verdient dan ook aanbeveling om het criterium

[27] Zie ook de kritiek ter zake in advies nr. 10/2011 van 25 mei 2011 van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, opmerking 29.

“nuttig” te vervangen door “noodzakelijk” en om zowel de finaliteit van het toezicht als het proportionaliteitsbeginsel uitdrukkelijk op te nemen in de ontworpen regeling.[28]

26. Op grond van artikel 17, eerste lid, 1°, van het ontwerp hebben de toezichthouders het recht “om op elk moment elke plaats te betreden”. Er wordt verduidelijkt dat voor wat betreft bewoonde lokalen die voor kinderopvang dienen de toestemming vereist is van de persoon die de lokalen bewoont, allicht rekening houdende met het gegeven dat sommige vormen van kinderopvang in privéwoningen worden georganiseerd. In de memorie van toelichting wordt daar nog aan toegevoegd dat “het volledige toegangsrecht beperkt [is] tot plaatsen en uren die met de toezichtopdracht verband houden”. Van die beperking tot bepaalde plaatsen en periodes wordt evenwel geen gewag gemaakt in de tekst van het ontwerp. Deze lacune dient te worden verholpen.

De stellers van het ontwerp moeten daarbij ook rekening houden met de hypothese dat er naast de persoon die zich inlaat met kinderopvang in een privéwoning, ook andere medebewoners kunnen zijn. Aangezien de organisator van kinderopvang door de aanvraag van een vergunning toestemming geeft om controlebezoeken uit te laten voeren in de bewoonde lokalen die voor kinderopvang dienen, is te dezen vooral de toestemming van eventuele medebewoners doorslaggevend. Uit artikel 17, eerste lid, 1°, van het ontwerp kan niet op eenduidige wijze worden opgemaakt of aan medebewoners het recht wordt verleend zich te verzetten tegen een controlebezoek voor de lokalen die zij (mee)bewonen. Dit kan beter worden geëxpliciteerd in de tekst van het ontwerp. Overigens staat het aan de stellers van het ontwerp om aan een weigering van een controlebezoek door medebewoners de gepaste gevolgen te verbinden wat betreft de aanmaning en de bestuurlijke maatregelen die erop kunnen volgen, voor zover die proportioneel zijn met deze weigering.

27. Artikel 17, eerste lid, 2°, van het ontwerp voorziet in de mogelijkheid voor de toezichthouders om inzage te krijgen in documenten en andere informatiedragers en om er zich kosteloos een kopie van te laten verstrekken of die zelf te maken, alsook om de informatiedragers voor korte tijd mee te nemen.

De draagwijdte van deze bepaling is aanzienlijk, nu veel van de in de memorie van toelichting aangehaalde informatiedragers onvermijdelijk ook informatie bevatten die tot de privésfeer behoort en die niet als “nuttig” (lees: noodzakelijk) kan worden beschouwd voor de

[28] De stellers van het ontwerp kunnen hiervoor inspiratie zoeken in de artikelen 18 (finaliteitsbeginsel) en 19 (proportionaliteitsbeginsel) van het Sociaal Strafwetboek.

toezichtopdracht. De Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer merkt in haar advies[29] dan ook terecht op dat de ontworpen bepaling overeenkomt met een zoeking in een informaticasysteem,[30] waarvoor een bevel van een onderzoeksrechter vereist is. Op zijn minst dient een dergelijk ruim geformuleerd toezichtrecht met meer decretale waarborgen te worden omringd.

28. Op grond van artikel 17, eerste lid, 3°, van het ontwerp heeft de toezichthouder "het recht om vaststellingen te doen met behulp van audiovisuele middelen". Daarbij wordt niet verduidelijkt wie of wat gefotografeerd of gefilmd mag worden en met welk doel en hoe dat audiovisueel materiaal moet worden verwerkt. Gelet op de evidente impact van dit toezichtrecht op het recht op privacy en gezinsleven, onder meer ook van de eventueel aanwezige kinderen, dient de uitoefening ervan nader geregeld te worden in het ontworpen decreet.

29. Het is niet duidelijk of het recht van onderzoek van zaken, bedoeld in artikel 17, eerste lid, 4°, van het ontwerp gelijkgesteld kan worden met een recht van zoeking. De memorie van toelichting biedt geen duidelijkheid over de vraag welke zaken al dan niet onderzocht kunnen worden en hoe voor het toezicht relevante zaken gevonden kunnen worden. Het begrip "onderzoek" wordt alleszins ruim begrepen, want er wordt gewag gemaakt van de mogelijkheid van monsterneming en analyse. Deze mogelijkheden dienen alleszins uitdrukkelijk in de ontworpen bepaling te worden geregeld.

4. <u>Bestuurlijke maatregelen</u>

30. Overeenkomstig artikel 21 van het ontwerp heeft de opschorting of de sluiting van de kinderopvangvoorziening eerst gevolg vanaf de dag die volgt op de datum van de beslissing.

Vooreerst dient te worden opgemerkt dat de betekening of bekendmaking van deze beslissing niet wordt geregeld in het ontwerp. Deze lacune moet worden verholpen, desgevallend in het toekomstige uitvoeringsbesluit van de ontworpen bepaling.

De keuze van de stellers van het ontwerp om de opschorting of de sluiting eerst de volgende dag uitwerking te laten hebben is blijkens de memorie van toelichting ingegeven door de bezorgdheid om "de voorziening toe te laten de werking stop te zetten zonder de kinderen

[29] Aangehaald advies nr. 10/2011 van 25 mei 2011, opmerking 29.

[30] Artikel 88*ter* van het Wetboek van strafvordering.

stante pede op straat [te] moeten zetten". De Raad van State vraagt zich af of toch niet moet worden voorzien in de mogelijkheid om in uitzonderlijke gevallen de opschortings- of sluitingsbeslissing onmiddellijk te laten uitvoeren, bijvoorbeeld wanneer er een imminent en ernstig gevaar is voor de gezondheid of de veiligheid van de kinderen. In dat geval zou dan wel voorzien moeten worden in een regeling die de onmiddellijke opvang van de betrokken kinderen waarborgt.

5. Bestuurlijke geldboete

31. In artikel 23 van het ontwerp, dat de decretale basis vormt voor het opleggen van bestuurlijke geldboeten door Kind en Gezin, wordt in het tweede lid voorzien in een verjaringstermijn van zes maanden, "te rekenen vanaf de dag van de vaststelling van de inbreuk door de toezichthouders, vermeld in artikel 16". Die regeling is dubbelzinnig, aangezien uit artikel 18 van het ontwerp kan worden opgemaakt dat het verslag van de toezichtpersoon en de eventuele opmerkingen van de organisator eerst aan de toezichthouder worden bezorgd, die ze uiteindelijk aan Kind en Gezin bezorgt. Indien in artikel 23, tweede lid, van het ontwerp wordt gerefereerd aan de vaststelling ter plaatse door de toezicht*persoon* (en niet de toezichthouder), dient dit te worden gepreciseerd.

32. Nog volgens artikel 23, tweede lid, van het ontwerp kan de bestuurlijke geldboete slechts worden opgelegd nadat de betrokken organisator werd gehoord. Hoewel de tekst op dit punt niet expliciet is, volstaat het in dit verband niet dat de organisator de kans heeft gekregen om schriftelijke opmerkingen te maken over het verslag van de toezichtpersoon op grond van artikel 18, eerste lid, van het ontwerp, maar moet het gaan om een afzonderlijke mogelijkheid voor de organisator om gehoord te worden over de vermeende inbreuk en over de hoogte van de boete. Daarbij dient ook te worden verduidelijkt of de organisator zich mag laten bijstaan of vertegenwoordigen door een advocaat of door een derde.

D. De verwerking van persoonsgegevens

33. Hiervoor (zie opmerking 4) werd er al op gewezen dat de gegevens die op grond van artikel 24 van het ontwerp kunnen worden verzameld en verwerkt, betrekking kunnen hebben op persoonsgegevens, waaronder gerechtelijke gegevens in de zin van artikel 8 van de wet bescherming persoonsgegevens en eventueel persoonsgegevens die de gezondheid betreffen als bedoeld bij artikel 7 van dezelfde wet. De ontworpen regeling houdt dientengevolge een beperking in van het recht op eerbiediging van het privé- en gezinsleven, dat niet alleen is

gewaarborgd bij artikel 22 van de Grondwet, maar ook bij artikel 8 van het Europees Verdrag over de rechten van de mens, artikel 17 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten en artikel 16 van het Internationaal Verdrag inzake de rechten van het kind. Op grond van die bepalingen heeft eenieder – of in het geval van het laatstgenoemde verdrag, het kind – recht op bescherming tegen inmengingen in het recht op eerbiediging van het privéleven, onder meer ten gevolge van de verwerking van persoonsgegevens. Voor de verwerking van persoonsgegevens gelden bovendien specifieke regelingen, in het bijzonder het Europees Verdrag tot bescherming van personen ten opzichte van de geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens, ondertekend te Straatsburg op 28 januari 1981 en goedgekeurd bij wet van 17 juni 1991, en de wet bescherming persoonsgegevens, die ook van toepassing is op de Vlaamse Gemeenschap, onverminderd de bevoegdheid van deze laatste om ter zake strengere, specifieke regels uit te vaardigen (zie daarover opmerking 4). Ook 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 dient rekening te worden gehouden.

Aangezien de wet bescherming persoonsgegevens de concretisering inhoudt van de zo-even genoemde internationaal- en supranationaalrechtelijke normen, dient het ontwerp in de eerste plaats te worden getoetst aan deze wet.

Er zijn verscheidene bepalingen in het ontwerp die betrekking hebben op de verwerking van persoonsgegevens, maar artikel 24 van het ontwerp is de enige bepaling waarin expliciet melding wordt gemaakt van de verzameling en verwerking van gegevens. Ook deze bepaling is bijzonder algemeen geformuleerd en komt er in wezen op neer dat de Vlaamse Regering alle nadere regels bepaalt met betrekking tot de verzameling van gegevens door de organisator en de verwerking ervan door Kind en Gezin. Een dergelijke algemene bepaling schiet ruimschoots tekort in het licht van de zo-even aangehaalde regelingen, onder meer in het licht van het legaliteitsbeginsel vervat in artikel 22 van de Grondwet. Het ontwerp dient bijgevolg op verscheidene punten te worden aangevuld, zoals hierna zal worden uiteengezet.

Er kan hier ook worden herinnerd aan hetgeen hiervoor (opmerking 4) werd uiteengezet met betrekking tot de bevoegdheid van de Vlaamse Gemeenschap, namelijk dat de wet bescherming persoonsgegevens een door de federale wetgever uitgevaardigde regel ter bescherming van het privé- en gezinsleven inhoudt, die door de Vlaamse Gemeenschap in acht moet worden genomen op straffe van bevoegdheidsoverschrijding.

34. In de eerste plaats moet in het ontwerp duidelijk worden bepaald welke instanties de persoonsgegevens zullen verwerken. De vermelding van de organisator en van Kind en Gezin

in artikel 24 van het ontwerp volstaat alleszins niet, aangezien ook de toezichthouders, de in artikel 6, § 2, van het ontwerp bedoelde organisaties en mogelijk ook de lokale loketten voor kinderopvang bepaalde persoonsgegevens verzamelen en/of verwerken.[31]

35. De betrokken persoonsgegevens dienen voor welbepaalde, uitdrukkelijk omschreven en gerechtvaardigde doeleinden te worden verkregen en mogen niet worden verwerkt op een wijze die onverenigbaar is met die doeleinden.[32] De verzameling van de persoonsgegevens moet bovendien ter zake dienend en niet overmatig zijn.[33] De doelstellingen van de verzameling en de verwerking van de betrokken persoonsgegevens dienen in elk geval in het ontwerp te worden omschreven. De categorieën van persoonsgegevens die verzameld en verwerkt worden, moeten eveneens worden vermeld, alsook de bewaartermijn van die gegevens.

Ook op deze punten schiet de ontworpen regeling te kort. De doelstellingen van het verwerken van de persoonsgegevens worden nergens expliciet bepaald, evenmin als de bewaartermijn van die gegevens. Welke persoonsgegevens worden verzameld en verwerkt, wordt volledig aan de Vlaamse Regering overgelaten. Deze laatste vaststelling klemt des te meer nu de verwerking van bepaalde persoonsgegevens door de wet bescherming persoonsgegevens principieel verboden is, zoals bijvoorbeeld persoonsgegevens waaruit de raciale of etnische afkomst of de godsdienstige of levensbeschouwelijke overtuiging blijken[34] of persoonsgegevens die de gezondheid betreffen of die betrekking hebben op gerechtszaken of op misdrijven.[35] Het volstaat alleszins niet ervan uit te gaan dat de Vlaamse Regering in het toekomstige uitvoeringsbesluit van artikel 24 van het ontwerp al deze wettelijke beperkingen wel in acht zal nemen; in de mate dat het gaat om beperkingen van het recht op privé- en gezinsleven dient de decreetgever zelf voldoende waarborgen te bieden, veeleer dan de hele nadere regeling ter zake op te dragen aan de uitvoerende macht.

Deze opmerkingen gelden evenzeer voor de overige bepalingen van het ontwerp waarin gewag wordt gemaakt van informatie die moet worden verstrekt of die kan worden opgevraagd met het oog op de vergunning en subsidiëring van en het toezicht op kinderopvang.

---

[31] Zie ook advies nr. 10/2011 van 25 mei 2011 van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, opmerking 8.

[32] Zie artikel 4, § 1, 2°, van de wet bescherming persoonsgegevens.

[33] Zie artikel 4, § 1, 3°, van de wet bescherming persoonsgegevens.

[34] Zie artikel 6 van de wet bescherming persoonsgegevens.

[35] Zie de artikelen 7 en 8 van de wet bescherming persoonsgegevens.

Voorts dienen de stellers van het ontwerp zich ervan te vergewissen dat de aldus nog verder uit te werken decretale regeling met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens strookt met de meer specifieke vereisten vervat in de artikelen 6, § 2, 7, § 2, en 8, § 2, van de wet bescherming persoonsgegevens.[36]

Ten slotte kan worden aanbevolen om in de memorie van toelichting uiteen te zetten op welke beleidsmatige overwegingen de stellers van het ontwerp zich baseren om de verzameling en de verwerking van persoonsgegevens toe te laten en hoe de hiervoor aangehaalde bepalingen van de wet bescherming persoonsgegevens in acht werden genomen.

E. Slotbepalingen

36. De omzetting van rechtswege van bestaande erkenningen, toestemmingen, attesten en subsidies in nieuwe vergunningen respectievelijk subsidies overeenkomstig artikel 35 van het ontwerp dient ongetwijfeld de rechtszekerheid. Bij de nadere uitwerking van de voorwaarden en termijnen door de Vlaamse Regering zal wel rekening moeten worden gehouden met de verschillende situaties waarin organisatoren van kinderopvang zich thans kunnen bevinden. Indien de rechtsgevolgen van de nieuwe regeling nadeliger of strenger zijn voor de betrokken organisator, dient alleszins in een voldoende overgangstermijn te worden voorzien, zodat deze over voldoende tijd beschikt om zich te kunnen afstemmen op die nieuwe regeling.

37. In de artikelen 35 en 36 van het ontwerp wordt geen gewag gemaakt van een overgangsmaatregel voor organisatoren van kinderopvang die tot dusver geen enkele erkenning of subsidiëring genoten en die voortaan wel aan de vergunningsplicht zullen worden onderworpen. Zij dienen over de nodige tijd te beschikken om zich voor te bereiden op de nieuwe regeling en om een vergunning aan te vragen, zodat zij hun activiteiten ononderbroken kunnen voortzetten, weliswaar conform de nieuwe regeling. Bij het bepalen van de datum van inwerkingtreding ter uitvoering van artikel 36 van het ontwerp moet daarmee in het bijzonder rekening worden gehouden, opdat niet op onevenredige wijze afbreuk zou worden gedaan aan de vrijheid van handel en nijverheid.

[36] Zie ook advies nr. 10/2011 van 25 mei 2011 van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, opmerkingen 14 tot 17 en 19 e.v.

F. Overtollige delegaties

38. In verscheidene bepalingen van het ontwerp[37] wordt de Vlaamse Regering gemachtigd om de nadere regels te bepalen, zonder dat wordt verduidelijkt waarop die nadere regels precies betrekking hebben. Een aldus gestelde bepaling voegt niets toe aan de algemene uitvoeringsbevoegdheid van de Vlaamse Regering bedoeld in artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 en kan dan ook beter worden weggelaten. Indien het toch de bedoeling is om de Vlaamse Regering uitdrukkelijk te machtigen om welbepaalde uitvoeringsmaatregelen te treffen, moet in de betrokken bepalingen worden verduidelijkt over welke aspecten het gaat, zodat ten minste de essentiële beginselen ervan vaststaan.

Bijzondere opmerkingen

Artikel 3

39. Artikel 3 is een erg dubbelzinnige en onduidelijke bepaling, in het bijzonder voor wat het eerste tot het derde lid betreft. De gemachtigde verklaarde in dat verband het volgende:

> "De bepaling is niet normatief, niet juridisch afdwingbaar voor de rechtsonderhorigen/de gezinnen. Het gaat wel om een belangrijk politiek engagement.
>
> Artikel 3 gaat over 'doelstellingen en beginselen'."

Nog afgezien van de vraag of niet-normatieve bepalingen op hun plaats zijn in de ontworpen regeling, dient te worden vastgesteld dat artikel 3 van het ontwerp verscheidene delegaties bevat aan de Vlaamse Regering om nadere regels uit te werken, hetgeen moeilijk te rijmen valt met het standpunt dat het om een niet-normatieve bepaling gaat die enkel een politiek engagement zou bevatten.

Deze opmerking klemt des te meer nu naar luid van artikel 3, tweede lid, eerste zin, "[v]oor alle gezinnen die behoefte hebben aan kinderopvang, (...) een recht op kinderopvang [geldt]". Volgens haar bewoordingen houdt die bepaling een subjectief en onvoorwaardelijk recht in op kinderopvang, althans voor zover het betrokken gezin daar behoefte aan heeft. Uit de erop volgende bepalingen en uit de memorie van toelichting kan evenwel worden opgemaakt dat hetgeen op het eerste gezicht een "recht" op kinderopvang is, in wezen een

[37] Zie de artikelen 5, derde lid, 6, § 5, 7, tweede lid, 8, tweede lid, 11, tweede lid, 12, tweede lid, 13, tweede lid, 14, vierde lid, 17, tweede lid, 18, tweede lid, 19, derde lid, en 22, derde lid.

beleidsintentieverklaring is, die allerminst bedoeld is als een subjectief recht in hoofde van elk gezin dat behoefte heeft aan kinderopvang.

De Raad van State adviseert dan ook om artikel 3, eerste tot derde lid, weg te laten uit het ontwerp. De intentieverklaringen die ermee worden beoogd, worden reeds op afdoende wijze weergegeven in de memorie van toelichting, waar ze ook op hun plaats zijn.

40. Artikel 3, vierde lid, van het ontwerp voegt niets toe aan hetgeen reeds in artikel 14 wordt bepaald met betrekking tot de lokale loketten voor kinderopvang en kan bijgevolg ook beter worden weggelaten uit het ontwerp.

41. Artikel 3, vijfde en zesde lid, van het ontwerp bevat wel degelijk normatieve bepalingen, die in wezen betrekking hebben op de voorrangsregels voor de toegang tot kinderopvang en op de programmatie van subsidies voor kinderopvangvoorzieningen. Artikel 3, vijfde lid, lijkt evenwel niets toe te voegen aan de delegaties aan de Vlaamse Regering die reeds voorkomen in de artikelen 9 en 10 en kan dan ook beter worden weggelaten. Artikel 3, zesde lid, kan beter worden overgeheveld naar hoofdstuk 3 van het ontwerp, dat over die subsidieregeling handelt.[38]

Artikel 4

42. Uit artikel 4, eerste lid, van het ontwerp kan weliswaar worden opgemaakt dat het gaat om “vergunningen van Kind en Gezin”, maar het is beter om met zoveel woorden te bepalen dat Kind en Gezin daadwerkelijk instaat voor het uitreiken van de vergunning, net zoals dit in artikel 20, eerste lid, wordt bepaald voor de wijziging, de schorsing, de opheffing en de intrekking ervan. Daartoe kan artikel 4, derde lid, van het ontwerp best als volgt worden geredigeerd: “Een vergunning wordt toegekend *door Kind en Gezin* als ...”.

Het verdient eveneens aanbeveling om deze taak van Kind en Gezin uitdrukkelijk te vermelden bij diens decretaal bepaalde taken inzake de regie van kinderopvang (zie opmerking 56).

[38] Zie daarover ook opmerking 20.

43. In de memorie van toelichting wordt gewag gemaakt van een maatregel die door Kind en Gezin kan worden opgelegd indien een kinderopvangvoorziening nalaat de stopzetting van haar werking te melden. Artikel 4 van het ontwerp bevat daarover evenwel geen bepalingen. De gemachtigde antwoordde in dat verband het volgende:

> "De organisator meldt tijdig de tijdelijke of definitieve stopzetting van de kinderopvang, *wat gevolgen heeft voor de vergunning*, aan Kind en Gezin en aan de gezinnen. De passage in italic zou toegevoegd kunnen worden, want het is de bedoeling dat dit uitgewerkt wordt bij BVR."

Het valt te betwijfelen of de schorsing of de intrekking van de vergunning een effectieve sanctie zal blijken voor een kinderopvangvoorziening die geen behoefte meer heeft aan een vergunning. Indien het de bedoeling is de Vlaamse Regering te machtigen om een sanctie uit te werken voor de niet-tijdige melding van de stopzetting van kinderopvang, moet daarvan uitdrukkelijk melding worden gemaakt in de delegatiebepaling vervat in artikel 4, vijfde lid.

44. In artikel 4, vijfde lid, van het ontwerp kan beter uitdrukkelijk melding worden gemaakt van "de procedures voor de aanvraag, de toekenning, de wijziging, de schorsing en de opheffing[39] van de vergunning", veeleer dan van "de procedures voor de vergunning". Overigens wordt in de memorie van toelichting ten onrechte geen gewag gemaakt van de schorsing van de vergunning (zie immers artikel 20, eerste lid, van het ontwerp).

Artikel 5

45. Hiervoor is al gewezen op het overtollige karakter van delegaties aan de Vlaamse Regering die niet nader zijn gepreciseerd (zie opmerking 38). Daarbij werd als voorbeeld onder meer artikel 5, derde lid, van het ontwerp aangehaald. Voor wat deze bepaling betreft, verklaarde de gemachtigde evenwel het volgende:

> "Op decretaal niveau worden de gegevens opgenomen die de essentie van de vergunning bevatten. Het is de bedoeling om bij BVR de nadere/eventuele andere gegevens te kunnen bepalen.
>
> Decretaal zou evenwel best reeds verduidelijkt worden wat verstaan wordt onder 'aantal vergunde kinderopvangplaatsen', dat is het maximum aantal kinderen dat tegelijk kan opgevangen worden in de kinderopvangvoorziening. Er mogen dus nooit meer kinderen tegelijk aanwezig zijn dan het aantal plaatsen dat is vergund, op overmacht na (overmachtsituaties kunnen echter niet regelgevend worden vastgelegd).

[39] Voor wat betreft de niet-vermelding van de intrekking van de vergunning: zie opmerking 54.

> Het is de bedoeling dat wanneer één van die essentiële gegevens wijzigt, er dan geen voldoende grond meer is voor de vergunning in kwestie, en dat dus de vergunning aangepast of stopgezet moet worden. Het gaat om de gegevens die decretaal zijn vastgelegd."

In het licht van deze toelichting lijkt het aangewezen om enerzijds de delegatie aan de Vlaamse Regering in artikel 5, derde lid, van het ontwerp uitdrukkelijk te beperken tot het vaststellen van de vermeldingen op de vergunning en anderzijds een nieuw vierde lid toe te voegen, dat luidt als volgt:

"Indien de in het eerste of tweede lid genoemde gegevens zoals vermeld op de uitgereikte vergunning niet meer met de werkelijkheid overeenstemmen of indien er anderszins aanleiding bestaat om die gegevens te wijzigen, moet een nieuwe vergunning worden aangevraagd volgens de procedure bedoeld in artikel 4, laatste lid."

Artikel 6

46. De vraag rijst of de twaalf categorieën van vergunningsvoorwaarden bedoeld in artikel 6, § 1, van het ontwerp exhaustief dienen te zijn. Zoals deze bepaling thans is geredigeerd, is dit inderdaad het geval, maar het is niet helemaal zeker of dit strookt met de bedoeling van de stellers van het ontwerp. Indien het de bedoeling zou zijn dat de Vlaamse Regering nog bijkomende categorieën van vergunningsvoorwaarden kan opleggen dan moet daartoe een uitdrukkelijke delegatie worden verleend, veeleer dan de algemene en overbodige delegatie vervat in artikel 6, § 5 (zie daarover opmerking 38). In dat laatste geval zou bovendien tenminste in grote lijnen moeten worden geschetst waaruit die bijkomende categorieën van vergunningsvoorwaarden zouden bestaan, onder meer gelet op hetgeen hiervoor reeds werd uiteengezet met betrekking tot de overeenstemming van de ontworpen regeling met de dienstenrichtlijn (opmerking 12).

47. In artikel 6, § 3, van het ontwerp schrijve men "paragraaf 1, 12°" in plaats van "het eerste lid, 12°".

Artikel 7

48. Voor wat betreft de informatie die de organisator moet bezorgen aan de in artikel 7 van het ontwerp genoemde instanties, moet worden verwezen naar hetgeen hiervoor werd uiteengezet met betrekking tot de overeenstemming met de wet bescherming persoonsgegevens

(opmerkingen 33 tot 35). De ontworpen bepaling dient te worden aangevuld met de elementen die reeds in opmerking 35 werden vermeld. Het is ook mogelijk om dit aspect van de ontworpen bepaling over te hevelen naar artikel 24 van het ontwerp, dat zelf grondig moet worden herzien, zoals in die opmerking werd uiteengezet.

Artikel 9

49. In artikel 9 van het ontwerp wordt gerefereerd aan groepen die bij voorrang toegang hebben tot de erin vermelde vormen van kinderopvang. Deze bepaling doet vragen rijzen vanuit het oogpunt van het gelijkheidsbeginsel, namelijk voor wat betreft de gelijke toegang van gezinnen tot de in het ontwerp geregelde kinderopvang.

De gemachtigde verklaarde in dat verband het volgende:

> "Het geven van voorrang zal een verantwoordelijkheid zijn van de kinderopvangvoorzieningen. Enkel die kinderopvangvoorzieningen die wezenlijke subsidie krijgen van de Vlaamse overheid zullen verplicht zijn om voorrang te geven aan bepaalde doelgroepen, die wel omschreven zullen worden. Het gaat om die doelgroepen die zonder deze voorrang nauwelijks of niet een plaats in de gesubsidieerde kinderopvang zouden hebben. Het is noodzakelijk dat sommige doelgroepen (zoals kansarmen) in de gesubsidieerde kinderopvang terecht kunnen om diverse redenen: de kinderen uit die doelgroepen hebben extra nood aan omkaderde kinderopvang, en deze gezinnen hebben extra nood aan inkomensgerelateerde kinderopvang (niet alle kinderopvangvoorzieningen zullen inkomensgerelateerd werken). Het gelijkheidsbeginsel zal gerespecteerd worden doordat de doelgroepen aan wie voorrang verleend zal worden, op basis van objectieve criteria beschreven zullen zijn, waardoor duidelijk zal zijn wie aan die criteria zal beantwoorden; alle gezinnen die aan deze criteria beantwoorden zullen op gelijke wijze behandeld worden, en zullen voorrang genieten."

De overheid vermag een beleid inzake positieve discriminatie te voeren ten voordele van achtergestelde doelgroepen die zonder corrigerende maatregelen moeilijker toegang krijgen tot kinderopvang, teneinde die bestaande feitelijke ongelijkheid inzake toegang tot kinderopvang weg te werken. Zoals de gemachtigde zelf uiteenzet, dienen die doelgroepen volgens duidelijke en objectieve criteria te worden aangewezen. De beoogde corrigerende maatregelen moeten alleszins verdwijnen van zodra het door de decreetgever beoogde doel zou zijn bereikt en mogen niet onnodig andermans rechten beperken, namelijk het recht op toegang tot kinderopvang voor andere gezinnen.[40] Alleszins dienen de uitvoeringsbesluiten van de ontworpen bepaling in het licht van die beginselen te worden uitgewerkt.

Deze opmerking geldt eveneens voor artikel 10 van het ontwerp.

[40] GwH 27 januari 1994, nr. 9/94, B.6.2; GwH 14 juli 1997, nr. 42/97, B.20.

Artikelen 10 en 11

50. Uit de opmerkingen van de gemachtigde blijkt dat het de bedoeling is dat net als de subsidies bedoeld in de artikelen 8 en 9 van het ontwerp, de subsidies bedoeld in de artikelen 10 en 11 worden toegekend door Kind en Gezin. Dit moet worden gepreciseerd in de laatstgenoemde bepalingen.

Artikelen 12 en 13

51. Zoals de artikelen 12 en 13 thans zijn geformuleerd, is het de Vlaamse Regering die de erin bedoelde subsidies toekent. De gemachtigde verklaarde in dat verband evenwel het volgende:

> "Voor alle bepalingen rond toekennen subsidie, is het de bedoeling dat Kind en Gezin zal uitkeren, op basis van criteria bepaald bij BVR."

Indien dit de bedoeling is van de stellers van het ontwerp, dienen de artikelen 12 en 13 te worden herwerkt zodat uitdrukkelijk wordt bepaald dat Kind en Gezin de subsidie toekent. Desgevallend kan worden voorzien in een delegatie aan de Vlaamse Regering, onder meer inzake de subsidievoorwaarden, die meer specifiek geformuleerd dient te zijn dan thans het geval is in het tweede lid van elk van deze artikelen (zie daarover ook opmerking 38).

Artikel 15

52. Bij artikel 15 van het ontwerp wordt de Vlaamse Regering gemachtigd om "nadere regels [te] bepalen om vernieuwende projecten inzake kinderopvang te organiseren en te subsidiëren". Deze delegatie is zo ruim en algemeen opgevat dat de Vlaamse Regering eender welke nieuwe vorm van subsidiëring inzake kinderopvang kan uitwerken. Op zijn minst moeten die vernieuwende projecten nader worden omschreven. Voorts moet meer precies worden omschreven welke aspecten van de regeling, bijvoorbeeld inzake de subsidievoorwaarden, aan de Vlaamse Regering worden gedelegeerd.

53. Het is niet duidelijk wie de in artikel 15 van het ontwerp bedoelde subsidie toekent. Indien het de bedoeling is dat Kind en Gezin hierover beslist, moet dit uitdrukkelijk worden bepaald.

Artikel 20

54. In de mate dat in artikel 20 van het ontwerp gewag wordt gemaakt van de intrekking van de vergunning door Kind en Gezin, rijst de vraag wat precies de rechtsgevolgen van die intrekking zijn in vergelijking met de opheffing van de vergunning. De gemachtigde verklaarde hieromtrent het volgende:

> "Het begrip 'intrekken' slaat op de terugwerkende kracht, maar wij zouden deze 'intrekkingsmogelijkheid' eigenlijk willen schrappen, gezien een sanctie genomen moet worden wanneer er zich een probleem stelt, en vanaf dan. De mogelijkheid tot 'opheffen' moet volstaan."

De Raad van State kan deze bedenking van de gemachtigde alleen maar bijvallen. Het doen verdwijnen van een vergunning met terugwerkende kracht zou onder meer delicate vragen doen rijzen in het licht van het vertrouwensbeginsel. Er kan dan ook beter van worden afgezien.

Artikel 21

55. Aangezien de tweede en de derde zin van artikel 21, derde lid, van het ontwerp zowel betrekking hebben op de hypothese bedoeld in het derde lid, eerste zin, als op die in het eerste en het tweede lid, dienen die tweede en derde zin te worden omgevormd tot een afzonderlijk vierde lid.

Artikel 28

56. Bij de taken van Kind en Gezin inzake de regie van kinderopvang kan ook best uitdrukkelijk melding worden gemaakt van de taak inzake de vergunningen door het woord "toelaten" in het ontworpen artikel 6, § 1, 2°, van het decreet van 30 april 2004 tot oprichting van het intern verzelfstandigd agentschap met rechtspersoonlijkheid Kind en Gezin te vervangen door het woord "vergunnen" (zie ook opmerking 42).

Artikel 29

57. De term "basisschool" wordt niet gedefinieerd in het ontworpen artikel 14, eerste lid, van het decreet van 30 april 2004. Er kan dan ook best in de ontworpen bepaling een verwijzing worden opgenomen naar de definitie van dit begrip in artikel 3, 6°, van het decreet

van 25 februari 1997 betreffende het basisonderwijs, teneinde er geen twijfel over te laten bestaan dat ook de opvang van kleuters, en niet enkel lagere schoolkinderen, aan de meldingsplicht onderworpen blijft.

Deze opmerking geldt eveneens voor de artikelen 30 (ontworpen artikel 15 van het decreet van 30 april 2004) en 35, derde lid, van het ontwerp.

Artikel 30

58. In het ontworpen artikel 15 van het decreet van 30 april 2004 wordt voorzien in een administratieve geldboete, maar niet in de bijhorende procedurele waarborgen. Deze lacune moet worden verholpen.

Artikel 31 en 32

59. Aangezien de ontworpen regeling bij artikel 31 van het ontwerp wordt uitgesloten van het toepassingsgebied van artikel 24 van het decreet van 30 april 2004, is het niet nodig om in artikel 32 van het ontwerp hetzelfde te herhalen voor artikel 25, dat enkel de mogelijkheid inhoudt om af te wijken van de vereisten inzake taalkennis, die op grond van het ontworpen artikel 24, *vierde*[41] lid (artikel 31 van het ontwerp) niet van toepassing kunnen zijn op de voorschoolse kinderopvang.

Artikel 33

60. In het ontworpen artikel 12, tweede lid, 4°, van het decreet van 7 december 2007 houdende de oprichting van de Strategische Adviesraad voor het Vlaamse Welzijns-, Gezondheids- en Gezinsbeleid en van een Adviescommissie voor Voorzieningen van Welzijn, Volksgezondheid en Gezin dient ook melding te worden gemaakt van de weigering van een subsidie voor kinderopvangvoorzieningen, naar analogie van de bepaling onder 1°, waarin gewag wordt gemaakt van de weigering van een toelating, een vergunning of een erkenning.

---

[41] En niet tweede lid, zoals verkeerdelijk wordt vermeld in artikel 31 van het ontwerp.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	M. VAN DAMME,	kamervoorzitter,
	J. VAN NIEUWENHOVE, B. THYS,	staatsraden,
	J. VELAERS,	assessor van de afdeling Wetgeving,
Mevrouw	A.-M. GOOSSENS,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door Mevrouw R. THIELEMANS, eerste auditeur, en de Heer T. CORTHAUT, adjunct-auditeur.

DE GRIFFIER DE VOORZITTER

A.-M. GOOSSENS M. VAN DAMME