RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 76.709/16
van 11 juli 2024

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot wijziging van het Vergunningsbesluit van 22 november 2013, het Procedurebesluit van 9 mei 2014 en het besluit van de Vlaamse Regering van 16 oktober 2020 tot toekenning van een kwaliteitslabel aan organisatoren van kleuteropvang’

‡LW-BBHYNDFCB-HGHAJYX‡

Op 11 juni 2024 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 ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot wijziging van het Vergunningsbesluit van 22 november 2013, het Procedurebesluit van 9 mei 2014 en het besluit van de Vlaamse Regering van 16 oktober 2020 tot toekenning van een kwaliteitslabel aan organisatoren van kleuteropvang’.

Het ontwerp is door de zestiende kamer onderzocht op 2 juli 2024. De kamer was samengesteld uit Pierre LEFRANC, wnd. kamervoorzitter, Toon MOONEN en Tim CORTHAUT, staatsraden, Johan PUT, assessor, en Eline YOSHIMI, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Lise VANDENHENDE, auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 11 juli 2024.

*

‡LW-BBHYNDFCB-HGHAJYX‡

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

*

VOORAFGAANDE OPMERKING

2. Rekening houdend met het ogenblik waarop dit advies wordt gegeven, vestigt de Raad van State de aandacht van de adviesaanvrager erop dat de verkiezingen van 9 juni 2024 tot gevolg hebben dat de regering sedert die datum en totdat een nieuwe regering is verkozen, niet over de volheid van haar bevoegdheid beschikt. Dit advies wordt evenwel gegeven zonder dat wordt nagegaan of dit ontwerp in die beperkte bevoegdheid kan worden ingepast, aangezien de afdeling Wetgeving geen kennis heeft van het geheel van de feitelijke gegevens die de regering in aanmerking kan nemen als ze te oordelen heeft of het vaststellen of het wijzigen van verordeningen noodzakelijk is.

STREKKING VAN HET ONTWERP

3. Het voor advies voorgelegde ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering strekt ertoe wijzigingen aan te brengen in het besluit van de Vlaamse Regering van 22 november 2013 ‘houdende de vergunningsvoorwaarden en het kwaliteitsbeleid voor gezinsopvang en groepsopvang van baby's en peuters’ (hierna: Vergunningsbesluit van 22 november 2013) (artikelen 1 tot 7 van het ontwerp), het besluit van de Vlaamse Regering van 9 mei 2014 ‘houdende de procedures voor de aanvraag en de toekenning van de vergunning en de subsidies voor gezinsopvang en groepsopvang van baby's en peuters’ (hierna: Procedurebesluit van 9 mei 2014) (artikel 8) en het besluit van de Vlaamse Regering van 16 oktober 2020 ‘tot toekenning van een kwaliteitslabel aan organisatoren van kleuteropvang’ (artikelen 9 tot 12). Het gaat in hoofdorde om aanpassingen van de regels betreffende de voorlegging van een uittreksel uit het strafregister, ten gevolge van de wijziging van het decreet van 20 april 2012 ‘houdende de organisatie van kinderopvang van baby’s en peuters’ bij decreet van 19 april 2024[1].

RECHTSGROND

4. Het ontwerp vindt rechtsgrond in de in de aanhef aangehaalde bepalingen, met uitzondering van artikel 6, § 4, van het decreet van 20 april 2012, dat geen machtiging aan de Vlaamse Regering bevat.

[1] ‘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’.

‡LW-BBHYNDFCB-HGHAJYX‡

VORMVEREISTEN

5. Artikel 7 van het ontwerp heeft betrekking op de controle van het uittreksel uit het strafregister door de organisatoren en betreft de verwerking van persoonsgegevens. Gevraagd of het advies van de Gegevensbeschermingsautoriteit werd gevraagd, antwoordde de gemachtigde:

> "Het besluit werd niet voorgelegd aan de GBA aangezien het voorliggende besluit de technische aanpassing aan en uitvoering bevat van de decretale bepalingen over de controle van het goed en zedelijk gedrag van bepaalde personen in de sector kinderopvang en kleuteropvang met kwaliteitslabel.
>
> Het besluit bevat geen andere verwerkingen over de persoonsgegevens dan deze die zijn voorzien in het decreet van 20 april 2012 houdende de organisatie van kinderopvang van baby's en peuters en het decreet van 3 juni 2022 houdende de verplichting voor bepaalde organisaties om een uittreksel uit het strafregister te controleren voor bepaalde medewerkers. Het besluit herschikt een aantal bepalingen en past de verwijzingen aan in de verschillende besluiten waar sprake is van het bezorgen van een uittreksel uit het strafregister.
>
> Enkel artikel 7 paragraaf 2 en 3 voeren nadere bepalingen in, nl. de mogelijkheid voor het agentschap om de organisator te verzoeken een nieuwe controle uit te voeren bij een gegronde indicatie en de bepaling dat als de organisator een natuurlijke persoon is deze voor zichzelf over een uittreksel uit het strafregister moet beschikken. Deze regeling is in het huidige Vergunningsbesluit opgenomen in artikel 49 § 2."

Daarmee kan niet worden ingestemd. Artikel 36, lid 4, van verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 'betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming)', gelezen in samenhang met artikel 57, lid 1, c), en overweging 96 van die verordening, voorziet in een verplichting om de toezichthoudende autoriteit, in dit geval de Gegevensbeschermingsautoriteit bedoeld in de wet van 3 december 2017 'tot oprichting van de Gegevensbeschermingsautoriteit', te raadplegen bij het opstellen van een voorstel voor een door een nationaal parlement vast te stellen wetgevingsmaatregel, of een daarop gebaseerde regelgevingsmaatregel in verband met verwerking. Het advies van de Gegevensbeschermingsautoriteit moet bijgevolg nog worden ingewonnen vooraleer het ontwerp doorgang kan vinden.

Indien de aan de Raad van State voorgelegde tekst ten gevolge van het inwinnen van het voornoemde advies nog wijzigingen zou ondergaan,[2] moeten de gewijzigde of toegevoegde bepalingen, ter inachtneming van het voorschrift van artikel 3, § 1, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, aan de afdeling Wetgeving worden voorgelegd.

[2] Namelijk andere wijzigingen dan diegene waarvan in dit advies melding wordt gemaakt of wijzigingen die ertoe strekken tegemoet te komen aan hetgeen in dit advies wordt opgemerkt.

‡LW-BBHYNDFCB-HGHAJYX‡

ALGEMENE OPMERKING

6. Het ontworpen artikel 58/1, §§ 1 en 4, van het Vergunningsbesluit van 22 november 2013 parafraseert artikel 6, § 4, respectievelijk artikel 24, zestiende lid, van het decreet van 20 april 2012 (artikel 7 van het ontwerp). Hetzelfde geldt voor het ontworpen artikel 16 van het besluit van de Vlaamse Regering van 16 oktober 2020, dat een herhaling bevat van artikel 11, tweede lid, 4°, van decreet van 3 mei 2019 (artikel 9).

Het overnemen in een lagere regeling van bepalingen van een hogere regeling dient te worden vermeden. Niet alleen is een dergelijke werkwijze op het normatieve vlak overbodig aangezien ze geen nieuwe norm tot stand brengt, maar bovendien kan ze tot verwarring leiden over de precieze aard van het in de lagere regeling opgenomen voorschrift en kan ze inzonderheid aanleiding ertoe zijn dat later uit het oog verloren wordt dat alleen de hogere regelgever het betrokken voorschrift kan wijzigen. Het overnemen van decretale bepalingen in een besluit van de Vlaamse Regering kan dan ook alleen maar worden gedoogd in zoverre zulks noodzakelijk is voor de leesbaarheid van het besluit, in welk geval een uitdrukkelijke verwijzing naar de betrokken decreetsbepaling het geëigende middel zal zijn om de aard van de betrokken bepaling herkenbaar te houden ("Overeenkomstig artikel … van het decreet van …").

Volgens de nota aan de Vlaamse Regering worden de voormelde decretale regels herhaald "omwille van de duidelijkheid voor de sector". De Raad van State ziet echter niet in waarom dat in dit geval noodzakelijk zou zijn. De betrokken bepalingen worden daarom het best uit het ontwerp weggelaten.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Aanhef

7. In overeenstemming met wat over de rechtsgrond van het ontwerp werd opgemerkt, moet de verwijzing naar artikel 6, § 4, van het decreet van 20 april 2012 uit de aanhef worden weggelaten.

Artikel 2

8. Het ontworpen artikel 39/0 van het Vergunningsbesluit van 22 november 2013 bepaalt dat "[d]e organisator, hetzij de natuurlijke persoon, hetzij een of meer personen die handelingsbekwaam zijn om de rechtspersoon te vertegenwoordigen, minstens 21 jaar oud [zijn] en in staat [zijn] om een kinderopvanglocatie organisatorisch te beheren."[3] Daarmee wordt een verschil in behandeling ingesteld tussen personen die de leeftijd van 21 bereikt hebben en personen die deze leeftijd nog niet bereikt hebben. Dat onderscheid kwam reeds voor in de oorspronkelijke tekst van het Vergunningsbesluit van 22 november 2013.

[3] Die bepaling wordt, wat de grammaticale formulering ervan betreft, het best nog nagezien.

‡LW-BBHYNDFGB-HGHAJYX‡

Het beginsel van niet-discriminatie op grond van leeftijd wordt beschouwd als een algemeen beginsel van het recht van de Europese Unie[4] en wordt, specifiek wat arbeidsrechtelijke aangelegenheden betreft, gewaarborgd door richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 'tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep'. Deze richtlijn heeft tot doel met betrekking tot arbeid en beroep een algemeen kader te creëren voor de bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, met name discriminatie op grond van leeftijd (artikel 1 van richtlijn 2000/78/EG). Een direct op leeftijd gegrond verschil in behandeling vormt in beginsel een door het Unierecht verboden discriminatie.

In artikel 6, lid 1, van de voornoemde richtlijn wordt het de lidstaten evenwel toegestaan te bepalen dat verschillen in behandeling op grond van leeftijd geen discriminatie vormen indien zij in het kader van de nationale wetgeving objectief en redelijk worden gerechtvaardigd door een legitiem doel, met inbegrip van legitieme doelstellingen van het beleid op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt of de beroepsopleiding, en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.[5] Het op de leeftijd gebaseerde verschil in behandeling kan dus enkel toelaatbaar worden geacht indien daarvoor een voldoende verantwoording kan worden gegeven, zowel wat het legitieme karakter van het beoogde doel betreft, als inzake het passende en noodzakelijke karakter van de middelen om dat doel te bereiken.

Artikel 7

9. Het ontworpen artikel 58/1, § 3, eerste lid, van het Vergunningsbesluit van 22 november 2013 bepaalt dat de organisator die een natuurlijke persoon is, voor zichzelf en de personen, vermeld in artikel 53, 2°, van hetzelfde besluit, beschikt over een uittreksel uit het strafregister als vermeld in artikel 596, tweede lid, van het Wetboek van Strafvordering, dat bij de aanvraag van een vergunning niet ouder is dan dertig dagen. Gevraagd om toe te lichten waarom deze bepaling, die betrekking heeft op organisatoren die natuurlijke personen zijn, via artikel 53 van hetzelfde besluit, ook verwijst naar personen die deel uitmaken van de organen van een rechtspersoon, antwoordde de gemachtigde:

> "De formulering in de ontwerpbepaling neemt de huidige bepaling van artikel 49, § 2, 1° over. Ook als een organisator een natuurlijke persoon is, of een feitelijke vereniging bestaand uit meerdere natuurlijke personen, wordt verwacht dat hij niet alleen voor zichzelf, maar ook voor de natuurlijke personen die betrokken zijn bij de organisatie van de kinderopvang beschikt over het vermelde uittreksel.

[4] HvJ 22 november 2005, *Mangold t. Helm*, C-144/04, ECLI:EU:C:2005:709.

[5] HvJ 19 januari 2010, *Kücükdeveci t. Swedex*, C−555/07, ECLI:EU:C:2010:21, punt 33. In de tweede alinea van artikel 6, lid 1, van richtlijn 2000/78/EG wordt, op een niet-exhaustieve wijze, een opsomming gegeven van hetgeen het verschil in behandeling zoal kan omvatten. De lidstaten beschikken over een ruime beoordelingsvrijheid bij het omzetten van de betrokken richtlijnbepaling (HvJ 16 oktober 2007, *Palacios de la Villa t. Cortefiel Servicios SA*, C-411/05, ECLI:EU:C:2007:604, punt 68; HvJ 22 november 2005, *Mangold t. Helm*, C-144/04, ECLI:EU:C:2005:709, punt 63; HvJ 19 januari 2010, *Kücükdeveci t. Swedex*, C−555/07, ECLI:EU:C:2010:21, punt 38).

‡LW-BBHYNDFGB-HGHAJYX‡

We verwijzen naar artikel 53, 2° omdat dit punt betrekking heeft op de samenstelling van de organen waarop ook een natuurlijke persoon binnen zijn organisatie kan beroep op doen. Het is oi inderdaad ook wel mogelijk te verwijzen naar het volledige artikel 53. Raad van bestuur en algemene vergadering zijn dan niet van toepassing op een organisator natuurlijke persoon, terwijl een organisator natuurlijke persoon wel zou kunnen gebruik maken van een directie voor de aansturing van de werking."

De bedoelingen van de stellers van het ontwerp moeten duidelijker tot uiting worden gebracht in de tekst van het ontwerp.

10. Het ontworpen artikel 58/1, § 3, tweede tot vierde lid, van het Vergunningsbesluit van 22 november 2013 lijkt op zijn beurt grotendeels een herneming te zijn van bepalingen uit artikel 6, § 4, van het decreet van 20 april 2012.[6] In zoverre dat het geval is, moet deze paragraaf, rekening houdend met wat daarover werd uiteengezet in opmerking 6, aan een nieuw onderzoek worden onderworpen.

DE GRIFFIER	DE VOORZITTER
Eline YOSHIMI	Pierre LEFRANC

[6] Wat het tweede lid betreft, is dat met uitzondering van de vermelding "op de wijze, vermeld in paragraaf 1, eerste en tweede lid". Als het ontworpen artikel 58/1, § 1, van het Vergunningsbesluit van 22 november 2013 wordt weggelaten, moet die verwijzing in elk geval worden aangepast (zie ook het derde lid, dat eveneens naar "§ 1, eerste en tweede lid" verwijst, maar waarbij de vraag rijst of niet eerder het eerste en tweede lid van de derde paragraaf zelf worden beoogd).

‡LW-BBHYNDFCB-HGHAJYX‡