RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 53.683/3
van 4 oktober 2013

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘houdende de vergunningsvoorwaarden en het kwaliteitsbeleid voor gezinsopvang en groepsopvang van baby’s en peuters’

Op 9 juli 2013 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Welzijn, Volksgezondheid en Gezin verzocht, binnen een termijn van dertig dagen, verlengd tot 4 oktober 2013, een advies te verstrekken over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘houdende de vergunningsvoorwaarden en het kwaliteitsbeleid voor gezinsopvang en groepsopvang van baby’s en peuters’.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 24 september 2013. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Jan SMETS en Jeroen VAN NIEUWENHOVE, staatsraden, Jan VELAERS en Johan PUT, assessoren, en Annemie GOOSSENS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Rein THIELEMANS, eerste auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 4 oktober 2013.

*

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

*

STREKKING EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

2. Het decreet van 20 april 2012 ‘houdende de organisatie van kinderopvang van baby’s en peuters’ bevat een vergunningsplicht voor gezinsopvang, voor groepsopvang en voor opvang aan huis voor elke organisator die kinderopvang wil organiseren.

Ter uitvoering van dat decreet strekt het om advies voorgelegde ontwerpbesluit ertoe de vergunningsvoorwaarden, bestaande uit startvoorwaarden en uit werkingsvoorwaarden, voor de te vergunnen activiteiten vast te stellen, alsmede de mogelijkheden tot afwijking van die voorwaarden. Tevens bevat het ontwerp overgangsbepalingen, strekt het tot de opheffing van een aantal besluiten van de Vlaamse Regering en tot inwerkingstelling, op 1 april 2014, van het decreet van 20 april 2012 wat betreft de vergunning voor gezinsopvang en groepsopvang.

3.1. Het ontworpen besluit vindt in de eerste plaats rechtsgrond in artikel 6, §§ 5,[1] 6 en 7, artikel 36, derde en vierde lid, en artikel 37 van het decreet van 20 april 2012. Daarnaast dient ervoor rechtsgrond te worden gezocht in artikel 8, § 2, van het decreet van 30 april 2004 ‘tot oprichting van het intern verzelfstandigd agentschap met rechtspersoonlijkheid Kind en Gezin’, gelezen in samenhang met artikel 6 van dat decreet (in de versie die zal gelden op 1 april 2014),[2] in artikel 6, § 1, van het decreet van 17 oktober 2003 ‘betreffende de kwaliteit van de gezondheids- en welzijnsvoorzieningen’[3] en in artikel 3, 2°, van het decreet van 20 maart 2009 ‘houdende diverse bepalingen betreffende het beleidsdomein Welzijn, Volksgezondheid en Gezin’[4].

3.2. Een aantal bepalingen uit het ontwerp vergen op het vlak van de rechtsgrond een nader onderzoek.

3.2.1. Als rechtsgrond voor artikel 2 van het ontwerp vermeldt de gemachtigde artikel 6, § 5, van het decreet van 20 april 2012, gelezen in samenhang met artikel 6, §§ 1, 2, 4, 6 en 7, ervan.

3.2.1.1. De eerste zin van artikel 2, eerste lid, van het ontwerp is evenwel een herhaling van artikel 4, derde lid, van het decreet van 20 april 2012, en strekt derhalve niet tot uitvoering

[1] Gelezen in samenhang met artikel 6, §§ 1 tot 4, van het decreet van 20 april 2012.

[2] Rechtsgrond voor de bepalingen waarbij taken worden opgelegd aan het intern verzelfstandigd agentschap met rechtspersoonlijkheid “Kind en Gezin”.

[3] Rechtsgrond voor artikel 59 van het ontworpen besluit. Het ontwerp bevat evenwel geen bepalingen ter uitvoering van de artikelen 6, § 2, en 9 van het decreet van 17 oktober 2003.

[4] Rechtsgrond voor artikel 65, eerste lid, 5°, van het ontworpen besluit.

van artikel 6, § 5, van dat decreet nu erin geen “nadere regels met betrekking tot paragraaf 1 tot en met 4” (van artikel 6 van het decreet van 20 april 2012) worden bepaald, en evenmin “competenties voor kinderopvang”.

De bepaling wordt beter weggelaten omdat erin louter een decreetsbepaling wordt herhaald en ze derhalve overbodig is, terwijl bovendien de indruk kan worden gewekt dat de regel uitgaat van de Vlaamse Regering. De gemachtigde is het hiermee eens.[5]

3.2.1.2. In artikel 2, eerste lid, tweede zin, en derde lid, van het ontwerp worden evenmin nadere regels betreffende artikel 6, §§ 1 tot 4, van het decreet van 20 april 2012 of competenties voor kinderopvang bepaald, zodat de erin opgenomen bepalingen ook niet artikel 6, § 5, van het decreet van 20 april 2012 als rechtsgrond hebben. Het zijn eerder bepalingen inzake de procedure, die volgens de gemachtigde kunnen worden opgenomen in het nog tot stand te komen procedurebesluit. De rechtsgrond ervoor wordt geboden door artikel 4, laatste lid, van het genoemde decreet.

3.2.1.3. Artikel 2, tweede lid, van het ontwerp, waarin wordt bepaald waarvan het aantal toe te kennen vergunde plaatsen afhankelijk is, strekt ook niet tot uitvoering van artikel 6, § 5, van het decreet van 20 april 2012. De eerstgenoemde bepaling kan eventueel worden gesteund op de algemene uitvoeringsbevoegdheid van de Vlaamse Regering, gelezen in samenhang met artikel 5, eerste lid, 3°, van dat decreet.

3.2.2. Artikel 3, eerste lid, van het ontwerp vindt volgens de gemachtigde rechtsgrond in artikel 6, § 5, van het decreet van 20 april 2012, maar de eerstgenoemde bepaling bevat geen nadere regels betreffende artikel 6, §§ 1 tot 4, van dat decreet, en bepaalt geen competenties voor kinderopvang. Het genoemde artikel 6, § 5, kan ervoor dan ook geen rechtsgrond bieden.

3.2.2.1. De eerste zin van artikel 3, eerste lid, van het ontwerp is een onvolledige herhaling van artikel 4, vierde lid, van het decreet van 20 april 2012, en wordt derhalve beter weggelaten. Zo de zin toch behouden blijft, kan hij worden gesteund op de algemene uitvoeringsbevoegdheid van de Vlaamse Regering, gelezen in samenhang met artikel 4, vierde lid, van dat decreet.

De tweede zin van artikel 3, eerste lid, van het ontwerp betreft de handhaving. De gemachtigde verklaarde dat deze zin kan kaderen in het nog tot stand te komen besluit handhaving, en in dat besluit zal worden opgenomen. De rechtsgrond ervoor is te vinden in artikel 15, eerste lid, 1°, van het decreet van 20 april 2012.

3.2.2.2. Artikel 3, tweede lid, van het ontwerp bepaalt dat de vergunning en de bijbehorende voorwaarden ook gelden voor de buitenschoolse opvang die gelijktijdig in de vergunde kinderopvanglocatie kan plaatsvinden.

[5] Zo de bepaling toch behouden blijft (in welk geval de decretale oorsprong ervan duidelijk moet worden gemaakt), dient ze eerder te worden gesteund op de algemene uitvoeringsbevoegdheid van de Vlaamse Regering, bedoeld in artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’, gelezen in samenhang met artikel 4, derde lid, van het decreet van 20 april 2012. Zo de bepaling wordt weggelaten, dient een bepaling in de plaats te komen waarin de naleving van de startvoorwaarden en de werkingsvoorwaarden in verband wordt gebracht met het verlenen en het behouden van de vergunning(en) voor het organiseren van kinderopvang.

Volgens de gemachtigde kan de genoemde bepaling rechtsgrond vinden in artikel 12 van het decreet van 30 april 2004. In dat artikel wordt evenwel geen gewag gemaakt van een vergunning, maar wel van het toestaan van initiatieven en van een toelatingsbeslissing. Mits artikel 3, tweede lid, van het ontwerp op dat vlak wordt aangepast, kan het genoemde artikel 12 rechtsgrond bieden. Niettemin is het verwarrend een dergelijke fundamentele bepaling inzake het toelaten van buitenschoolse opvang onder te brengen in het ontworpen besluit, dat een ander toepassingsgebied heeft. De bepaling wordt beter opgenomen in het besluit over de buitenschoolse opvang dat in voorbereiding is. De gemachtigde is het hiermee eens.

Eenzelfde opmerking geldt ten aanzien van artikel 31, 2°, van het ontwerp.

3.2.3. In artikel 34 van het ontwerp wordt de erkenning opgelegd van de organisatie die pedagogische ondersteuning verleent aan de organisator van kinderopvang, die het attest draagkracht voor de kinderbegeleiders toekent waarvan gewag wordt gemaakt in artikel 6, § 2, van het decreet van 20 april 2012 en in artikel 14 van het ontwerp. Dat het om een erkende organisatie moet gaan, is niet bepaald in dat decreet.

De gemachtigde verklaarde het volgende:

> "De erkenning zal geregeld worden in een afzonderlijk uitvoeringsBVR van het decreet van 20 april 2012, dat de erkenningsvoorwaarden en de procedure voor erkenning vastlegt. In het decreet van 20 april is niet bepaald dat er een erkenning moet zijn, dit wordt op niveau BVR bepaald, en moet gezien worden samen met art. 6, § 2 decreet: het zal dezelfde erkende organisatie zijn die enerzijds draagkracht zal bepalen en anderzijds pedagogische ondersteuning zal bieden."

In advies 49.958/1/V van 2 augustus 2011[6] over het voorontwerp dat leidde tot het decreet van 20 april 2012 , werd het volgende opgemerkt:

> "(…)
>
> 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."

Artikel 6, § 2, van het ontwerp dat heeft geleid tot het decreet van 20 april 2012, werd aangevuld met een omschrijving van het begrip "draagkracht", waaruit blijkt welke elementen uit de persoonlijke levenssfeer ermee verband houden, en met een omschrijving van de minimale elementen waarop de voorwaarden, te bepalen door de Vlaamse Regering en waaraan de organisatie die het attest draagkracht uitreikt, moet voldoen, betrekking hebben.

[6] *Parl.St.* Vl.Parl. 2011-12, nr. 1395/1, 125, opmerking 19.

Gelet op het gegeven dat de essentiële voorwaarden waaraan de pedagogische ondersteuningsorganisatie moet voldoen, in het decreet van 20 april 2012 zijn bepaald (zie artikel 6, § 2, tweede lid), zou kunnen worden aanvaard dat de Vlaamse Regering, op grond van haar algemene uitvoeringsbevoegdheid, een erkenningsvereiste invoert, nu dat vereiste ertoe strekt na te gaan of effectief aan de gestelde voorwaarden is voldaan.

3.2.4. In artikel 43, § 2, van het ontwerp wordt een attest van actieve kennis van het Nederlands vereist voor de persoon werkzaam in de kinderopvanglocatie die bij afwezigheid van de verantwoordelijke op de kinderopvanglocatie de taak van de verantwoordelijke als aanspreekpersoon voor de toezichthouders, het intern verzelfstandigd agentschap met rechtspersoonlijkheid “Kind en Gezin” (hierna: Kind en Gezin) en de gezinnen overneemt.

Bij artikel 6, § 1, 4°, van het decreet van 20 april 2012 wordt de actieve kennis van de Nederlandse taal vereist in hoofde van de verantwoordelijke en van minstens één van de kinderbegeleiders, maar niet uitdrukkelijk in hoofde van een vervanger van de verantwoordelijke. Er zou evenwel kunnen worden aanvaard dat met de term “verantwoordelijke” ook wordt verwezen naar zijn vervanger, al verdient het aanbeveling om zulks uitdrukkelijk in de genoemde decreetsbepaling te vermelden.

3.2.5. Luidens artikel 61 van het ontwerp vangt de organisator van kinderopvang alleen baby’s en peuters op van wie de vraag naar kinderopvang is geregistreerd in de Kinderopvangzoeker, zijnde het informatie- en registratiesysteem van Kind en Gezin, bedoeld in artikel 6, § 1, 3°, van het decreet van 30 april 2004.

De gemachtigde verschafte in dat verband de volgende toelichting:

> “Art. 61 is een vergunningsvoorwaarde, met rechtsgrond in art. 6§ 5 decreet, specifiek gaat het om een plicht van de organisator om samen te werken met Kind en Gezin, het informatie- en registratiesysteem van Kind en Gezin kan immers maar werken als alle gezinnen hun vraag registreren, en om dit te bereiken is een samenwerking met de organisator noodzakelijk.”

De rechtsgrond zou derhalve artikel 6, § 5, (eerste lid,) van het decreet van 20 april 2012 zijn, gelezen in samenhang met artikel 6, § 1, 6°, van dat decreet. Het zou dus moeten gaan om een vergunningsvoorwaarde die verband houdt met de samenwerking met Kind en Gezin.

Op basis van een dergelijke rechtsgrond kan evenwel geen bepaling worden ingevoerd die als gevolg heeft dat gezinnen die niet ingeschreven zijn in de Kinderopvangzoeker, geen gebruik meer kunnen maken van de kinderopvang voor baby’s en peuters.

Er kan eventueel wel in een facultatieve inschrijving in de Kinderopvangzoeker worden voorzien, maar niet in een verbod voor de organisator om kinderen op te vangen die niet zijn geregistreerd. Daarvoor is een uitdrukkelijke decretale bepaling vereist.

3.2.6. In artikel 69, tweede lid, van het ontwerp worden de onthaalouders die zijn aangesloten bij een erkende dienst voor onthaalouders, gelijkgesteld met een kinderopvanglocatie met een erkenning bedoeld in artikel 69, eerste lid, van het ontwerp, voor wie de erkenning van rechtswege wordt omgezet in een vergunning.

Artikel 69, tweede lid, van het ontwerp zou volgens de gemachtigde rechtsgrond moeten vinden in artikel 36, derde lid, van het decreet van 20 april 2012, gelezen in samenhang met artikel 36, eerste lid, van dat decreet. De bedoelde onthaalouders zouden niet onder artikel 70 van het ontworpen besluit vallen, dat rechtsgrond vindt in artikel 36, vierde lid, van het decreet van 20 april 2012, omdat deze onthaalouders wel degelijk aan voorwaarden voldoen, in tegenstelling tot enkel gemelde voorzieningen. Zij verklaarde:

> "Aangesloten onthaalouders behoren op vandaag, in tegenstelling tot zelfstandige onthaalouders, tot de erkende sector. De dienst waarbij ze zijn aangesloten heeft een erkenning van Kind en Gezin, en zij hebben een sui generis statuut, geen echte werknemers maar toch verbonden aan een bepaalde erkende dienst voor onthaalouders. Deze onthaalouders hebben dus geen eigen 'attest van toezicht' zoals zelfstandige onthaalouders dat hebben, maar zijn indirect 'erkend' via hun dienst voor onthaalouders, vandaar dat dit voor de duidelijkheid geëxpliciteerd wordt in het BVR."

De genoemde voorwaarden zijn bepaald in het besluit van de Vlaamse Regering van 23 februari 2001 'houdende de voorwaarden inzake erkenning en subsidiëring van kinderdagverblijven en diensten voor onthaalouders'. Uit dat besluit blijkt dat het de diensten voor onthaalouders zijn die erkend worden, en niet de onthaalouders zelf. Het staat dan op gespannen voet met artikel 36, eerste lid, van het decreet van 20 april 2012 om de onthaalouders zelf gelijk te stellen met een kinderopvanglocatie die beschikt over een erkenning.

Volgens de gemachtigde zullen evenwel bij de in artikel 69, eerste lid, van het ontwerp bedoelde omzetting van de erkenning, de diensten voor onthaalouders de organisator zijn die vergunningsplichtig is, en zullen de aangesloten onthaalouders werken als kinderbegeleider. Indien dit effectief het geval is, is het niet duidelijk waarom de omzetting van een "erkenning" in een vergunning in hoofde van de onthaalouders zelf nodig is.

De bepaling moet in dat geval anders worden geredigeerd, zodat duidelijkheid bestaat over de beoogde rechtsgevolgen, en zonder dat de onthaalouders gelijkgesteld worden met een kinderopvanglocatie die beschikt over een erkenning.

3.2.7. Een aantal bepalingen van het ontwerp betreffen het verwerken en het raadplegen van persoonsgegevens. Artikel 24 van het decreet van 20 april 2012 bepaalt welke soorten persoonsgegevens "minstens" mogen worden verwerkt, ter uitvoering van dat decreet en de uitvoeringsbesluiten ervan, door Kind en Gezin, de organisator, de toezichthouder en het lokaal loket kinderopvang. Dat is vereist, gelet op het legaliteitsbeginsel vervat in artikel 22 van de Grondwet. In de diverse onderdelen van het genoemde artikel 24 wordt steeds bepaald dat de betrokkenen "minstens" de opgesomde persoonsgegevens verwerken.

Al is het hanteren van het woord "minstens", in combinatie met de woorden "in (lees: ter) uitvoering van dit decreet en de uitvoeringsbesluiten", niet vrij van dubbelzinnigheid en zou het genoemde artikel 24 daardoor ruim kunnen worden opgevat, toch kan gelet op het legaliteitsbeginsel moeilijk worden aanvaard dat de Vlaamse Regering de te verwerken persoonsgegevens zou mogen uitbreiden. In dat opzicht doen de volgende bepalingen van het ontwerp problemen rijzen:

- artikel 30 van het ontwerp:

Luidens dat artikel is de organisator van kinderopvang verplicht om elke situatie van grensoverschrijdend gedrag te melden aan Kind en Gezin. In de mate daarbij persoonsgegevens worden gemeld over het kind en over “de persoon die aanwezig is tijdens de kinderopvang” en die het grensoverschrijdend gedrag stelde, is er alleen afdoende rechtsgrond in het decreet (in artikel 6, § 5, gelezen in samenhang met de artikelen 6, § 1, 2° of 3°, a), en 24, eerste lid, 1°, f), 2°, c), en tweede lid, 3°, a), in zoverre situaties van grensoverschrijdend gedrag beschouwd zouden worden als een crisissituatie.

De gemachtigde verklaarde in dit verband:

> “Het kan inderdaad om persoonsgegevens gaan: alhoewel wij ‘crisis’ onderscheiden van ‘grensoverschrijdend gedrag’, en daar een afzonderlijke procedure en aanpak voor voorzien, gaat het in beide gevallen wel om een ‘crisissituatie’ in ruime zin, en kan dit vallen onder artikel 24 van het decreet.”

In de in artikel 30, tweede lid, van het ontwerp opgenomen definitie van “grensoverschrijdend gedrag” wordt gewag gemaakt van een situatie waarin een kind het slachtoffer is of dreigt te worden van bedreigingen of geweld, wat effectief kan worden beschouwd als een crisissituatie.

Voor zover artikel 30 van het ontwerp betrekking heeft op het verwerken van persoonsgegevens van personen die aanwezig zijn tijdens de kinderopvang, maar die geen organisatoren, verantwoordelijken, kinderbegeleiders of andere medewerkers zijn, is er geen rechtsgrond.

- artikel 61 van het ontwerp (onder voorbehoud van hetgeen sub 3.2.5 is opgemerkt):

In artikel 24, eerste lid, 1°, c), van het decreet van 20 april 2012 wordt aan Kind en Gezin de bevoegdheid verleend om gegevens over de vraag naar kinderopvang te verwerken, doch enkel in het raam van de handhaving van vergunnings- en subsidievoorwaarden of de beleidsvoorbereiding en -evaluatie en de programmatie. Voor zover er andere doeleinden betrokken zijn bij de Kinderopvangzoeker, is er geen rechtsgrond in het decreet van 20 april 2012.

Men zou wel kunnen vooropstellen dat voor deze bepaling rechtsgrond kan worden gevonden in artikel 10, laatste lid, van het decreet van 30 april 2004, gelezen in samenhang met artikel 6, § 1, 3°, van dat decreet.

- artikel 62 van het ontwerp:

In het eerste lid, 3°, van dat artikel wordt bepaald dat bepaalde gegevens over de kinderbegeleiders en de verantwoordelijken op basis van het rijksregisternummer of het vreemdelingennummer worden verwerkt.

De gemachtigde verklaarde in dit verband:

> “Er wordt gezorgd voor een machtiging opdat Kind en Gezin en de organisatoren het rijksregisternummer of het vreemdelingennummer kunnen gebruiken.”

Het is inderdaad maar voor zover Kind en Gezin en de organisatoren het rijksregisternummer of het vreemdelingennummer mogen gebruiken, op grond van de betrokken wetgeving en reglementering, dat de bepalingen behouden kunnen blijven.

VORMVEREISTEN

4. Krachtens artikel 4, § 2, 2°, 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 en (Kandidaat)-pleegzorgers’ is de Vlaamse Regering verplicht om aan de Strategische Adviesraad voor het Vlaamse Welzijns-, Gezondheids- en Gezinsbeleid advies te vragen over de ontwerpen van besluit van de Vlaamse Regering die van “strategisch belang” zijn.

Al heeft de Vlaamse Regering een appreciatieruimte om te bepalen welke besluiten van strategisch belang zijn, in dit geval kan bezwaarlijk worden ontkend dat het om zulk een besluit gaat nu het een basisbesluit betreft inzake de kinderopvang van baby’s en peuters. Over het ontwerp diende derhalve het advies van de genoemde adviesraad te worden gevraagd.

Volgens de gemachtigde werd geen advies gevraagd “omdat hun advies al gevraagd is in het kader van het decreet”. Het ontwerp bepaalt echter de vergunningsvoorwaarden en de afwijkingsmogelijkheden en bevat overgangsbepalingen, waarmee een inhoudelijke invulling wordt gegeven aan machtigingen die in het decreet van 20 april 2012 slechts in het algemeen zijn geformuleerd. Ook over het ontwerp is derhalve het advies van de genoemde strategische adviesraad vereist.

Mocht het vervullen van dit vormvereiste aanleiding geven tot wijzigingen aan het ontwerp, dan dienen die wijzigingen nog om advies te worden voorgelegd aan de Raad van State, afdeling Wetgeving.

ALGEMENE OPMERKINGEN

5. Het ontwerp bevat verschillende delegaties van verordenende bevoegdheid aan de Vlaamse minister, bevoegd voor bijstand aan personen (artikelen 10, 13, 33, § 3, 43, § 1, eerste lid, 4°, 5° en 6°, 46, §§ 1, eerste lid, 4° en 5°, en 2, en 73, tweede lid).

Dergelijke delegaties zijn, op grond van artikel 22 van het bijzonder decreet van 7 juli 2006 ‘over de Vlaamse instellingen’ weliswaar geoorloofd, doch enkel voor zover de bevoegdheid die aan de minister wordt opgedragen betrekking heeft op detailmaatregelen of op uitvoeringsmaatregelen van bijkomstige aard.

De stellers van het ontwerp dienen voor elk van de genoemde delegaties na te gaan of dit het geval is.[7] Zo niet, dienen de delegaties nader omschreven te worden, zodat enkel het vaststellen van bijkomstige of detailmatige aangelegenheden aan de minister wordt overgelaten.

6. Artikel 62, eerste lid, van het ontwerp bepaalt dat de organisator bepaalde gegevens of informatie elektronisch aan Kind en Gezin bezorgt, volgens de administratieve richtlijnen van Kind en Gezin. Volgens de gemachtigde zijn het onder meer richtlijnen betreffende de vorm waarin gegevens worden medegedeeld.

Ook in artikel 69, tweede lid, van het ontwerp wordt gewag gemaakt van administratieve richtlijnen van Kind en Gezin, waaromtrent de gemachtigde hetzelfde verklaarde.

Voor zover de administratieve richtlijnen beperkt blijven tot de praktische aspecten van de mededeling van de in de genoemde bepalingen bedoelde gegevens en informatie (en bijgevolg geen betrekking hebben op de bepaling van de gegevens die moeten worden medegedeeld), bestaat er geen bezwaar tegen een optreden van Kind en Gezin ter zake.

7. In het ontwerp worden specifieke brandveiligheidsvoorschriften vastgesteld (artikelen 24 en 25 en bijlagen 2 en 3 bij het ontwerp).

Zoals het Grondwettelijk Hof heeft geoordeeld, is het beleid inzake brandveiligheid geen zuiver federale aangelegenheid gebleven. Er dient immers een onderscheid te worden gemaakt tussen het bepalen van de basisnormen ter zake, dit zijn normen die gemeen zijn aan een categorie van constructies zonder dat daarbij in acht wordt genomen welke daarvan de bestemming is, en de specifieke brandveiligheidsnormen, waarbij wel rekening wordt gehouden met de bestemming van de betrokken gebouwen. De eerste categorie normen behoort tot de bevoegdheid van de federale overheid, de tweede categorie normen tot de bevoegdheid van de overheid die ten aanzien van de betrokken sector bevoegd is (zoals *in casu* de Vlaamse Gemeenschap). Die laatste overheid is met name bevoegd om de federale basisnormen “aan te passen en aan te vullen, zonder die aan te tasten”. Daarnaast kan de voor een sector bevoegde overheid alle normen inzake veiligheid, met inbegrip van de federale, toepassen in het raam van een erkennings- of subsidiëringsbeleid, met name door de naleving ervan als een erkennings- of subsidiëringsvoorwaarde op te leggen.[8]

Het is slechts indien de in de ontworpen voorschriften vermelde maatregelen inzake brandveiligheid aanvullende maatregelen zijn die geen afbreuk doen aan de federale normen ter zake, dat de genoemde vereisten kunnen worden opgelegd. Volgens de gemachtigde is dat wel degelijk het geval.

---

[7] Zo kan wat betreft de delegatie vervat in artikel 33, § 3, van het ontwerp worden betwijfeld of dit het geval is. Voorts is de draagwijdte van de delegaties om het attest “vast te stellen” niet duidelijk.

[8] GwH 15 oktober 1987, nr. 40, 2.B.2; GwH 29 oktober 1987, nr. 41, 2.B.3; GwH 10 maart 1988, nr. 49, 2.B.2; GwH 9 november 1988, nr. 67, 9.B.

In casu bepaalt artikel 6, § 1, 2°, van het decreet van 20 april 2012 uitdrukkelijk dat de specifieke brandveiligheidsvoorschriften voor kinderopvanglocaties gelden met behoud van de toepassing van de federale basisnormen voor de brandveiligheid van gebouwen.

Binnen de beschikbare tijd kon niet worden onderzocht of de voorschriften bepaald in bijlagen 2 en 3 bij het ontwerp binnen de geschetste grenzen blijven.

8. Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement van de Raad van 12 december 2006 ‘betreffende de diensten op de interne markt’ (hierna: dienstenrichtlijn) kan van toepassing zijn op een aantal particuliere organisatoren van kinderopvang die daartoe erkend en gesubsidieerd worden door de Vlaamse Gemeenschap.

8.1. Gevraagd of de vergunningsvoorwaarden die in het ontwerp zijn opgenomen, werden getoetst aan de artikelen 10 en volgende van de dienstenrichtlijn, verklaarde de gemachtigde:

> “Reeds bij de ontwikkeling van het decreet werden de (kader)voorwaarden getoetst aan de dienstenrichtlijn. Dezelfde oefening werd gedaan bij dit BVR, ook getoetst door de juriste werkzaam op het kabinet, die gespecialiseerd is in Europees recht. Uitgangspunt is dus steeds dat enkel die voorwaarden worden opgelegd die echt noodzakelijk zijn, en dat dus een ‘belemmering’ in Europese zin enkel kan indien dit verantwoord is omwille van een noodzakelijke en evenredige doelstelling van algemeen belang.”

De vergunningsvoorwaarden bepaald in de artikelen 4 tot 64 van het ontwerp, beantwoorden aan de vereisten van duidelijkheid en ondubbelzinnigheid, objectiviteit, voorafgaande openbare bekendmaking, transparantie en toegankelijkheid (artikel 10, lid 1, d) tot g), van de dienstenrichtlijn).

Het staat voorts aan de stellers van het ontwerp om na te gaan of de vergunningsvoorwaarden niet-discriminatoir, gerechtvaardigd om een dwingende reden van algemeen belang en proportioneel zijn (artikel 10, lid 1, a) tot c), van de dienstenrichtlijn).

Er worden geen verboden eisen opgelegd (artikel 14 van de dienstenrichtlijn). Inzake de aan evaluatie onderworpen eisen, worden eisen gesteld in de zin van artikel 15, lid 2, f), van de dienstenrichtlijn (eisen die een minimum aantal werknemers vaststellen). *Prima facie* lijkt artikel 45 van het ontwerp, waarin dat gebeurt, verantwoord.

8.2. Artikel 34 van het ontwerp bepaalt dat de pedagogische ondersteuning wordt gegeven door een pedagogische ondersteuningsorganisatie die erkend is door Kind en Gezin. Deze organisatie verleent ook het attest draagkracht voor de kinderbegeleiders.

De gemachtigde verschafte volgende toelichting betreffende de erkenning van de genoemde organisaties:

> “Ook voor de erkenning worden enkel voorwaarden opgelegd die verantwoord zijn omwille van een noodzakelijke en evenredige doelstelling. In tegenstelling tot bij de vergunning, waar kinderopvang niet mogelijk is zonder vergunning, kunnen ook andere organisaties/personen pedagogische ondersteuning/screening draagkracht bieden, alleen komen ze dan niet in aanmerking binnen de vergunningsvoorwaarden.”

Dat de genoemde activiteiten in het raam van de bijstand aan vergunde organisatoren voorgehouden worden aan erkende organisaties, komt neer op het instellen van een vergunningstelsel bedoeld in artikel 4, 6), van de dienstenrichtlijn. Immers, alle organisatoren zijn vergunningsplichtig en zij zullen wellicht enkel een beroep doen op erkende organisaties. De stellers van het ontwerp dienen na te gaan of het vereiste van erkenning de toets van artikel 10 van de dienstenrichtlijn kan doorstaan.

De erkenningsvoorwaarden zullen in een afzonderlijk besluit van de Vlaamse Regering worden geregeld. Verdere toetsing van de “vergunningsvoorwaarden” zal dan moeten gebeuren.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

AANHEF

9. De aanhef dient te worden aangepast en aangevuld gelet op hetgeen is opgemerkt omtrent de rechtsgrond voor het ontworpen besluit.

10. In het huidige tiende lid van de aanhef dient het woord “advies” te worden vervangen door het woord “akkoord”.

11. Aangezien om advies is gevraagd met toepassing van artikel 84, § 1, eerste lid, 1°, van de wetten op de Raad van State, redigere men het huidige dertiende lid van de aanhef als volgt:

“Gelet op advies 53.683/3 van de Raad van State, gegeven op 4 oktober 2013, met toepassing van artikel 84, §1, eerste lid, 1°, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;”.

DISPOSITIEF

Artikel 68

12. Aan de in artikel 68, 1° en 3°, van het ontwerp vermelde besluiten van de Vlaamse Regering van 23 februari 2001 ‘houdende de voorwaarden inzake erkenning en subsidiëring van kinderdagverblijven en diensten voor onthaalouders’ en van 9 mei 2008 ‘houdende de voorwaarden voor toestemming voor en subsidiëring van lokale diensten buurtgerichte kinderopvang’ werd, respectievelijk aan artikel 28 en artikel 56, een zin toegevoegd bij artikel 77 van het decreet van 23 december 2010 ‘houdende bepalingen tot begeleiding van de

begroting 2011’.[9] De opheffing van die zin kan dan ook niet bij besluit van de Vlaamse Regering gebeuren, maar dient bij decreet tot stand te komen.

Artikel 75

13. Luidens artikel 75, 1°, van het ontwerp treedt het decreet van 20 april 2012 in werking op 1 april 2014 “voor wat betreft de vergunning voor gezinsopvang en groepsopvang”.

Gevraagd naar de juiste draagwijdte van deze bepaling, verklaarde de gemachtigde dat het in de bedoeling ligt alle bepalingen van het decreet van 20 april 2012 in werking te laten treden, behalve de regeling voor opvang aan huis.

Het zou duidelijker zijn dat men een onderscheid zou maken tussen, enerzijds, de artikelen van het decreet die zonder meer op 1 april 2014 in werking treden, bijvoorbeeld de artikelen 1 en 2, de artikelen die enkel gelden voor de vergunning voor gezinsopvang en de vergunning voor groepsopvang, bijvoorbeeld de artikelen 5, 7 tot 10 en de wijzigingsbepalingen, en, anderzijds, de artikelen die op dezelfde datum in werking treden, *behalve* voor wat betreft de vergunning voor opvang aan huis.

DE GRIFFIER DE VOORZITTER

Annemie GOOSSENS Jo BAERT

[9] Zie hieromtrent adv.RvS. 48.824/1/3/VR van 19 en 26 oktober 2010, *Parl.St.* Vl.Parl. 2010-11, nr. 778/1, 146-147, algemene opmerking.