



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 74.680/16
van 11 december 2023

over

een voorontwerp van decreet ‘tot wijziging van het decreet van 20 april 2012 houdende de organisatie van kinderopvang van baby’s en peuters en het decreet van 3 mei 2019 houdende de organisatie van buitenschoolse opvang en de afstemming tussen buitenschoolse activiteiten’

Op 17 oktober 2023 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Welzijn, Volksgezondheid en Gezin verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een voorontwerp van decreet ‘tot wijziging van het decreet van 20 april 2012 houdende de organisatie van kinderopvang van baby’s en peuters en het decreet van 3 mei 2019 houdende de organisatie van buitenschoolse opvang en de afstemming tussen buitenschoolse activiteiten’.

Het voorontwerp is door de zestiende kamer onderzocht op 5 december 2023. De kamer was samengesteld uit Pierre LEFRANC, staatsraad, voorzitter, Toon MOONEN en Tim CORTHAUT, staatsraden, Johan PUT, assessor, en Wim GEURTS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Lise VANDENHENDE, adjunct-auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 11 december 2023.

*

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 toegesplitst 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 van de Vlaamse Gemeenschap strekt ertoe om zowel het decreet van 20 april 2012 ‘houdende de organisatie van kinderopvang van baby’s en peuters’ als het decreet van 3 mei 2019 ‘houdende de organisatie van buitenschoolse opvang en de afstemming tussen buitenschoolse activiteiten’ te wijzigen naar aanleiding van de aanbevelingen opgenomen in het verslag namens de parlementaire onderzoekscommissie naar de veiligheid in de kinderopvang.²

Het voorontwerp heft het onderscheid op tussen gezinsopvang, groepsopvang en opvang aan huis (artikelen 4, 5, 7, 8, 1°, 9 en 10 van het voorontwerp).

Verder strekt het voorontwerp ertoe om een voorzorgsbeginsel in te voeren. Hiertoe voegt artikel 2 van het voorontwerp een definitie van dat begrip in. Daarnaast wordt onder hoofdstuk 6 een onderafdeling 1/1 ingevoegd die betrekking heeft op de toepassing van het voorzorgsbeginsel (artikel 14 van het voorontwerp). Verder worden de artikelen 18 en 19 van het decreet van 20 april 2012 aangepast zodat ook een aanmaning en bestuurlijke maatregelen mogelijk zijn in het licht van de toepassing van het voorzorgsbeginsel (artikelen 15 en 16 van het voorontwerp). De bestuurlijke maatregelen worden verder aangevuld met beveiligende maatregelen (artikel 16 van het voorontwerp).

Artikel 8 van het voorontwerp beoogt artikel 8 van het decreet van 20 april 2012 te wijzigen opdat organisatoren binnen hun vergunde capaciteit een inkomensgerelateerde subsidie kunnen vragen voor buitenschoolse opvang.

Artikel 11 van het voorontwerp wijzigt artikel 11 van het decreet van 20 april 2012 zodat ook organisaties die ondersteuning aanbieden aan organisatoren kinderopvang en de organisator van het lokaal loket kinderopvang subsidies kunnen krijgen.

Artikel 12 van het voorontwerp wijzigt artikel 13 van het decreet van 20 april 2012 zodat het lokaal bestuur expliciet belast wordt met de organisatie van het lokaal loket kinderopvang. Daarnaast voert dit artikel ook een bepaling in die de Vlaamse Regering machtigt de nadere regels vast te stellen waaronder de neutraliteit van de dienstverlening van het lokaal loket kinderopvang wordt gegarandeerd in zijn dubbele rol als organisator van kinderopvang en organisator van het lokaal loket kinderopvang. Daarmee beogen de stellers tegemoet te komen aan een melding van de Belgische Mededingingsautoriteit.

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

² *Parl.St.* Vl.Parl. 2021-22, nr. 1176/14.

Daarnaast wordt een Comité van toezicht op de Handhaving in de Kinderopvang opgericht (artikel 17 van het voorontwerp).

Verder wordt artikel 24 van het decreet van 20 april 2012, dat betrekking heeft op de verwerking van persoonsgegevens door het agentschap Opgroeien regie (hierna: het agentschap) en andere betrokkenen inzake kinderopvang, gewijzigd (artikel 18 van het voorontwerp).

Artikel 19 van het voorontwerp voegt een nieuw artikel 24/1 in het decreet van 20 april 2012 in, dat betrekking heeft op de actieve openbaarheid van bestuur voor het agentschap, de toezichthouder en de lokale loketten kinderopvang.

Artikel 20 van het voorontwerp wijzigt ten slotte artikel 11, tweede lid, van het decreet van 3 mei 2019 om de bepalingen inzake het uittreksel uit het strafregister in overeenstemming te brengen met het decreet van 3 juni 2022 ‘houdende de verplichting voor bepaalde organisaties om een uittreksel uit het strafregister als vermeld in artikel 596, tweede lid, van het Wetboek van Strafvordering, te controleren voor bepaalde nieuwe medewerkers’.

ALGEMENE OPMERKING

3. Het ontworpen artikel 2, eerste lid, 19°, van het decreet van 20 april 2012 definieert “de beginselen van voorzorg, preventie en zorgvuldigheid, hierna voorzorgsbeginsel genoemd” als volgt:

“de plicht om bestuurlijke maatregelen te nemen als er in het kader van kinderopvang, los van de vaststelling van een inbreuk op de bepalingen, vermeld in dit decreet of de uitvoeringsbesluiten ervan:

- a) een risico is op een schending van de fysieke of psychische integriteit van de kinderen;
- b) een vaststelling is van een ernstige gebeurtenis waarbij de fysieke of psychische integriteit van de kinderen is geschonden;”.

3.1. De ontworpen regeling heeft tot gevolg dat een bestuurlijke maatregel kan worden genomen wanneer een schending van de regelgeving (nog) niet vaststaat. Dit werd ook bevestigd door de gemachtigde.

Overeenkomstig het ontworpen artikel 19, eerste lid, van het decreet van 20 april 2012 bestaat een bestuurlijke maatregel uit het wijzigen, schorsen of opheffen van de vergunning of het nemen van beveiligende maatregelen. De beveiligende maatregelen kunnen onder meer bestaan uit het opleggen van een verbod voor een organisator om een vergunning aan te vragen of voor een persoon om als verantwoordelijke van de kinderopvanglocatie tewerkgesteld te worden.

Het ontworpen artikel 15/1 van het decreet van 20 april 2012 bepaalt dat de Vlaamse Regering de nadere regels vastlegt wat betreft de toepassing van het voorzorgsbeginsel, minstens de elementen van de risico-inschatting op basis waarvan het agentschap kan overgaan tot het opleggen van een bestuurlijke maatregel in het kader van het voorzorgsbeginsel.

Bij de uitvoering van deze bepaling, die doorslaggevend zal zijn voor, bijvoorbeeld, de beslissing over de opheffing van de vergunning van een organisator van kinderopvang, zal rekening moeten worden gehouden met het beginsel van rechtszekerheid, waarbij in het bijzonder zal moeten worden verduidelijkt wat de aard en de ernst van het risico zijn die een dergelijk optreden rechtvaardigen. Bovendien zal ook het evenredigheidsbeginsel in acht moeten worden genomen, waarbij de voorgenen maatregel in verhouding moet staan tot het vastgestelde risico, rekening houdend met andere relevante belangen, zoals de vrijheid van ondernemen van de organisator, de tewerkstelling van wie werkzaam is in de kinderopvanglocatie en de gevolgen ervan voor de gebruikers van de kinderopvang. Bovendien moet worden aangegeven op welke manier de genomen maatregel wordt opgevolgd, en de organisator zich afdoende kan verweren.

3.2. De definitie in het ontworpen artikel 2, eerste lid, 19°, van het decreet van 20 april 2012 lijkt te suggereren dat er een *verplichting* bestaat om bestuurlijke maatregelen te nemen. Dit doet vragen rijzen over de mogelijkheid voor het agentschap om, in uitvoering van deze ontworpen regeling, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (zoals het al aangehaalde evenredigheidsbeginsel) toe te passen. Nochtans stelt het ontworpen artikel 15/1, tweede lid, van het decreet van 20 april 2012 dat “de Vlaamse regering (...) de nadere regels [bepaalt] wat betreft de toepassing van het voorzorgsbeginsel, die minstens de elementen van de risicoinfschatting bevat[ten] op basis waarvan het agentschap *kan* overgaan tot het opleggen van een bestuurlijke maatregel”.

3.2.1. Aan de gemachtigde werd bijgevolg gevraagd of het de bedoeling is om de verplichting op te leggen om steeds bestuurlijke maatregelen te nemen wanneer er een “risico is op een schending van de fysieke of psychische integriteit van de kinderen of een vaststelling is van een ernstige gebeurtenis waarbij de fysieke of psychische integriteit van de kinderen is geschonden” en hoe dit zich verhoudt ten opzichte van ontworpen artikel 15/1, tweede lid, van het decreet van 20 april 2012 (artikel 14 van het voorontwerp) waarin staat dat het agentschap “kan” overgaan tot het opleggen van een bestuurlijke maatregel. De gemachtigde antwoordde daarop als volgt:

“Het is de bedoeling dat wanneer het agentschap de risico’s op een schending van de fysieke of psychische integriteit detecteert of de vermelde ernstige gebeurtenis vaststelt er de mogelijkheid is om een bestuurlijke maatregel te nemen of een andere preventieve maatregel die helpt voorkomen dat het risico. Bij het onderzoek van het dossier kan vastgesteld worden dat een bestuurlijke maatregel mogelijk nog niet aan de orde is en dat een andere preventieve maatregel of actie op dat ogenblik kan volstaan, bv een aanmaning/specifieke ondersteuning/.... Of dat na bespreking met de organisator het agentschap kan vaststellen dat de organisator zelf voldoende maatregelen heeft genomen na het risico of incident en dat dit door het agentschap of Zorginspectie kan vastgesteld of bevestigd kan worden.”

De gemachtigde voegde daar bovendien het volgende aan toe:

“Er is geen verplichting om over te gaan tot het opleggen van een bepaalde maatregel. Het agentschap behoudt de discretionaire bevoegdheid om, rekening houdend met het volledige dossier en de ernst van het risico en de wijze waarop de organisator reageert op het risico of incident om al dan niet een bepaalde maatregel op te leggen. Elke individuele beslissing wordt steeds gemotiveerd op basis van de elementen van het dossier en in functie van het te behartigen belang van de opgevangen kinderen.”

3.2.2. Uit het antwoord van de gemachtigde blijkt dat het niet de bedoeling is om het agentschap te verplichten om een bestuurlijke maatregel op te leggen. De definitie van het voorzorgbeginsel in ontworpen artikel 2, eerste lid, 19°, van het decreet van 20 april 2012 zal in die zin moeten worden aangepast, teneinde de discretionaire mogelijkheid van het agentschap om geschikte bestuurlijke of beveiligende maatregelen³ op te leggen tot uiting te brengen.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 3

4. De bij artikel 3 van het voorontwerp in te voegen bepalingen drukken enkel een ambitie uit en hebben geen normatieve draagwijdte. Bijgevolg horen ze niet thuis in het beschikkend gedeelte van een normatieve tekst. Die aspiraties kunnen beter worden uitgedrukt in de memorie van toelichting.

Artikel 4

5. Artikel 4 van het voorontwerp heft de vergunning voor kinderopvang aan huis op. Gevraagd of dat betekent dat dergelijke kinderopvang niet meer kan worden georganiseerd, of dat hiervoor geen vergunning meer nodig is, antwoordde de gemachtigde:

“Er werd tot op heden geen vergunning verleend voor opvang aan huis (opvang van kinderen in hun eigen gezinswoning). Voor deze opvang is dus geen vergunning meer nodig.”

Dit blijkt echter niet uit de ontworpen bepaling, die slechts het onderscheid tussen de drie bestaande vergunningen voor kinderopvang – gezinsopvang, groepsopvang en opvang aan huis – doet verdwijnen, zonder dat daaruit kan worden afgeleid dat voor de opvang aan huis, in tegenstelling tot de gezinsopvang en de groepsopvang, geen vergunning meer nodig zou zijn. Ofwel wordt dit geval expliciet uitgesloten, ofwel moet positief worden gedefinieerd wanneer de vergunningsplicht geldt. Dat laatste zou kunnen gebeuren door in de definitie van kinderopvang in artikel 2, 2°, van het decreet van 20 april 2012 te verduidelijken dat enkel kinderopvang wordt bedoeld die buiten de gezinswoning van het kind plaatsvindt.

Artikel 6

6. Het ontworpen artikel 6, § 4, vierde lid, van het decreet van 20 april 2012 voert een nieuwe vergunningsvoorwaarde in. Op basis hiervan dient de organisator via een schriftelijk document ervoor te zorgen dat elke verantwoordelijke, kinderbegeleider, meerderjarige die in de kinderopvanglocatie regelmatig direct contact heeft met de opgevangen kinderen en, in zoverre de organisator een rechtspersoon is, de zaakvoerder en bestuurder, die het voorwerp uitmaakt van een strafonderzoek of een veroordeling oploopt met betrekking tot feiten ten aanzien van minderjarigen

³ Zie over de verhouding tussen beide opmerking 11.

die een impact hebben op het goed gedrag en zeden van de betrekken persoon, dit verplicht meldt aan de organisator.

6.1. Het is niet duidelijk welk gevolg er verbonden is aan de melding dat een persoon het voorwerp uitmaakt van een strafonderzoek. De gemachtigde verklaarde als volgt:

“Op basis van deze informatie moet de organisator terug een controle doen of deze persoon nog beschikt over een goed en zedelijk gedrag dat minstens een onberispelijk gedrag in de omgang met minderjarigen inhoudt.”

Hoewel dat een logisch gevolg lijkt van het ontvangen van een dergelijke melding, bepaalt het voorontwerp niet uitdrukkelijk welke gevolgen de organisator moet geven aan het ontvangen van de melding. Gelet op het antwoord van de gemachtigde moet bijgevolg worden verduidelijkt dat in dat geval een nieuwe controle dient te gebeuren, zoals bedoeld in het eerste lid. Er wordt best toegelicht of dergelijke melding arbeidsrechtelijke gevolgen kan of moet hebben.

6.2. Bovendien lijkt de ontworpen bepaling onvolledig, aangezien de organisator niet enkel op basis van de kennisgeving door de persoon vermeld in het ontworpen artikel 6, § 4, eerste of tweede lid, van het decreet van 20 april 2012, kennis kan krijgen van het opstarten van een strafonderzoek tegen of een veroordeling van die persoon. Ook in die gevallen lijkt hij het onderzoek bedoeld in het eerste lid uit eigen beweging te moeten hernemen.

Dat moet worden verduidelijkt.

6.3. Het is onduidelijk of met het “schriftelijk document” een schriftelijke overeenkomst wordt bedoeld, of dat die meldingsplicht ook kan worden opgenomen in het arbeidsreglement.

Ook dat element moet worden verduidelijkt.

6.4. De Raad van State merkt in elk geval op dat de meldingsplicht zo moet worden begrepen dat ze beperkt blijft tot de melding van het bestaan van een strafonderzoek of veroordeling met betrekking tot feiten ten aanzien van minderjarigen die een impact hebben op het goed zedelijk gedrag van de persoon in kwestie. Gelet op het recht om zichzelf niet te incrimineren en het vermoeden van onschuld kan van de betrokkene niet worden geëist dat hij bij de melding van het bestaan van een strafonderzoek verdere duiding geeft van de aard of de gegrondheid van de feiten.

6.5. Ten slotte moet de terminologie in de ontworpen bepaling consistent worden gemaakt. Soms is er sprake van “goed en zedelijk gedrag”, dan weer van “goed gedrag en zeden”. In de mate dat de steller van het voorontwerp beoogt aan te sluiten bij de terminologie van het uittreksel uit het strafregister is de correcte term bovendien “goed zedelijk gedrag”.

Artikel 12

7. In de memorie van toelichting bij artikel 12 van het voorontwerp wordt het best verduidelijkt wie wordt bedoeld met de term “een andere actor”.

Artikel 13

8. De gemachtigde bevestigde dat artikel 15, vierde lid, van het decreet van 20 april 2012 dient te worden opgeheven, in plaats van het derde lid. Dit dient te worden aangepast.

Artikel 14

9. In het ontworpen artikel 15/1, tweede lid, van het decreet van 20 april 2012 moet het woord “bevat” worden vervangen door het woord “bevatten”.

Artikel 15

10. Artikel 15, 1°, van het voorontwerp wijzigt artikel 18, eerste lid, van het decreet van 20 april 2012 zodat “ook tot aanmaning [kan] beslist worden vanuit het voorzorgsbeginsel”. Artikel 18, eerste lid, van het decreet van 20 april 2012 bepaalt evenwel: “Als wordt vastgesteld dat een organisator de bepalingen van dit decreet of de uitvoeringsbesluiten ervan niet naleeft, of het door of krachtens dit decreet geregelde toezicht verhindert, wordt de organisator schriftelijk aangemaand door het agentschap.”

Dit lijkt te impliceren dat in geval van een bestuurlijke maatregel in het kader van het voorzorgsbeginsel geen aanmaning vereist is, terwijl dit bij niet-naleving van het decreet wel vereist is (behoudens in de gevallen opgesomd in het ontworpen artikel 18, tweede lid, van het decreet van 20 april 2012). De gemachtigde, hierover om nadere toelichting gevraagd, antwoordde:

“De opmerking van de Raad is terecht. Het is de bedoeling dat ook wanneer een maatregel genomen wordt op basis van het voorzorgsbeginsel een aanmaning wordt verstuurd, behoudens de uitzonderingen vermeld in artikel 18 2de lid. De regeling moet dus gelijklopend zijn voor beide situaties. De formulering kan aangepast worden als volgt:

‘Ook bij toepassing van het voorzorgsbeginsel wordt de organisator schriftelijk aangemaand door het agentschap.’”

Met de suggestie van de gemachtigde kan worden ingestemd.

Artikel 16

11. Het is onduidelijk of het voorontwerp beoogt een onderscheid te maken tussen bestuurlijke maatregelen, beperkt tot de wijziging, schorsing, of opheffing van de vergunning, dan wel of ook de nieuwe beveiligende maatregelen daaronder moeten worden begrepen. Enerzijds wordt het opschrift van de afdeling waarin de bepaling wordt opgenomen ongewijzigd gelaten, wat de eerste lezing suggereert, maar uit het ontworpen artikel 19, vierde lid, van het decreet van 20 april 2012 lijkt te volgen dat de schorsing en de beveiligende maatregelen kunnen worden gecombineerd, wat veeleer op de tweede interpretatie wijst.

Dat moet in de tekst van het voorontwerp worden geëxpliciteerd.

12. Volgens het ontworpen artikel 19, vijfde lid, 10°, van het decreet van 20 april 2012 is een van de beveiligende maatregelen “het verzoek aan de rechter om een voorlopige bewindvoerder aan te stellen”.

12.1. Aan de gemachtigde is gevraagd om te verduidelijken op welke procedure wordt bedoeld. De gemachtigde antwoordde daarop als volgt:

“De aanstelling van de voorlopig bewindvoerder zien we in het kader van artikel 584 van het gerechtelijk wetboek. De concrete uitvoering van deze bestuurlijke maatregel zal verder uitgevoerd worden door de Vlaamse regering.

Het agentschap zal bij dagvaarding of bij eenzijdig verzoekschrift de aanstelling van een voorlopig bewindvoerder kunnen vorderen bij de bevoegde rechtbank. De Vlaamse regering zal nadere regels bepalen zoals in welke gevallen het agentschap dergelijk verzoek kan instellen, bv bij financieel wanbeheer of bij blijvende kwalitatieve problemen die hun oorzaak vinden in de competenties van de organisator.

De aanstelling van een bewindvoerder maakt het mogelijk de opvanglocatie open te houden, en ondertussen gericht of algemeen de nodige maatregelen te laten nemen door de voorlopige bewindvoerder die nodig zijn voor een kwalitatieve opvang van baby's en peuters. De maatregelen kunnen bv betrekking hebben op het financieel beheer, zodat de middelen van de ouders en de subsidies doeltreffend worden ingezet. Ze kunnen ook betrekking hebben op het personeelsbeheer zodat voldoende en geschikte kinderbegeleiders met een correcte verloning duurzaam kunnen worden ingezet in de opvanglocatie.”

12.2. Het komt de Raad van State voor dat de aanstelling van een voorlopig bewindvoerder in dergelijke omstandigheden in lijn ligt met de aanpak in artikel 63, § 2, van het Woonzorgdecreet van 15 februari 2019 en het bijhorende besluit van de Vlaamse Regering waarover de Raad van State recent heeft geadviseerd.⁴ Niettemin moet worden vastgesteld dat die bepaling ter zake in een duidelijk kader, met bijhorende delegatie aan de Vlaamse Regering,⁵ voorziet, dat in het voorontwerp ontbreekt.⁶ Het verdient dan ook aanbeveling om het voorontwerp op dit punt aan te vullen, en de regeling nader toe te lichten in de memorie van toelichting, te meer daar artikel 584 van het Gerechtelijk Wetboek zelf geen melding maakt van de aanstelling van een bewindvoerder in de – weliswaar niet-exhaustieve – lijst van maatregelen die de rechtbank kan treffen.

⁴ Adv.RvS 74.424/3 van 5 oktober 2023 over een ontwerp dat heeft geleid tot het besluit van de Vlaamse Regering van 27 oktober 2023 ‘tot bepaling van de nadere regels voor de aanstelling van een voorlopig bewindvoerder ter uitvoering van artikel 63, § 2, van het Woonzorgdecreet van 15 februari 2019’.

⁵ Artikel 63, § 2, van het Woonzorgdecreet van 15 februari 2019 luidt als volgt: “Ingeval een woonzorgvoorziening of vereniging ernstig en herhaaldelijk in gebreke blijft om in de zorg en ondersteuning respect voor integriteit van de zorgvrager te verzekeren of indien de continuïteit van de zorg en ondersteuning ten aanzien van de zorgvragers ernstig in gevaar is, kan de Vlaamse Regering de rechter verzoeken een voorlopig bewindvoerder aan te stellen, met competenties in de organisatie van de zorg, die gemachtigd wordt om in naam en voor rekening van de woonzorgvoorziening of vereniging de nodige maatregelen te nemen om het respect voor de integriteit of de continuïteit van de zorg en dienstverlening te verzekeren. De Vlaamse Regering bepaalt hiertoe de nadere regels.”

⁶ De delegaties in de twee laatste leden van het ontworpen artikel 19 van het decreet van 20 april 2012 zijn niet geschikt als grondslag voor het aannemen van bijkomende regels met betrekking tot die bewindvoerder.

Artikel 17

13. Het ontworpen artikel 23/1, tweede lid, van het decreet van 20 april 2012 bepaalt dat het Comité van toezicht op Handhaving in de Kinderopvang toegang heeft tot “alle relevante informatie” om de opdrachten vermeld in het eerste lid te kunnen realiseren. De gemachtigde bevestigde dat de relevante informatie wordt opgesomd in het ontworpen artikel 24, vijfde lid, van het decreet van 20 april 2012. In het licht van de rechtszekerheid verdient het aanbeveling een verwijzing naar deze bepaling op te nemen.

Artikel 18

14. Het ontworpen artikel 24, eerste, negende, en twaalfde lid, van het decreet van 20 april 2012 stelt bewaartermijnen voor de verwerkte persoonsgegevens vast van respectievelijk één jaar, tien jaar en tien jaar, naar gelang ze worden verwerkt door het Comité van Toezicht op de Handhaving, de organisaties die het agentschap adviseren overeenkomstig het ontworpen artikel 15/1, van het decreet van 20 april 2012, of de organisaties die subsidies ontvangen voor de ondersteuning van organisatoren kinderopvang. De gemachtigde lichtte de bewaartermijn voor elk van deze gegevens toe als volgt:

“-Wat betreft de bewaartermijn: Voor de gegevens die verwerkt worden door het Comité van toezicht op Handhaving is een korte verwerkingstermijn van één jaar ingeschreven. Op het moment dat het comité haar evaluatie heeft uitgevoerd is het immers niet langer nodig de dossiergegevens bij te houden.

Voor de gegevens die verwerkt worden door de organisaties die het agentschap adviseren inzake voorzorg of die de organisatoren ondersteunen wordt een bewaartermijn ingeschreven van 10 jaar. Het is immers noodzakelijk om de historiek van een dossier mee te nemen bij een volgende vraag om risicotaxatie of ondersteuning van een organisator.”

Om latere geschillen te vermijden verdient het aanbeveling om die motivering op te nemen in de memorie van toelichting.⁷

Artikel 19

15.1. Het ontworpen artikel 24/1, §§ 1 en 2, tweede lid, van het decreet van 20 april 2012 bepaalt dat ook informatie van persoonlijke aard kan worden gepubliceerd, voor zover deze informatie niet op onevenredige wijze afbreuk doet aan het privéleven van de betrokkenen.

15.2. De vraag rijst naar de overeenstemming van die bepalingen met artikel 22 van de Grondwet, samen gelezen met artikel 8 van het Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (hierna: EVRM). Artikel 22, eerste lid, van de Grondwet en artikel 8 van het EVRM, sluiten een overheidsinmenging in het recht op eerbiediging van het privéleven niet uit, maar vereisen dat in die inmenging wordt voorzien in een voldoende

⁷ Zie GwH 23 november 2023, nr. 154/2023, B.33, waarin het Grondwettelijk Hof een bewaartermijn van tien jaar heeft vernietigd wegens niet evenredig ten aanzien van het doel waarvoor de persoonsgegevens worden verwerkt.

precieze wettelijke bepaling, dat zij beantwoordt aan een dwingende maatschappelijke behoefte en dat zij evenredig is met de daarmee nagestreefde wettige doelstelling.⁸ De overheid kan informatie over het privéleven immers slechts ter beschikking stellen van derden voor zover er een legitiem doel is om dat te doen en voor zover ook het evenredigheidsbeginsel wordt geëerbiedigd.

15.3. De maatregel heeft een legitieme doelstelling. Hierover valt in de memorie van toelichting te lezen:

“Deze inmenging wordt gerechtvaardigd vanuit de bescherming van de gezondheid van kinderen en/of de bescherming van de rechten en vrijheid van kinderen, zoals voorzien door artikel 8, tweede lid, EVRM. De doelstelling van de actieve openbaarheid beoogt de ouders in staat te stellen een inschatting over de veiligheid van de organisator te maken, door de persoonsgegevens alsook de handhavingsmaatregelen en inspectierapporten openbaar te maken.”

15.4. Om te kunnen nagaan of het evenredigheidsbeginsel werd geëerbiedigd, dient te worden nagaan wat de informatie van persoonlijke aard inhoudt.

Voor de bepaling wat moet worden begrepen onder informatie van persoonlijke aard wordt in het ontworpen artikel 24/1, § 3, tweede lid, van het decreet van 20 april 2012 verwezen naar artikel II.40, § 3, derde lid, van het Bestuursdecreet van 7 december 2018, dat luidt:

“Onder informatie van persoonlijke aard wordt verstaan: informatie die betrekking heeft op een beoordeling of een waardeoordeel, of die de beschrijving van een gedrag bevat van een bij name genoemd of een gemakkelijk identificeerbare natuurlijke persoon.”

Dit lijkt te betekenen dat ook de naam van een persoon kan worden gepubliceerd. Het publiceren van een naam van een persoon in een inspectierapport op de website van de toezichthouder lijkt verder te gaan wat strikt noodzakelijk is om de ouders in staat te stellen een inschatting te maken over de veiligheid van de kinderopvang.

De gemachtigde werd daarom om een voorbeeld gevraagd waarin informatie van persoonlijke aard zal worden gepubliceerd. Hij antwoordde:

“Bv: Het agentschap neemt een maatregel omdat een bepaalde kinderbegeleider handelingen stelde ten aanzien van een kindje die niet toelaatbaar zijn en de organisator niet de nodige acties heeft ondernomen om deze handelingen te voorkomen of te verhelpen. Ook al worden namen niet bekendgemaakt, dan nog kunnen deze personen identificeerbaar zijn, in een kleinere opvang;

Bv: een inbreuk of een ernstig feit dat zich heeft voorgedaan in een gezinsopvang kan gemakkelijk herleid worden tot een bepaalde persoon.

Bij de bekendmaking moet erover gewaakt worden dat niet op onevenredige wijze afbreuk wordt gedaan aan het privéleven van de betrokkene.

Toch is het noodzakelijk dat de ouders voldoende geïnformeerd worden over de inbreuken en meldingen die aanleiding hebben gegeven tot de bestuurlijke maatregel.”

⁸ GwH 30 maart 2023, nr. 56/2023, B.3.4.

Bovendien bevestigde de gemachtigde dat de naam van personeelsleden nooit zal worden gepubliceerd.

Voor zover de bekendmaking dus beperkt blijft tot persoonlijke informatie van een “gemakkelijk identificeerbare natuurlijke persoon” kan met de bepaling worden ingestemd. Het voorontwerp moet echter worden aangevuld om te vermijden dat in het geval van het ontworpen artikel 24/1, § 1, van het decreet van 20 april 2012 ook de persoonlijke gegevens van andere personen dan de organisator worden bekendgemaakt.

16. Krachtens artikel 22 van de Grondwet geldt voor elke verwerking van persoonsgegevens en, meer in het algemeen, voor elke inmenging van het recht op het privéleven, dat het formeel legaliteitsbeginsel dient te worden nageleefd. Doordat artikel 22 van de Grondwet aan de bevoegde wetgever de bevoegdheid voorbehoudt om vast te stellen in welke gevallen en onder welke voorwaarden afbreuk kan worden gedaan aan het recht op eerbiediging van het privéleven, waarborgt het aan elke burger dat geen enkele inmenging in dat recht kan plaatsvinden dan krachtens regels die zijn aangenomen door een democratisch verkozen beraadslagende vergadering. Een delegatie aan een andere macht is evenwel niet in strijd met het wettelijkheidsbeginsel voor zover de machtiging voldoende nauwkeurig is omschreven en betrekking heeft op de tenuitvoerlegging van maatregelen waarvan de “essentiële elementen” voorafgaandelijk door de wetgever vastgesteld zijn.⁹

Bijgevolg moeten de ‘essentiële elementen’ van de verwerking van persoonsgegevens in het decreet 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.¹⁰

Dit is het geval voor de met de verwerking nagestreefde doelstelling en de categorie van personen die toegang hebben tot de verwerkte gegevens, maar niet voor de maximale bewaartermijn. Ook de categorie van verwerkte gegevens en betrokken personen lijkt niet volledig te zijn.

16.1. Wat betreft de categorie van verwerkte gegevens bepaalt het ontworpen artikel 24/1, § 2, van het decreet van 20 april 2012 dat de naam, het adres van de kinderopvanglocatie en de naam, het ondernemingsnummers, het vestigingsadres en in voorkomend geval, de rechtsvorm van de organisator wordt vermeld. Daarbij kan ook informatie van persoonlijke aard worden gepubliceerd. Gelet op de doelstelling van de publicatie rijst de vraag of deze rapporten meer dan de voornoemde informatie bevatten, zoals onder meer ook de inbreuken in de gepubliceerde

⁹ Vaste rechtspraak van het Grondwettelijk Hof: zie inzonderheid GwH 18 maart 2010, nr. 29/2010, B.16.1; GwH 20 februari 2020, nr. 27/2020, B.17.

¹⁰ Adv.RvS 68.936/AV van 7 april 2021 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 14 augustus 2021 ‘betreffende de maatregelen van bestuurlijke politie tijdens een epidemische noodsituatie’, opmerking 101 (Parl.St. Kamer 2020-21, nr. 55-1951/001, 119). Zie ook GwH 10 maart 2022, nr. 33/2022, B.13.1, GwH 22 september 2022, nr. 110/2022, B.11.2 en GwH 16 februari 2023, nr. 26/2023, B.74.1.

rapporten en persoonsgegevens van betrokken personeelsleden. De gemachtigde lichtte hierover het volgende toe:

“De categorie van verwerkte gegevens is volledig. In een inspectierapport wordt algemeen vermeld op welke aspecten de voorziening in orde was en op welke aspecten er inbreuken werden vastgesteld, zonder concrete vermelding van de feiten of de betrokken personeelsleden. Er wordt enkel een theoretische duiding gegeven over het belang van het vermelde aspect.”

De lijst van verwerkte persoonsgegevens die het inspectierapport bevat moet hiermee worden aangevuld.

16.2. Aan de gemachtigde werd gevraagd of alle informatie die wordt opgesomd in het ontworpen artikel 24/1 van het decreet van 20 april 2012 ook gepubliceerd wordt indien bestuurlijke maatregelen werden genomen op grond van het voorzorgsbeginsel. Het antwoord luidde als volgt:

“In ontworpen artikel 24/1 § 1 worden enkel de vastgestelde inbreuken op de regelgeving opgenomen, dus niet op basis van het voorzorgsbeginsel.”

Aangezien uit het ontworpen artikel 18 van het decreet van 20 april 2012 volgt dat ook inbreuken op het voorzorgsbeginsel aanleiding kunnen geven tot een aanmaning is onduidelijk waarop het onderscheid dat de gemachtigde aanvoert is gebaseerd. Indien dat onderscheid wordt nagestreefd, moet dat in de tekst van het voorontwerp tot uiting worden gebracht.

16.3. Gevraagd naar de bewaartermijn van de inspectierapporten antwoordde de gemachtigde:

“De doelstelling van het publiceren van de inspectierapporten is om via actieve openbaarheid een voor leken toegankelijke versie ter beschikking te stellen van het via passieve openbaarheid opvraagbare inspectieverslag. De bewaartermijn wordt dan ook afgestemd op die van de inspectieverslagen, zoals opgenomen in artikel 5, §3 van het decreet overheidstoezicht.

De maximale termijn dat deze rapporten kunnen opgevraagd worden bedraagt 5 jaar (te rekenen vanaf de dag dat het verslag definitief geworden is).”

Artikel 5, § 3, van het decreet van 19 januari 2018 ‘houdende het overheidstoezicht in het kader van het gezondheids- en welzijnsbeleid’ luidt:

“De inspecteurs en de deskundigen, vermeld in artikel 7, § 1, 7°, bewaren de persoonsgegevens die zij bij de uitoefening van hun opdracht verwerken, niet langer dan nodig voor de uitoefening van die opdracht.

De inspecteurs en de deskundigen, vermeld in artikel 7, § 1, 7°, bewaren het verslag, vermeld in artikel 13, alsook de bijlagen bij dat verslag tot 20 jaar nadat het verslag definitief is geworden of, indien het het voorwerp uitmaakt van een rechtsgeding, tot 20 jaar nadat een in kracht van gewijsde gegaan vonnis of arrest is uitgesproken.

De inspecteurs en de deskundigen, vermeld in artikel 7, § 1, 7°, bewaren andere informatie die zij bij de uitoefening van hun opdracht verwerken tot 3 jaar nadat het verslag definitief is geworden.

De maximale termijn dat deze rapporten kunnen opgevraagd worden bedraagt 5 jaar (te rekenen vanaf de dag dat het verslag definitief geworden is).”

Die bepaling bevat verschillende bewaartermijnen voor de informatie die aan de rapporten ten grondslag liggen, maar bepaalt niet wat de eigenlijke bewaartermijn is van het inspectierapport, die immers langer kan zijn dan de maximale termijn waarbinnen die rapporten kunnen worden opgevraagd. Dat moet bijgevolg in het voorontwerp worden geëxpliciteerd.

16.4. De inspectierapporten blijven ook na de opheffing van de vergunning online beschikbaar zolang de bewaartermijn niet is verstreken. Dit werd ook door de gemachtigde bevestigd, wat belangrijk is gelet op de *sub* 15.2 uiteengezette beginselen.

Uit het voorontwerp noch uit de memorie van toelichting blijkt afdoende dat een dergelijke ruime bekendmaking ook na de opheffing noodzakelijk is om de doelstelling van de decreetgever te bereiken, met name het voldoende informeren van de ouders. In dat verband moet bovendien worden opgemerkt dat het feit van de opheffing van een vergunning op zich slechts gedurende zes maanden wordt vermeld op de website van het agentschap overeenkomstig het ontworpen artikel 24/1, § 2, laatste lid, van het decreet van 20 april 2012, zodat moeilijk valt in te zien waarom voor de inspectieverslagen van al gesloten opvangaanbieders een langere termijn zou moeten gelden. Er bestaat bovendien een risico dat indien op dezelfde locatie een nieuw opvanginitiatief zou worden opgestart het oude inspectieverslag ten onrechte zou worden gezien als een waarschuwing voor de deugdelijkheid van het nieuwe initiatief.

Voor zover voor die verlengde bekendmaking van de inspectierapporten geen andere afdoende verantwoording bestaat, dient in het voorontwerp te worden voorzien dat de inspectierapporten na opheffing van de vergunning niet langer op de website worden gepubliceerd.¹¹

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Wim GEURTS

Pierre LEFRANC

¹¹ Vgl. adv.RvS 72.429/1 van 23 augustus 2023, opm. 11.5.