



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 55.834/3
van 28 maart 2014

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot wijziging van 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 en het besluit van de Vlaamse Regering van 22 november 2013 houdende de subsidies en de eraan gekoppelde voorwaarden voor de realisatie van specifieke dienstverlening door gezinsopvang en groepsopvang van baby’s en peuters’

Op 21 maart 2014 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Welzijn, Volksgezondheid en Gezin verzocht binnen een termijn van vijf werkdagen, een advies te verstrekken over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot wijziging van 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 en het besluit van de Vlaamse Regering van 22 november 2013 houdende de subsidies en de eraan gekoppelde voorwaarden voor de realisatie van specifieke dienstverlening door gezinsopvang en groepsopvang van baby’s en peuters’.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 25 maart 2014. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Jan SMETS en Jeroen VAN NIEUWENHOVE, staatsraden, Jan VELAERS en Lieven DENYS, assessoren, en Annemie GOOSSENS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Rein THIELEMANS, eerste auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 28 maart 2014.

*

1. Volgens artikel 84, § 1, eerste lid, 3°, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, moeten in de adviesaanvraag de redenen worden opgegeven tot staving van het spoedeisende karakter ervan.

In het onderhavige geval wordt het verzoek om spoedbehandeling gemotiveerd als volgt:

“Op 22 november werd het Vergunningsbesluit en het Subsidiebesluit goedgekeurd in uitvoering van het decreet van 20 april 2012. Na deze goedkeuring bleek echter dat er dringend aanpassingen doorgevoerd moeten worden aan deze besluiten aangezien de bestaande regelgeving over Centrum voor inclusieve kinderopvang en over flexibele opvang nog geïntegreerd moet worden in de nieuwe subsidieregelgeving, en aangezien er vanuit de behoeften van de sector een aantal onvoorzienbare aanpassingen aan de vergunningsvoorwaarden en de subsidievoorwaarden noodzakelijk zijn gebleken, die samen met het decreet op 1 april 2014 in werking moeten kunnen treden. Als dit wijzigingsbesluit niet kan goedgekeurd worden vóór 1 april, zal er enerzijds een hiaat vallen in de voorwaarden en de subsidiëring voor de Centra inclusieve kinderopvang en voor de subsidie flexibele opvang, aangezien er dan op 1 april 2014 geen rechtsgrond bestaat om de subsidie verder uit te betalen, en anderzijds zullen de kinderopvangsector en de gezinnen zich in de rechtsonzekerheid bevinden aangezien:

- bepaalde voorwaarden uit het Vergunningsbesluit en het Subsidiebesluit niet direct uitvoerbaar blijken vanaf 1 april 2014 voor bepaalde organisatoren;
- er voor de gezinnen onduidelijkheid is voor welke opvangdagen ze zullen moeten betalen (hetzij op basis van het inkomenstarief hetzij een ander tarief) en voor welke niet: indien dit besluit niet goedgekeurd zal zijn voor 1 april 2014 zullen de gezinnen geconfronteerd worden met een systeem dat in voege gaat op die datum, ze zullen zich hieraan aanpassen, terwijl met huidig besluit de regeling gewijzigd wordt, waardoor de verwachtingen van gezinnen doorkruist worden;
- er voor iedereen onduidelijkheid zal zijn voor de bepaling van het individueel verminderd tarief en hoe dit vast te stellen is, terwijl huidig besluit hier de oplossing voor biedt;
- hiaten in de regelgeving zorgen voor vragen en onduidelijkheid in de kinderopvangsector.”

*

2. Overeenkomstig artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, heeft de afdeling Wetgeving zich moeten beperken tot het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond, alsmede van de vraag of aan de voorgeschreven vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

3. Het om advies voorgelegde ontwerpbesluit strekt tot wijziging van 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’ en van het besluit van de Vlaamse Regering van 22 november 2013 ‘houdende de subsidies en de eraan gekoppelde voorwaarden voor de realisatie van specifieke dienstverlening door gezinsopvang en groepsopvang van baby’s en peuters’. Wat dit laatste besluit betreft, worden onder meer wijzigingen aangebracht

inzake de subsidie voor inkomenstarief en worden bepalingen ingeschreven inzake de subsidiëring van kinderopvang met flexibele openingstijden en inzake de subsidies als Centrum inclusieve kinderopvang.

4.1. Het ontworpen besluit vindt een uitdrukkelijke rechtsgrond in het decreet van 20 april 2012 ‘houdende de organisatie van kinderopvang van baby’s en peuters’,¹ meer bepaald in de artikelen 6, § 5, eerste lid, en § 7, 8, § 3, 1°, 12, § 1, tweede lid, en 36, derde lid.

De artikelen 7 en 27 (wat het ontworpen artikel 40/4, tweede lid, betreft) vinden mede rechtsgrond in artikel 6, § 1, van het decreet van 17 oktober 2003 ‘betreffende de kwaliteit van de gezondheids- en welzijnsvoorzieningen’.

Voor de bepalingen die een taak opleggen aan het intern verzelfstandig agentschap met rechtspersoonlijkheid Kind en Gezin (hierna: Kind en Gezin) kan mede rechtsgrond worden gevonden 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).

4.2. In artikel 26 van het ontwerp (ontworpen artikel 34, § 2) wordt bepaald dat het Openbaar Centrum voor Maatschappelijk Welzijn beslist over het individueel verminderde inkomenstarief.

In advies 53.682/3² is opgemerkt dat daarvoor een decretale bepaling vereist is, aangezien de openbare centra voor maatschappelijk welzijn instellingen zijn met rechtspersoonlijkheid waarvan de taken bij wet of decreet zijn geregeld.

De gemachtigde verklaarde dat een decretale aanpassing om voldoende rechtsgrond te creëren wordt voorbereid. Zolang die rechtsgrond niet tot stand is gekomen, kan artikel 26 van het ontwerp geen doorgang vinden.

VORMVEREISTEN

5. Volgens de gemachtigde werd geen advies gevraagd van de Strategische Adviesraad voor het Vlaamse Welzijns-, Gezondheids- en Gezinsbeleid omdat de visie van die Raad reeds gevraagd is “in het kader van het decreet”.

In voormeld advies 53.682/3 is omtrent een gelijkaardige argumentatie het volgende opgemerkt:

“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,

¹ Tegen de artikelen 6, § 1, 4°, 7, tweede lid, en 8, §§ 2 en 3, van dit decreet zijn twee beroepen tot vernietiging hangende bij het Grondwettelijk Hof (rolnummers 5538 en 5539).

² Adv.RvS 53.682/3 van 4 oktober 2013 over een ontwerp dat geleid heeft tot het besluit van de Vlaamse Regering van 22 november 2013 ‘houdende de subsidies en de eraan gekoppelde voorwaarden voor de realisatie van specifieke dienstverlening door gezinsopvang en groepsopvang van baby’s en peuters’.

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'. In het ontwerp wordt evenwel een inhoudelijke invulling gegeven aan machtigingen betreffende de subsidiëring van gezinsopvang en groepsopvang 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."³

In zoverre het ontwerp ertoe strekt nieuwe inhoudelijke oriëntaties in te voeren, kan ten aanzien ervan dezelfde opmerking worden gemaakt.

6. De artikelen 7 en 27 (wat het ontworpen artikel 40/4, tweede lid, betreft) van het ontwerp strekken tot de uitvoering van artikel 6, § 1, van het decreet van 17 oktober 2003. Bij artikel 6, § 3, van dat decreet wordt overleg met de betrokken sector voorgeschreven bij de uitvoering van artikel 6, § 1, ervan.

Gevraagd of zulk een overleg plaatsvond, verklaarde de gemachtigde:

"Alle bepalingen van het Vergunningsbesluit werden uitvoerig aan de sector voorgelegd:

- via het raadgevend comité binnen Kind en Gezin
- via specifieke overleggen met de sector

Bovendien betreft de aanpassing die nu gebeurt een technische correctie, waarvoor ons inziens nu geen bijkomend advies moest ingewonnen worden.

Wij kunnen hier geen documenten van voorleggen."

en

"Alle bepalingen van het Subsidiebesluit werden uitvoerig aan de sector voorgelegd:

- via het raadgevend comité binnen Kind en Gezin
- via specifieke overleggen met de sector

We kunnen hiervoor geen stukken voorleggen."

Artikel 7 van het ontwerp vormt inderdaad een technische correctie, waarvoor overleg niet nodig is, maar met betrekking tot het betrokken onderdeel van artikel 27 van het ontwerp is in principe het overleg met de sector vereist, waarvan het plaatsvinden dient te worden

³ Zie ook adv.RvS 53.683/3 van 4 oktober 2013 over een ontwerp dat geleid heeft tot 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'.

aangetoond door de stellers van het ontwerp. Indien dat niet plaatsvond over de in te voegen bepaling, dient nog aan dit vormvereiste te worden voldaan.

7. Indien het vervullen van de *sub* 5 en 6 vermelde vormvereisten aanleiding zou geven tot wijziging van het ontwerp, dienen de gewijzigde bepalingen om advies aan de Raad van State, afdeling Wetgeving, te worden voorgelegd.

ALGEMENE OPMERKING

8. In het in voetnoot 3 vermelde advies 53.683/3 is inzake de toetsing van de vergunningsvoorwaarden aan artikel 10 van richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 ‘betreffende de diensten op de interne markt’ het volgende opgemerkt:

“8. Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement [en] 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.”

Gevraagd of de wijzigingen aan de vergunningsvoorwaarden (artikelen 2 tot 11 van het ontwerp) thans werden getoetst, verklaarde de gemachtigde:

“Reeds bij de ontwikkeling van het decreet werden de (kader)voorwaarden getoetst aan de dienstenrichtlijn. Uitgangspunt is dus steeds dat enkel die voorwaarden worden opgelegd die echt noodzakelijk zijn, en dat een ‘belemmering’ in Europese zin enkel kan

indien dit verantwoord is omwille van een noodzakelijke en evenredige doelstelling van algemeen belang. We hebben geen documenten voorhanden.”

Indien de huidige wijzigingen niet werden getoetst wat betreft het niet-discriminatoire zijn, het gerechtvaardigd zijn om een dwingende reden van algemeen belang en de proportionaliteit, dient dit alsnog te gebeuren.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

Aanhef

9. In het eerste lid van de aanhef dient te worden verwezen naar artikel 6, § 1, van het decreet van 17 oktober 2003.

10. Aangezien geen beroep wordt gedaan op de hoogdringendheid om geen advies aan de Raad van State, afdeling Wetgeving, te vragen, dient het zesde lid van de aanhef te vervallen.

11. Conform artikel 84, § 1, tweede lid, van de wetten op de Raad van State dient de motivering van de spoedeisendheid die voorkomt in de adviesaanvraag letterlijk te worden overgenomen in de aanhef. Het huidige zevende en achtste lid van de aanhef, die overigens tot één enkel lid dienen te worden versmolten, dienen gelet hierop te worden aangepast.

Artikel 8

12. Het ontworpen artikel 63, zevende lid, lijkt een afwijkingsmogelijkheid te bevatten die niet beperkt is in de tijd. Er dient een verantwoording te bestaan, gelet op het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie, voor het gegeven waarom de afwijkingsmogelijkheid wordt verleend aan kinderopvanglocaties die starten in 2014 en al investeringen voor infrastructuur hebben gedaan vóór 22 november 2013, zonder dat het om een overgangsregeling gaat.

Artikel 23

13. In het ontworpen artikel 29, tweede lid, wordt een delegatie gegeven aan de Vlaamse minister bevoegd voor de bijstand aan personen om de nadere regels te bepalen voor het minimum aantal gerechtvaardigde afwezigheidsdagen per kalenderjaar waarover de contracthouder beschikt.

De gemachtigde verklaarde dat de minister op grond van die bepaling enkel het minimum aantal dagen per kalenderjaar zal bepalen. Een dergelijke delegatie is aanvaardbaar.

Er wordt wel best geschreven: “De minister bepaalt het minimum aantal gerechtvaardigde afwezigheidsdagen per kalenderjaar waarover de contracthouder beschikt.”

Artikel 30

14. In het ontworpen artikel 56/1, derde lid, wordt gewag gemaakt van richtlijnen van Kind en Gezin.

Enkel voor zover de richtlijnen geen nieuwe regels bevatten in vergelijking met het decreet van 30 april 2004 of met het besluit tot wijziging waarvan artikel 30 van het ontwerp strekt, bestaat geen bezwaar tegen een optreden van Kind en Gezin ter zake. Zo niet, dienen de regels volgens welke de subsidie kan worden verkregen, in het ontwerp te worden bepaald, waarna administratieve richtlijnen door Kind en Gezin kunnen worden gegeven. Die richtlijnen kunnen overigens niet meer inhouden dan de praktische concretisering van de reeds geldende regels.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Annemie GOOSSENS

Jo BAERT