



# RAAD VAN STATE

## afdeling Wetgeving

advies 73.108/1  
van 14 april 2023

over

een voorontwerp van decreet ‘zur Schaffung eines Zentrums der  
Deutschsprachigen Gemeinschaft für Kinderbetreuung’

Op 14 februari 2023 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Onderwijs en Wetenschappelijk Onderzoek van de Duitstalige Gemeenschap verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een voorontwerp van decreet ‘zur Schaffung eines Zentrums der Deutschsprachigen Gemeinschaft für Kinderbetreuung’.

Het voorontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 30 maart 2023. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Wouter PAS en Inge VOS, staatsraden, Michel TISON, assessor, en Wim GEURTS, griffier.

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

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 14 april 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 toegespitst op het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond,<sup>1</sup> alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

\*

### STREKKING VAN HET VOORONTWERP VAN DECREET

2. Het om advies voorgelegde voorontwerp van decreet strekt ertoe een instelling van openbaar nut in de zin van artikel 87 van het decreet van 25 mei 2009 ‘houdende het financieel reglement van de Duitstalige Gemeenschap’, op te richten, zijnde het “centrum voor kinderopvang van de Duitstalige Gemeenschap” dat bestemd is om in de plaats te komen van de vzw “*Regionalzentrum für Kleinkindbetreuung*” (RZKB).

Enerzijds zal het nieuwe centrum kinderopvang aanbieden hetgeen volgens de memorie van toelichting “in het bijzonder [zal gebeuren] via een dienst voor onthaalouders, via crèches en via locaties voor buitenschoolse opvang” en anderzijds zal het taken uitvoeren voor de hele kinderopvangsector, zoals het netwerken, het bevorderen van voortgezette opleidingen, het adviseren van andere dienstverrichters of het opstellen van adviezen inzake erkenningen van zelfstandige onthaalouders en mede-onthaalouders.

In het om advies voorgelegde voorontwerp worden de samenstelling, de werking en de taken van de raad van bestuur van het centrum geregeld. Tevens wordt in de oprichting voorzien van een adviescommissie voor de kinderopvang waarvan de taak er hoofdzakelijk in bestaat om de raad van bestuur op eigen initiatief of op diens verzoek te adviseren over aangelegenheden die in het voorontwerp worden geregeld. De raad van bestuur kan tevens inspraakorganen oprichten die er volgens de memorie van toelichting bij het voorontwerp toe strekken “om de samenwerking van alle betrokkenen op de werkterreinen van het centrum te bevorderen”. Het voorontwerp bevat ook enkele artikelen inzake de benoeming en de taken van een afgevaardigd directeur en er wordt bepaald dat de ambtenaren van het centrum vallen onder de wet van 28 april 1958 ‘betreffende het pensioen van het personeel van zekere organismen van openbaar nut alsmede van hun rechthebbenden’.

Het voorontwerp bevat daarnaast een aantal bepalingen inzake de vertrouwelijkheid en de bescherming van persoonsgegevens. Voor de uitoefening van de taken als dienstverrichter verwerkt het centrum de gegevens met toepassing van het decreet van 31 maart 2014 ‘betreffende de kinderopvang’ dat op dat punt wordt aangepast bij het voorliggende voorontwerp. In het voorontwerp worden ook nog de financiële middelen van het centrum geregeld waaronder de financiële participatie van de gemeenten in de werking van het centrum.

---

<sup>1</sup> Aangezien het gaat om een voorontwerp van decreet wordt onder “rechtsgrond” de overeenstemming met de hogere normen verstaan.

Er wordt in een uitgewerkte overgangsregeling voorzien die onder meer inhoudt dat de voorheen bij het RZKB aangesloten onthaalouders de gelegenheid krijgen om er bij de oprichting van het centrum voor te kiezen om met een arbeidsovereenkomst in dienst te worden genomen als werknemer, dan wel als aangesloten onthaalouder voor het centrum te werken. Ook wordt bepaald dat de opvanglocaties die reeds erkend zijn op grond van de artikelen 7 en 8 van het decreet van 31 maart 2014 hun erkenning behouden.

Het is de bedoeling om de ontworpen regeling in werking te laten treden op een door de Regering van de Duitstalige Gemeenschap bepaalde datum, zij het dat sommige artikelen van het voorontwerp in werking zullen treden op 1 juni 2023 zodat, volgens de memorie van toelichting “het centrum reeds enige voorbereidingen kan treffen voordat het zijn taken opneemt, bijvoorbeeld de personeelsleden van de vzw RZKB een arbeidsovereenkomst aanbieden”.

### VORMVEREISTEN

3. In artikel 6, tweede lid, 1°, van het voorontwerp wordt bepaald dat het centrum kinderopvang aanbiedt met toepassing van het decreet van 31 maart 2014 ‘betreffende de kinderopvang’. In artikel 28, § 1, wordt bepaald dat het centrum beschikt over de middelen die daartoe in de begroting van de Duitstalige Gemeenschap zijn uitgetrokken. Het voorontwerp heeft derhalve onmiskenbaar betrekking op de subsidiëring van kinderopvang. Aan de gemachtigde werd gevraagd of de ontworpen regeling werd aangemeld bij de Europese Commissie overeenkomstig artikel 108, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU). De gemachtigde beantwoordde deze vraag als volgt:

“Nein, eine Anmeldung gemäß Artikel 108 Absatz 3 AEUV ist nicht vonnöten. Tatsächlich handelt es sich bei den verschiedenen Formen der Kinderbetreuung, die nicht durch die selbstständigen Tagesmütter/-väter angeboten werden, nach Einschätzung der Deutschsprachigen Gemeinschaft um „Dienstleistungen von Allgemeinem Wirtschaftlichen Interesse“ (DAWI). Wie bereits die VoG RZKB wird auch das neue Zentrum der Deutschsprachigen Gemeinschaft für Kinderbetreuung die im Erlass vom 22. Mai 2014 über die Dienste und andere Formen der Kinderbetreuung vorgesehenen Sozialtarife anwenden müssen. Auch wenn die Ausgleichsleistungen des Erlasses in der DG über den de-minimis-Beiträgen liegen werden, ohne jedoch den Betrag von jährlich 15 Mio. EUR zu überschreiten (Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe a) des Beschlusses 2012/21/EU), so werden dennoch die weiteren Bedingungen des Beschlusses, der mitunter die Kriterien des Altmark-Urteils des EuGH übernimmt, eingehalten, sodass gemäß Artikel 3 des Beschlusses, keine Anmeldung erforderlich ist.”

De gemachtigde voert aldus aan dat de vormen van kinderopvang die overeenkomstig het voorontwerp zullen worden opgericht, diensten van algemeen economisch belang (DAEB) zijn, die onder het besluit 2012/21/EU van de Commissie van 20 december 2011 ‘betreffende de toepassing van artikel 106, lid 2, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst, verleend aan bepaalde met het beheer van diensten van algemeen economisch belang belaste ondernemingen’ (het zogenaamde DAEB-vrijstellingsbesluit), vallen.

Er moet worden opgemerkt dat een subsidiëring slechts effectief onder de vrijstelling van aanmeldingsverplichting kan vallen, als aan alle voorwaarden bepaald in het genoemde besluit is voldaan. Het staat aan de stellers van het voorontwerp om na te gaan of de ontworpen regeling effectief voldoet aan de voorwaarden bepaald in het DAEB-vrijstellingsbesluit, in welk geval deze inderdaad zou zijn vrijgesteld van aanmelding.

## ONDERZOEK VAN DE TEKST

### Artikel 6

4. In artikel 6, eerste lid, 6°, van het voorontwerp, wordt als één van de algemene taken van het centrum omschreven “bijscholing en voortgezette opleidingen voor de personen die werkzaam zijn in de kinderopvang bevorderen”. De gemachtigde bevestigde dat het de bedoeling is dat het centrum bijscholingen organiseert:

“Ja, das Zentrum kann Fort- und Weiterbildungen organisieren, die es nicht nur dem eigenen Personal, sondern auch anderen in der Kinderbetreuung tätigen Personen anbietet.”

Het woord “bevorderen” (“Förderung”) lijkt om die reden beter te worden vervangen door het woord “organiseren” in artikel 6, eerste lid, 6°, van het voorontwerp.<sup>2</sup>

5. In het decreet van 31 maart 2014 ‘betreffende de kinderopvang’ wordt geen onderscheid gemaakt tussen crèches en onthaalouders. In artikel 6, tweede lid, 1°, van het voorontwerp, wordt blijkbaar wel een dergelijk onderscheid aangezien erin de zinsnede “..., in het bijzonder via diensten voor onthaalouders, crèches en locaties voor buitenschoolse opvang” voorkomt. Aan de gemachtigde werd gevraagd om het betrokken onderscheid toe te lichten. De gemachtigde deed dit als volgt:

“Die Bestimmungen des Dekrets vom 31. März 2014 wurden durch den Erlass der Regierung vom 22. Mai 2014 über die Dienste und andere Formen der Kinderbetreuung und den Erlass der Regierung vom 22. Mai 2014 über die selbstständigen Tagesmütter/-väter ausgeführt. In dem erstgenannten Erlass werden verschiedene Formen der Kinderbetreuung vorgesehen, insbesondere die Kinderbetreuung durch Tagesmütterdienste, Kinderkrippen und an Standorten der außerschulischen Betreuung. Die Auflistung dieser Formen der Kinderbetreuung im Dekretvorentwurf ist rein illustrativ und nicht erschöpfend. Sinn und Zweck war es, die aktuell bestehenden Kinderbetreuungsstrukturen widerzuspiegeln und eine dekretale Grundlage für diese Begrifflichkeiten zu schaffen.

Bei dem Tagesmütterdienst, der Kinderkrippe und den Standorten der außerschulischen Betreuung sowie den selbstständigen (Co-)Tagesmüttern/-vatern handelt es sich um Dienstleister, sie bieten eine Kinderbetreuung an (Artikel 2 Absatz 1 Nummer 3 des Dekrets vom 31. März 2014 über die Kinderbetreuung). Bei den konventionierten Tagesmüttern/-vatern handelt es sich um Personen, die im Auftrag eines solchen Dienstleisters tätig sind (Artikel 2 Absatz 1 Nummer 4 des Dekrets vom

---

<sup>2</sup> Eenzelfde redactionele aanpassing dient dan te worden doorgevoerd in de inleidende zin van artikel 25, § 1, eerste lid, van het voorontwerp.

31. März 2014 über die Kinderbetreuung und Artikel 1 Nummer 7 des Erlasses der Regierung vom 22. Mai 2014 über die Dienste und andere Formen der Kinderbetreuung).

Die selbstständigen (Co-)Tagesmütter/-väter müssen im Dekretvorentwurf explizit erwähnt werden, da das Zentrum für Kinderbetreuung vor allem für deren Beratung und Begleitung zuständig sein wird (Artikel 6 Absatz 1 Nummern 8 und 9 des Vorentwurfs).

Die konventionierten Tagesmütter/-väter müssen ebenfalls explizit erwähnt werden, da diejenigen, die momentan als solche zugelassen sind, in dieser Form vom Zentrum übernommen werden können und demnach Kinderbetreuung im Auftrag des Zentrums, das als Dienstleister gilt, anbieten (Artikel 42 §1 Absatz 2 des Vorentwurfs).

Der Tagesmütterdienst, die Kinderkrippen und die Standorte der außerschulischen Betreuung werden, wie oben erwähnt, nur zu Illustrationszwecken aufgeführt. Diese können jedoch effektiv, vor allem in Zusammenhang mit dem in Artikel 6 Absatz 2 aufgeführten Verweis auf das Dekret vom 31. März 2014, zu Verwirrung führen. Die entsprechenden Begriffe könnten ggf. aus dem Dekretvorentwurf gestrichen werden.”

De door de gemachtigde verstrekte toelichting doet ervan blijken dat de verwijzing naar de “diensten voor onthaalouders, crèches en locaties voor buitenschoolse opvang”, in artikel 6, tweede lid, 1°, van het voorontwerp, veeleer illustratief is. Vraag is derhalve of dergelijke verwijzing in de tekst van het voorontwerp niet beter wordt weggelaten en wordt volstaan met het opnemen van een bijkomende duiding in de memorie van toelichting bij het voorontwerp.<sup>3</sup>

#### Artikel 25

6. In artikel 25, § 2, van het voorontwerp, wordt aan de Regering van de Duitstalige Gemeenschap de bevoegdheid verleend om “de gegevenscategorieën vermeld in het eerste tot vierde lid [te] preciseren” (“kann die in den Absätzen 1 bis 4 aufgeführten Datenkategorien präzisieren”). Artikel 25, § 2, bestaat evenwel uit slechts één enkel lid. Er wordt derhalve allicht beoogd om te verwijzen naar sommige leden van artikel 25, § 1, van het voorontwerp. De betrokken verwijzing in artikel 25, § 2, zou derhalve moeten worden gecorrigeerd. Dezelfde opmerking geldt ten aanzien van de verwijzing naar “artikel 25, eerste tot vierde lid”, in artikel 26, eerste lid, van het voorontwerp.

#### Artikelen 36 tot 39

7.1. De artikelen 36 tot 39 van het voorontwerp strekken tot het aanvullen van het decreet van 31 maart 2014 ‘betreffende de kinderopvang’ met een aantal bepalingen inzake de verwerking van persoonsgegevens en meer in het bijzonder de categorieën van te verwerken persoonsgegevens, de duur van de gegevensverwerking, en de veiligheidsmaatregelen.

7.2. Krachtens artikel 22 van de Grondwet geldt voor elke verwerking van persoonsgegevens en, meer in het algemeen, voor elke schending van het recht op het privéleven, dat het formeel legaliteitsbeginsel dient te worden nageleefd.

---

<sup>3</sup> Ook in artikel 43 van het voorontwerp wordt melding gemaakt van “[d]e crèches, de locaties voor buitenlandse opvang en de diensten voor onthaalouders”.

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 wettigheidsbeginsel voor zover de machtiging voldoende nauwkeurig is omschreven en betrekking heeft op de tenuitvoerlegging van maatregelen waarvan de “essentiële elementen” voorafgaandelijk door de wetgever zijn vastgesteld.<sup>4</sup>

Bijgevolg moeten de “essentiële elementen” van de verwerking van persoonsgegevens in de wet zelf worden vastgelegd. In dat verband zijn zowel de Raad van State, afdeling Wetgeving,<sup>5</sup> als het Grondwettelijk Hof<sup>6</sup> 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.

7.3. Naast het formele wettigheidsvereiste legt artikel 22 van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en met de artikelen 7, 8 en 52 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, de verplichting op dat de inmenging in het recht op eerbiediging van het privéleven en in het recht op bescherming van persoonsgegevens in duidelijke en voldoende nauwkeurige bewoordingen wordt geformuleerd die het mogelijk maken de hypothesen te voorzien waarin de wetgever een dergelijke inmenging in het recht op eerbiediging van het privéleven toestaat.<sup>7</sup>

Inzake bescherming van de gegevens impliceert dat vereiste van voorzienbaarheid dat voldoende precies moet worden bepaald in welke omstandigheden de verwerkingen van persoonsgegevens zijn toegelaten.<sup>8</sup>

Derhalve moet eenieder een voldoende duidelijk beeld kunnen hebben van de verwerkte gegevens, de bij een bepaalde gegevensverwerking betrokken personen en de voorwaarden voor en de doeleinden van de verwerking.<sup>9</sup>

---

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> 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).

<sup>6</sup> GwH 10 maart 2022, nr. 33/2022, B.13.1; GwH 22 september 2022, nr. 110/2022, B.11.2.

<sup>7</sup> GwH 10 maart 2022, nr. 33/2022, B.13.2.

<sup>8</sup> EHRM, grote kamer, 4 mei 2000, *Rotaru t. Roemenië*, § 57; EHRM, grote kamer, 4 december 2008, *S. en Marper t. Verenigd Koninkrijk*, § 99; GwH 10 maart 2022, nr. 33/2022, B.13.2.

<sup>9</sup> GwH 10 maart 2022, nr. 33/2022, B.13.2.

7.4. In het ontworpen artikel 15.1, vijfde lid, van het decreet van 31 maart 2014 (artikel 37 van het voorontwerp), wordt aan de Regering van de Duitstalige Gemeenschap de bevoegdheid verleend om “de gegevenscategorieën vermeld in het eerste en vierde lid [te] preciseren”. De aldus aan de Regering gedelegeerde bevoegdheid kan evenwel niet te baat worden genomen om bepaalde categorieën van te verwerken gegevens nader te specificeren indien de decreetgever die categorieën op een te algemene of onbepaalde wijze heeft omschreven. Evenmin kan hiervoor een beroep worden gedaan op de algemene uitvoeringsbevoegdheid die de Regering van de Duitstalige Gemeenschap put uit artikel 7 van de wet van 31 december 1983 ‘tot hervorming der instellingen voor de Duitstalige Gemeenschap’ *juncto* artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’. De “categorie van verwerkte gegevens” maakt immers een “essentieel element” van de gegevensverwerking uit dat door de decreetgever zelf moet worden vastgelegd.

Een te algemene of onbepaalde omschrijving van een categorie te verwerken persoonsgegevens zou daarenboven op gespannen voet komen te staan met het materiële legaliteitsbeginsel van artikel 22 van de Grondwet aangezien dergelijke omschrijving niet toelaat een voldoende duidelijk beeld te verwerven van de verwerkte gegevens. Aldus kan niet nagegaan worden of de betrokken gegevensverwerking wel in overeenstemming is met het beginsel van de minimale gegevensverwerking zoals dit voortvloeit uit artikel 5, lid 1, c), van de AVG<sup>10</sup>. Evenmin kan worden nagegaan of de verwerking betrekking heeft op een bijzondere categorie van gevoelige persoonsgegevens, waarvan de verwerking overeenkomstig artikel 9, lid 1, van de AVG in beginsel verboden is en slechts mogelijk is in de limitatief in artikel 9, lid 2, van dezelfde verordening opgesomde uitzonderingsgevallen.

De stellers van het voorontwerp doen er goed aan om de oplijsting van persoonsgegevens in het ontworpen artikel 15.1, eerste tot vierde lid, van het decreet van 31 maart 2014 (artikel 37 van het voorontwerp), aan een bijkomend nazicht te onderwerpen rekening houdend met wat voorafgaat. Wat dat betreft, komt het de afdeling Wetgeving voor dat in ieder geval de algemene en te onbepaalde vermelding van “gevoelige gegevens”, in het ontworpen artikel 15.1, eerste lid, 4°, g), van het voornoemde decreet, nader zou moeten worden gepreciseerd door de decreetgever.

7.5. In het ontworpen artikel 15.1, eerste lid, 3°, van het decreet van 31 maart 2014 (artikel 37 van het voorontwerp), moet de verwijzing naar “de kinderen vermeld in het eerste lid” worden gecorrigeerd.

7.6. In het ontworpen artikel 15.2, eerste lid, van het decreet van 31 maart 2014 (artikel 38 van het voorontwerp), wordt bepaald dat de verwerkte gegevens “tot ten hoogste tien jaar na beëindiging van de kinderopvang [mogen] worden bewaard”. De gemachtigde deelde wat dat betreft het volgende mee:

---

<sup>10</sup> 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)’.

“Die Aufbewahrungsfrist in Artikel 38 von 10 Jahren orientiert sich an der allgemeinen Verjährungsfrist für persönliche Klagen, die gemäß Artikel 2262bis des früheren Zivilgesetzbuches 10 Jahre beträgt.”

Het verdient aanbeveling om deze verduidelijking op te nemen in de memorie van toelichting bij het voorontwerp.

### Artikel 42

8.1. In artikel 42, § 1, van het voorontwerp, wordt bepaald dat de personeelsleden van het RZKB die zich op het tijdstip van de inwerkingtreding van de ontworpen regeling in een arbeidsverhouding met het RZKB bevinden, bij het centrum in dienst worden genomen met een arbeidsovereenkomst op basis van een aanbod van het centrum. Er wordt aldus niet voorzien in een selectieprocedure voor de betrokken personeelsleden, noch in een openbare oproep tot kandidaatstelling.

De vraag rijst naar de eventuele toepassing van richtlijn 2001/23/EG van de Raad van 12 maart 2001 ‘inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der Lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen’, zoals omgezet in het interne recht bij CAO nr. 32*bis*, zoals geamendeerd door CAO nr. 32*quinqüies* van 13 maart 2002.<sup>11</sup>

Naar de mening van de gemachtigde is de voornoemde richtlijn in het gegeven geval niet van toepassing:

“Diese Richtlinie ist nicht anwendbar, da es sich nicht um einen Übergang eines Unternehmens, Betriebs bzw. von Unternehmens- oder Betriebsteilen im Sinne von Artikel 1 dieser Richtlinie handelt.

(...)

Durch Artikel 42 § 1 wird den Personalmitgliedern der VoG Regionalzentrum für Kleinkindbetreuung das Angebot gemacht für das neue Zentrum für Kinderbetreuung zu arbeiten.

Durch das vorliegende Dekret wird die VoG Regionalzentrum für Kleinkindbetreuung nicht aufgelöst.

Die VoG wird weiterbestehen, wenn sie nicht unter Einhaltung des Gesetzbuchs der Gesellschaften und Vereinigungen liquidiert wird.”

Richtlijn 2001/23/EG, en de omzetting hiervan bij de CAO nr. 32*bis*, is overeenkomstig artikel 1, 1, a), ervan, van toepassing op de overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen op een andere ondernemer ten gevolge van een overdracht krachtens overeenkomst of een fusie. Bijgevolg zijn de betrokken

---

<sup>11</sup> Collectieve arbeidsovereenkomst nr. 32*quinqüies* van 13 maart 2002, gesloten in de Nationale Arbeidsraad, ‘tot wijziging van de collectieve arbeidsovereenkomst nr. 32*bis* van 7 juni 1985 betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij wijziging van werkgever ingevolge de overgang van ondernemingen krachtens overeenkomst en tot regeling van de rechten van de werknemers die overgenomen worden bij overname van activa na faillissement of gerechtelijk akkoord door boedelafstand’.

richtlijn, en de nationale omzetting ervan, slechts van toepassing wanneer aan drie voorwaarden cumulatief wordt voldaan: (1) er moet sprake zijn van een wijziging van werkgever, (2) ten gevolge van een overgang krachtens een overeenkomst van (3) een onderneming of een afdeling ervan.<sup>12</sup>

De memorie van toelichting bij het voorontwerp geeft aan dat de overdracht zal worden geregeld in een overeenkomst. Daarnaast moet er ook sprake zijn van een overgang van een onderneming. De loutere voortzetting van de activiteit volstaat immers niet.<sup>13</sup> Belangrijk is dat de economische eenheid haar identiteit behoudt, waaronder een geheel van georganiseerde middelen wordt verstaan.<sup>14</sup> Wel zal in sectoren waar arbeidskrachten de voornaamste factor uitmaken bij de activiteit, wat het geval is bij een activiteit waarvoor geen bijzondere materiële middelen hoeven te worden ingezet, een groep werknemers die duurzaam een gemeenschappelijke activiteit verricht, een economische eenheid kunnen vormen en zijn identiteit ook na de overgang kunnen behouden, wanneer de nieuwe ondernemer niet alleen de betrokken activiteit voortzet, maar ook een wezenlijk deel – naar aantal en deskundigheid – van het personeel overneemt dat zijn voorganger speciaal voor die taak had ingezet. In dat geval verwerft de nieuwe ondernemer namelijk het georganiseerde geheel van elementen waarmee de activiteiten of bepaalde activiteiten van de overdragende onderneming duurzaam kunnen worden voortgezet.<sup>15</sup> Het Hof van Justitie preciseerde dit als volgt in een recent arrest:

“Gelet op een en ander moet in de eerste plaats worden gepreciseerd dat, naast het geval waarin de activiteit hoofdzakelijk op arbeidskrachten berust, zoals bedoeld in de in punt 93 van het onderhavige arrest aangehaalde rechtspraak, in een situatie waarin materiële activa, zoals gebouwen en roerende goederen, niet onontbeerlijk zijn voor de goede werking van de betrokken entiteit, of wanneer de arbeidskrachten en de materiële activa even belangrijk zijn voor de goede werking van deze entiteit en dat de activiteit van de vertrekkende onderneming wordt voortgezet door de overnemende onderneming en het wezenlijk deel van het personeel door die laatste wordt overgenomen, het ontbreken van een overgang van materiële activa niet in de weg staat aan het oordeel dat de identiteit van de economische eenheid blijft behouden na de overgang ervan zodat een ‘overgang van een onderneming’ in de zin van artikel 1, lid 1, van richtlijn 2001/23 kan worden geacht te hebben plaatsgevonden.”<sup>16</sup>

<sup>12</sup> B. VANSCHOEBEKE, “Het belang van de aard van de onderneming voor de toepassing van Richtlijn 2001/23/EG. Situering en kanttekeningen naar aanleiding van het arrest van het Hof van Justitie van 27 februari 2020 (zaak C-298/18) inzake de exploitatie van buslijnen”, *JTT* 2020, nr. 16, 313.

<sup>13</sup> B. VANSCHOEBEKE, *l.c.*, nr. 16, 314, alwaar wordt verwezen naar HvJ 27 februari 2020, nr. C-298/18, ECLI:EU:C:2020:121, Reiner Grafe, punt 26; HvJ 13 juni 2019, nr. C-664/17, ECLI:EU:C:2019:496, Ellinika Nafpigeia AE, punt 53.

<sup>14</sup> Om de identiteit inhoudelijk te duiden wordt verwezen naar nog andere met elkaar verbonden elementen, zoals de personeelssamenstelling, de leiding, de taakverdeling, de bedrijfsvoering en de beschikbare bedrijfsmiddelen, zie B. VANSCHOEBEKE, *l.c.*, nr. 16, 314, waar wordt verwezen naar HvJ 27 februari 2020, nr. C-298/18, ECLI:EU:C:2020:121, Reiner Grafe, punt 26; HvJ 13 juni 2019, nr. C-664/17, ECLI:EU:C:2019:496, Ellinika Nafpigeia AE, punt 62 (waar ook sprake is van functionele autonomie om de identiteit te bepalen).

<sup>15</sup> HvJ 11 juli 2018, nr. C-60/17, ECLI:EU:C:2018:559, Somoza Hermo en Ilunión Seguridad, punten 34 en 35 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

<sup>16</sup> HvJ 24 juni 2021, nr. C-550/19, ECLI:EU:C:2021:514, EV, punt 97.

Uit de aangehaalde rechtspraak blijkt dat de overgang van personeel voldoende kan zijn om te spreken van een overgang van een (deel van) een onderneming, wanneer de activiteit hoofdzakelijk op arbeidskrachten berust. Het valt in het licht van die rechtspraak aldus niet uit te sluiten dat het RZKB minstens deels wordt overgenomen door het centrum voor kinderopvang waardoor CAO nr. 32*bis* en de erin vervatte waarborgen van toepassing zullen zijn.

De artikelen 42, §§ 1 en 2, van het voorontwerp, kunnen, in de mate erin wordt bepaald dat de werknemers door het centrum in dienst worden genomen met behoud van minstens het bezoldigingspakket dat ze hadden op het tijdstip van de inwerkingtreding van het ontworpen decreet, worden geacht in overeenstemming te zijn met CAO nr. 32*bis*, voor zover evenwel het aanbod van het centrum zoals vermeld in artikel 42, § 1, van het voorontwerp, tevens dezelfde rechten en verplichtingen omvat.<sup>17</sup>

8.2. Onder voorbehoud van de onder randnummer 8.1 gemaakte opmerking in verband met de toepasselijkheid van richtlijn 2001/23/EG, moet erop worden gewezen dat, in het licht van de door de gemachtigde voorgestane visie met betrekking tot die toepasselijkheid, nog steeds zal moeten worden voldaan aan het in artikel 10 van de Grondwet vervatte gelijkheidsbeginsel dat vereist dat eenieder een gelijke toegang tot het openbaar ambt wordt gewaarborgd, hetgeen het bestuur ertoe verplicht om op een objectieve wijze de aanspraken te vergelijken van de verschillende kandidaten en om bij aanwervingen de voorrang te geven aan degene die vanuit het oogpunt van het algemeen belang de meest geschikte kandidaat is. Een automatische “overname” van personeel dat in dienst werd genomen door een private rechtspersoon, zijnde het RZKB, zonder dat daarbij de vereisten gelden van gelijke toegang en objectieve selectie die van toepassing zijn voor de overheid, staat dan ook op gespannen voet met het voornoemde gelijkheidsbeginsel.<sup>18</sup>

Het ontbreken van een openbare oproep en een objectieve selectieproef leidt ertoe dat kandidaten die geïnteresseerd zouden kunnen zijn in het uitoefenen van een functie bij het centrum voor kinderopvang, daarvoor niet in aanmerking komen, hetgeen op gespannen voet kan komen te staan met het voornoemde beginsel inzake de gelijke toegang tot het openbaar ambt.<sup>19</sup> Een afwijking van dat beginsel kan slechts worden aangenomen indien daarvoor een rechtens aanvaardbare verantwoording kan worden gegeven, meer bepaald wat betreft het pertinente karakter van het gehanteerde criterium van onderscheid en het evenredigheidsverband tussen het aangewende middel en het beoogde doel. *In casu* kan evenwel nergens een verantwoording worden teruggevonden voor het ontbreken van een openbare oproep of een objectieve selectieproef.

---

<sup>17</sup> Zie art. 7 van CAO nr. 32*bis*.

<sup>18</sup> Zie adv.RvS 39.103/3 van 4 oktober 2005 over een voorontwerp dat heeft geleid tot het decreet van 31 maart 2006 ‘tot overname van personeelsleden van VZW Info-Toerisme door het Intern Verzelfstandigd Agentschap Toerisme Vlaanderen’, opmerking 4.2 ev.

<sup>19</sup> Zie bv. adv.RvS 70.104/1 van 27 september 2021 over een ontwerp dat heeft geleid tot het besluit van de Regering Duitstalige Gemeenschap van 28 oktober 2021 ‘tot wijziging van verschillende bepalingen van de rechtspositieregeling en bezoldigingsregeling van het personeel van het Ministerie en van bepaalde organismen van openbaar nut van de Duitstalige Gemeenschap’, opmerking 7.1 e.v.

Aan de gemachtigde werd gevraagd om toe te lichten waarom artikel 42, § 1, van het voorontwerp, volgens hem verenigbaar is met het beginsel van de gelijke toegang tot het openbaar ambt en waarom de functies niet worden ingevuld via een objectieve selectieproef. De gemachtigde verklaarde in dat verband het volgende:

“Prinzipiell gilt das Prinzip des gleichen Zugangs der Bürger zu einem öffentlichen Amt. Allerdings kann laut der Rechtsprechung des Staatsrats von diesem Prinzip abgewichen werden, wenn dafür eine rechtlich akzeptable Rechtfertigung gegeben werden kann, insbesondere was den relevanten Charakter des angewandten Unterscheidungskriteriums und die Verhältnismäßigkeit zwischen dem verwendeten Mittel und dem verfolgten Ziel betrifft.

Davon abgesehen handelt es sich bei den Personalmitgliedern des Zentrums, die übernommen werden, um vertragliche Mitglieder.”

Ingaand op de door de gemachtigde gegeven verklaring, zou het aanbeveling verdienen dat in de memorie van toelichting bij het voorontwerp een concrete en afdoende motivering zou worden opgenomen die de afwijking van het beginsel van de gelijke toegang tot het openbaar ambt kan verantwoorden.<sup>20</sup>

#### Artikel 44

9. In artikel 44 van het voorontwerp wordt bepaald dat “[i]n afwijking van artikel 12 van het decreet van 31 maart 2014 betreffende de kinderopvang (...) het centrum geen binnen de perken van de beschikbare begrotingsmiddelen toegekende subsidies voor kinderopvang [kan] ontvangen”. In de memorie van toelichting bij het voorontwerp wordt verduidelijkt dat het centrum de betrokken subsidies niet zal kunnen ontvangen “aangezien het een dotatie zal krijgen”. Aangezien artikel 44 van het voorontwerp niet slechts een tijdelijke regeling bevat en geenszins de overgang beoogt te regelen van de ene naar de andere rechtstoestand, zou het opschrift ervan, “Overgangsbepaling”, moeten worden aangepast. Daarenboven zou de betrokken bepaling beter worden geïntegreerd in artikel 28 van het voorontwerp (“Financiële middelen van het centrum”).

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Wim GEURTS

Marnix VAN DAMME

---

<sup>20</sup> Voor een aantal gevallen waarin een afdoende motivering voorhanden werd geacht zie bv. adv.RvS 71.900/1/V van 29 augustus 2022 over een voorontwerp dat heeft geleid tot het decreet van 2 december 2022 ‘over de overname van de personeelsleden van het Agentschap Integratie en Inburgering door het agentschap Facilitair Bedrijf’, opmerking 3.1; adv.RvS 60.043/1 van 7 oktober 2016 over een voorontwerp dat heeft geleid tot het decreet van 23 december 2016 ‘tot overname van de personeelsleden van de vzw Plan C door de Openbare Vlaamse Afvalstoffenmaatschappij’, opmerking 3.