



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 55.981/3
van 15 mei 2014

over

een ontwerp van besluit van de Duitstalige Gemeenschap ‘über
die selbstständigen Tagesmütter/-väter’

Op 7 april 2014 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Gezin, Gezondheid en Sociale Aangelegenheden van de Regering van de Duitstalige Gemeenschap verzocht binnen een termijn van dertig dagen, verlengd tot 15 mei 2014, een advies te verstrekken over een ontwerp van besluit van de Duitstalige Gemeenschap ‘über die selbstständigen Tagesmütter/-väter’.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 6 mei 2014. 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 15 mei 2014.

*

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.¹

*

STREKKING EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

1. Het om advies voorgelegde ontwerpbesluit strekt ertoe uitvoering te geven aan het decreet van 31 maart 2014 ‘über die Kinderbetreuung’² (hierna ook: het decreet van 31 maart 2014) wat betreft de zelfstandige onthaalouders³.

Titel 1 van het ontwerp bevat algemene bepalingen, waaronder een bepaling naar luid waarvan het besluit voorziet in de gedeeltelijke omzetting van richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 ‘betreffende diensten op de interne markt’ (hierna ook: dienstenrichtlijn), titel 2 van het ontwerp inhoudelijke bepalingen (erkenningsvoorwaarden, voorwaarden inzake de inrichting van de ruimten, en verplichtingen die moeten worden vervuld om de erkenning te kunnen behouden), titel 3 van het ontwerp procedurebepalingen inzake de erkenning, de schorsing en de intrekking van de erkenning en de beëindiging van de kinderopvang, titel 4 van het ontwerp bepalingen inzake zelfstandige mede-onthaalouders en titel 5 van het ontwerp slotbepalingen, waaronder een bepaling tot opheffing van sommige bepalingen van het besluit van de Regering van de Duitstalige Gemeenschap van 18 januari 2007 ‘zur Kinderbetreuung’ en een bepaling waarbij het te nemen besluit en het decreet van 31 maart 2014 in werking worden gesteld op 1 september 2014, dit laatste voor zover het betrekking heeft op de in het besluit vermelde dienstverrichters en personen werkzaam in de kinderopvang.

2.1.1. Het ontworpen besluit vindt grotendeels rechtsgrond in het decreet van 31 maart 2014, meer bepaald in de artikelen 2, tweede lid, 7, tweede, derde en vierde lid, 8, § 1, tweede en vijfde lid, en § 3, onderdelen 1 tot 4, 9, tweede lid, 10, § 1, eerste lid, en § 2, onderdelen 1 en 2, 11, tweede lid, 12, tweede lid, 16, derde lid, en 22.

2.1.2. In de aanhef van het ontwerp wordt geen gewag gemaakt van artikel 15, § 3, derde lid, van het decreet van 31 maart 2014, naar luid waarvan de Regering van de Duitstalige Gemeenschap de gegevenscategorieën vermeld in artikel 15, § 3, eerste en tweede lid, van dat

¹ Gelet op de toegemeten termijn, waarbinnen nog tal van andere, aan termijnen gebonden adviesaanvragen, dienen te worden onderzocht, heeft de Raad van State geen diepgaand onderzoek over elk van de bepalingen van het ontwerp kunnen verrichten. Het advies dient dan ook met dit voorbehoud te worden gelezen.

² Dat decreet is nog niet bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad. Het werd op 31 maart 2014 aangenomen in de plenaire vergadering van het Parlement van de Duitstalige Gemeenschap (*Parl.St.* D.Parl. 2013-2014, nr. 209/4) en volgens de gemachtigde op dezelfde dag bekrachtigd en afgekondigd. Voor de aangenomen tekst, zie *Parl.St.* D.Parl. 2013-2014, nr. 209/3 (tekst aangenomen in de bevoegde commissie – volgens stuk nr. 209/4 is de in plenaire vergadering aangenomen tekst identiek aan die tekst).

³ Het ontwerp wordt om advies voorgelegd samen met een ontwerp van besluit van de Regering van de Duitstalige Gemeenschap ‘über die Dienste und andere Formen der Kinderbetreuung’ (zaak met rolnummer 55.982/3), waarin de andere vormen van kinderopvang worden geregeld.

decreet preciseert. Deze bepaling kan evenwel worden beschouwd als rechtsgrond voor artikel 28 van het ontworpen besluit.

In artikel 28, 3°, van het ontwerp worden ook de naam, het adres en het telefoonnummer van de huisarts vermeld als gegevens die de dienst voor kinderopvang bijhoudt. Zo deze gegevens al niet zouden kunnen worden beschouwd als contactgegevens in de zin van artikel 15, § 3, eerste lid, van het decreet van 31 maart 2014,⁴ zou kunnen worden aangenomen dat ze begrepen zijn in “gegevens betreffende de gezondheid van de opgevangen kinderen” in de zin van artikel 15, § 3, eerste lid, c), van dat decreet, zodat er voldoende rechtsgrond voor artikel 28, 3°, van het ontworpen besluit voorhanden zou zijn.

2.1.3. Het ontwerp bevat geen regeling inzake de beroepsmogelijkheid in geval van afwijzing van een aanvraag om erkenning en in geval van schorsing en intrekking van de erkenning, hetgeen nochtans aan de Regering van de Duitstalige Gemeenschap is opgedragen bij de artikelen 8, § 3, onderdeel 5, en 10, § 2, onderdeel 3, van het decreet van 31 maart 2014.

De gemachtigde verklaarde hieromtrent:

“Gegebenenfalls wird die Ausführung der beiden genannten dekretalen Bestimmungen zu einem späteren Zeitpunkt anhand eines separaten Erlasses der Regierung der Deutschsprachigen Gemeinschaft erfolgen.”

Het verdient evenwel aanbeveling het ontwerp meteen aan te vullen. Indien dat niet mogelijk zou zijn, kan het te nemen besluit bij een later wijzigend besluit worden vervolledigd, doch dit wijzigende besluit zou uiterlijk op dezelfde dag in werking moeten treden als het te nemen besluit. Zo niet, wordt afbreuk gedaan aan de rechten die bij het decreet van 31 maart 2014 worden verleend aan de dienstverrichters die om een erkenning verzoeken of wiens erkenning wordt geschorst of ingetrokken.

2.1.4. In artikel 40 van het ontwerp wordt de procedure geregeld die moet worden gevolgd bij schorsing van de erkenning wegens dringende noodzakelijkheid. Hoewel in artikel 10 van het decreet van 31 maart 2014 geen gewag wordt gemaakt van zulk een schorsing, kan worden aangenomen dat de Regering van de Duitstalige Gemeenschap op grond van artikel 10, § 2, van dat decreet zowel een gewone als een spoedprocedure kan regelen.

Artikel 10 van het decreet van 31 maart 2014 lijkt echter wel te impliceren dat er altijd eerst een aanmaning moet gebeuren, hetgeen niet bepaald is in artikel 40 van het ontwerp.

De gemachtigde verklaarde daaromtrent het volgende:

“Tatsächlich wurde im Artikel 40 des Entwurfs vergessen, einen Link mit Artikel 38 § 3 zu legen. Bevor eine Aussetzung im Dringlichkeitsverfahren ausgesprochen werden kann, muss es im Vorfeld eine Aufforderung zur (sofortigen) Anpassung seitens der Inspektion gegeben haben. Nach Erhalt des Gutachten des Staatsrates werden die betroffenen Artikel entsprechend angepasst werden.”

Artikel 40 van het ontwerp dient inderdaad in die zin te worden aangevuld.

⁴ Daarvoor moet worden aangenomen dat het niet alleen kan gaan om contactgegevens *van* de opgevangen kinderen (of van hun familie), maar ook om contactgegevens *betreffende* die kinderen.

2.2. In het ontwerp worden een aantal taken toevertrouwd aan het “Zentrum für die gesunde Entwicklung von Kindern und Jugendlichen”,⁵ dat een openbare instelling is met rechtspersoonlijkheid.⁶ In zoverre het niet gaat om de taak van adviesverlening bedoeld in artikel 3.3, 7°, van het decreet van 31 maart 2014 ‘über das Zentrum für die gesunde Entwicklung von Kindern und Jugendlichen’⁷, kan daartoe in beginsel rechtsgrond worden gevonden in artikel 3.2, laatste lid, van dat decreet, naar luid waarvan de Regering van de Duitstalige Gemeenschap aan het genoemde centrum nog andere specifieke taken dan die bepaald in het decreet kan opdragen die samenhangen met de opdracht en de activiteiten ervan. Het toekennen van adviesverlenende taken inzake de erkenning van zelfstandige onthaalouders aan het genoemde centrum kan worden gesteund op de algemene uitvoeringsbevoegdheid van de Regering van de Duitstalige Gemeenschap, bedoeld in artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’⁸, gelezen in samenhang met artikel 3.3, 7°, van het zo-even genoemde decreet.

Wat betreft het uitvoeren van aanbevelingen of richtlijnen inzake inenting (artikel 23 van het ontwerp), wordt verwezen naar opmerking 8.

VORMVEREISTEN

3. Volgens de gemachtigde zal over het ontwerp nog het advies van de Adviesraad voor gezins- en generatievraagstukken worden gevraagd. Hij verklaarde:

“Das Gutachten des Beirats für Familien- und Generationsfragen wurde nach der 1. Lesung in der Regierung angefragt. Es soll für die 2. und letzte Lesung vorliegen. (Zur Erinnerung: Es handelt sich hierbei nicht um ein verpflichtetes Gutachten).”

Het betreft inderdaad een niet-verplicht advies.⁹

4. Het ontwerp bevat bepalingen inzake de subsidiëring van de zelfstandige onthaalouders (artikelen 29 tot 31 van het ontwerp) en van de zelfstandige mede-onthaalouders (artikel 45 van het ontwerp, door middel van verwijzing).

⁵ De taken van het centrum worden bepaald in de artikelen 8, § 2, tweede lid, 12, 15, tweede lid, 9° en 12° (van deze taken kan met enige welwillendheid worden aangenomen dat ze verband houden met artikel 3.3, 7°, van het decreet van 31 maart 2014 ‘über das Zentrum für die gesunde Entwicklung von Kindern und Jugendlichen’), 19, § 2, tweede lid, 20, § 2, tweede lid, 23, § 2, 26, 27, 31, tweede lid, 32, 33, eerste en tweede lid, 36, § 2, 37, eerste en tweede lid, 38, § 1, 40, § 1, vijfde lid, en § 2, 41, vierde lid, 46, § 3, tweede lid, en 47, § 2, tweede lid, van het ontwerp.

⁶ Zie artikel 6 van het Sonderdekret van 20 januari 2014 ‘zur Gründung eines Zentrums für die gesunde Entwicklung von Kindern und Jugendlichen’

⁷ Dit decreet werd eveneens op 31 maart 2014 aangenomen in plenaire vergadering van het Parlement van de Duitstalige Gemeenschap (*Parl.St. D.Parl. 2013-2014*, nr. 204/4), maar nog niet in het Belgisch Staatsblad bekendgemaakt. Voor de tekst ervan, zie *Parl.St. D.Parl. 2013-2014*, nr. 204/3). Het treedt in werking op 1 juli 2014.

⁸ Dit artikel is op de Duitstalige Gemeenschap van toepassing op grond van artikel 7 van de wet van 31 december 1983 ‘tot hervorming der instellingen voor de Duitstalige Gemeenschap’.

⁹ Zie artikel 3, 9°, van het decreet van 17 november 2008 ‘betreffende de oprichting van een adviesraad voor gezins- en generatievraagstukken’.

In advies 54.213/3 van 31 oktober 2013¹⁰ van de Raad van State, afdeling Wetgeving, over het ontwerp dat heeft geleid tot het decreet van 31 maart 2014 ‘über Kinderbetreuung’ is opgemerkt dat hoofdstuk 3 van dat ontwerp, dat de subsidiëring van de kinderopvang betreft, diende te worden aangemeld bij de Europese Commissie.

Gevraagd of het (ontwerp van) decreet inmiddels werd aangemeld bij de Europese Commissie, verklaarde de gemachtigde:

“Nein, das Dekret wurde noch nicht der Europäischen Kommission zugestellt. Tatsächlich lässt sich das Dekret ohne die dazugehörigen Erlasse kaum in seiner reellen Tragweite erfassen. Um zu vermeiden, dass mehr Fragen als Antworten aufgeworfen werden, soll die Kommission erst benachrichtigt werden, wenn sowohl das Dekret als auch die Erlasse vorliegen und somit ein umfassendes Bild geliefert werden kann. Die Information soll über das IMI-System erfolgen.”

en gevraagd of het thans ontworpen besluit werd aangemeld:

“Nein, hierfür wird zuerst das Gutachten des Staatsrates abgewartet.”

De stellers van het ontwerp kunnen eventueel nagaan of het ontwerp voldoet aan de voorwaarden bepaald in verordening (EU) nr. 1407/2013 van de Commissie van 18 december 2013 ‘betreffende de toepassing van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op de-minimissteun’ of in verordening nr. 360/2012 van de Commissie van 25 april 2012 ‘betreffende de toepassing van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op de-minimissteun verleend aan diensten van algemeen economisch belang verrichtende ondernemingen’, in welk geval het ontwerp zou zijn vrijgesteld van aanmelding.

5. Indien het ontwerp wijzigingen zou ondergaan als gevolg van het *sub* 4 vermelde advies en de eventuele aanmelding vermeld *sub* 5, dienen die wijzigingen om advies aan de Raad van State, afdeling Wetgeving, te worden voorgelegd.

ALGEMENE OPMERKINGEN

6.1. Artikel 1 van het ontwerp bepaalt dat het te nemen besluit voorziet in de gedeeltelijke omzetting van richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 ‘betreffende diensten op de interne markt’.

Wat betreft de toepasselijkheid van de dienstenrichtlijn, kan worden verwezen naar opmerking 8.1 uit het reeds vermelde advies 54.213/3, die luidt:

“Luidens artikel 1 van het ontwerp voorziet het aan te nemen decreet in de gedeeltelijke omzetting van de dienstenrichtlijn.

In de memorie van toelichting wordt uitgebreid ingegaan op de vraag in welke mate de dienstenrichtlijn van toepassing is op de kinderopvang, meer bepaald op de vraag naar de draagwijdte van de in artikel 2, lid 2, j), ervan opgenomen uitzondering. Naar luid

¹⁰ *Parl.St.* D.Parl. 2013-2014, nr. 209/1, 32-40.

van die bepaling is de dienstenrichtlijn niet van toepassing op ‘sociale diensten betreffende sociale huisvesting, kinderopvang en ondersteuning van gezinnen of personen in permanente of tijdelijke nood, die worden verleend door de staat, door dienstverrichters die hiervoor een opdracht hebben of een mandaat gekregen van de staat, of door liefdadigheidsinstellingen die als zodanig door de staat zijn erkend’.

In dat verband wordt terecht gerefereerd aan arrest C-57/12 van het Hof van Justitie van 11 juli 2013.¹¹ In dat arrest worden voor de bepaling van de sociale diensten die op grond van artikel 2, lid 2, j), van de dienstenrichtlijn zijn uitgesloten van het toepassingsgebied van die richtlijn, twee criteria gehanteerd. Enerzijds, wat de aard van de uitgeoefende activiteit betreft, moet het gaan om activiteiten die van wezenlijk belang zijn om het grondrecht op menselijke waardigheid en integriteit te verzekeren en die een uiting vormen van de beginselen van sociale samenhang en solidariteit (overweging 43)¹², en, anderzijds, wat de status van de verrichter van de diensten betreft, moet een particuliere dienstverrichter worden geacht door de staat te zijn ‘gemachtigd’ voor zover hij ‘verplicht’ is de aan hem opgedragen sociale diensten te verrichten, hetgeen inhoudt dat er een verbintenis is om de betrokken diensten te verstrekken, dat bepaalde specifieke uitoefeningsvoorwaarden in acht moeten worden genomen en dat er een machtigingsbesluit bestaat waarbij een particuliere dienstverrichter duidelijk en transparant met de door hem uit te voeren socialedienstverplichting wordt belast (overwegingen 46, 47 en 48). De enkele omstandigheid dat een nationale autoriteit, wegens redenen van algemeen belang, maatregelen vaststelt waarbij aan alle marktdeelnemers in een bepaalde economische sector vergunnings- of exploitatievoorschriften worden opgelegd, vormt op zich niet een dergelijk machtigingsbesluit (overweging 49).

Aangezien het aan te nemen decreet, zoals in de memorie van toelichting wordt bevestigd, van toepassing is op alle dienstverrichters in de kinderopvang, met inbegrip bijgevolg van louter particuliere dienstverrichters die niet kunnen worden geacht ‘door de staat te zijn gemachtigd’, dient het te worden getoetst aan de dienstenrichtlijn.”

Dezelfde conclusie geldt ten aanzien van het voorliggende ontwerp. De erin opgenomen erkenningsvoorwaarden dienen derhalve te worden getoetst aan de artikelen 10 tot 12, 14 en 15 van de dienstenrichtlijn en de erin opgenomen erkenningsprocedure aan artikel 13 van de richtlijn en aan de overeenkomstige bepalingen van het dienstendecreet van 15 maart 2010. Het ontwerp dient eveneens te worden getoetst aan de artikelen 16 tot 21 van de dienstenrichtlijn en aan de overeenkomstige bepalingen van het dienstendecreet.

6.2. Er kan alleszins al worden gewezen op de volgende twee bepalingen.

6.2.1. Artikel 34 van het ontwerp bepaalt dat de erkenning wordt toegekend voor een termijn van zes jaar (verlengbaar na aanvraag om verlenging) of in sommige gevallen voor een kortere termijn.

¹¹ Voetnoot 5 uit advies 54.213/3: Zie HvJ 11 juli 2013, C-57/12, *vzw Fédération des maisons de repos privées de Belgique (Femarbel)*.

¹² Voetnoot 6 uit advies 54.213/3: Wat betreft de bejaardenzorg waarover het in het arrest gaat, “de hulp en bijstand aan bejaarden (...) die wegens een volledig of gedeeltelijk gebrek aan onafhankelijkheid permanente of tijdelijke bijzondere behoeften hebben en gevaar lopen te worden gemarginaliseerd” (ov. 43).

De gemachtigde verschafte dienaangaande de volgende verantwoording, in de zin van artikel 11, lid 1, c), van de dienstenrichtlijn en artikel 14, eerste lid, 4°, van het dienstendecreet:

“Der zwingende Grund des Allgemeininteresses, mit dem diese Befristung eingeführt wird, ist dadurch gerechtfertigt, dass es ohne befristete Anerkennung nicht möglich ist, einen effektiven Schutz der betreuten Kinder und ihrer Erziehungsberechtigten zu garantieren. Tatsächlich verfügen die selbstständigen Tagesmütter/-väter über einen sehr weiten Handlungsspielraum, der lediglich durch ein paar Grundregeln eingegrenzt wird. Somit unterscheiden sich die selbstständigen Tagesmütter/-väter grundsätzlich von den Diensten der Kinderbetreuung, die strengeren Anerkennungsbedingungen und Verpflichtungen – beispielsweise die regelmäßige Begleitung und Weiterbildung der in der Kinderbetreuung tätigen Personen (d.h. regelmäßiges Screening ihrer ‘Mitarbeiter’) – unterliegen. Darüber hinaus unterliegen die Dienste der Kinderbetreuung einer intensiveren Kontrolle durch die behördlichen Inspektoren; bei selbstständigen Tagesmüttern/-v Vätern, die ihre Dienstleistung innerhalb ihrer Wohnung anbieten, ist eine Kontrolle nur unter erschwerten Bedingungen zu erreichen.

Da es also einerseits weniger verbindliche Verpflichtungen gibt und andererseits die Kontrollmöglichkeiten begrenzter sind, ist nur eine befristete Anerkennung, die faktisch einem regelmäßigen Screening der selbstständigen Tagesmütter/-väter gleichkommt, für die Sicherheit und die Gesundheit der Dienstleistungsempfänger unabdingbar.”

Die verantwoording lijkt afdoende te zijn.

6.2.2. De gemachtigde verschafte de volgende verantwoording voor de artikelen 19 en 46 van het ontwerp in het licht van artikel 15, lid 3, van de dienstenrichtlijn:

“Dieser Artikel wurde im Hinblick auf Artikel 15 Absatz 2 Buchstabe f) der Dienstleistungsrichtlinie geprüft. Tatsächlich ist diese Vorgabe nicht-diskriminierend, erforderlich und verhältnismäßig und somit zulässig. Insbesondere gilt es dabei zu beachten, dass die Begrenzung der gleichzeitig zu betreuenden Kinder damit gerechtfertigt ist, dass je mehr Kinder gleichzeitig anwesend sind, desto weniger ‘Aufmerksamkeit pro Kind’ seitens der Tagesmütter/-väter zu erwarten ist. Die Abwesenheit einer solchen Höchstanzahl gleichzeitig zu betreuender Kinder hieße a contrario, dass man die Kinder einem großen Risiko einer schlechten oder gar einer Nicht-Beaufsichtigung aussetzen würde und somit die Gesundheit und Sicherheit der betreuten Kinder ernsthaft in Gefahr bringen würde. Dieser zwingende Grund des Allgemeininteresses macht es erforderlich, dass diese Begrenzung eingeführt wird. Die im Erlass festgelegten Höchstanzahlen sind darüber hinaus verhältnismäßig und entsprechen unserer Ansicht nach dem, was ein aufmerksamer ‘bonus pater familias’ in der gleichen Situation im Rahmen einer Kinderbetreuung leisten könnte.”

Die verantwoording lijkt eveneens afdoende te zijn.

7. In sommige bepalingen van het ontwerp wordt gewag gemaakt van richtlijnen of aanbevelingen van het “Zentrum für die gesunde Entwicklung von Kindern und Jugendlichen” (artikel 15, tweede lid, 9° en 12°, en artikel 23, §§ 1 en 2), of van richtlijnen van het departement van het Ministerie van de Duitstalige Gemeenschap dat bevoegd is voor gezin (hierna: het departement) (artikel 15, tweede lid, 17°).

7.1. Gevraagd of de richtlijnen en de aanbevelingen van het genoemde centrum een verordenend karakter hebben, verklaarde de gemachtigde:

“Nein, es wird keine unmittelbar verordnende Befugnis an das Zentrum delegiert. Das Zentrum erstellt lediglich Richtlinien, wie es auch dem Wortlaut der Artikel zu entnehmen ist.”

Niettemin wordt voorgeschreven dat aspecten van de inrichting van de ruimten voor kinderopvang moeten voldoen aan de richtlijnen, als onderdeel van de erkenningsvoorwaarden, en dat de eigen kinderen van de zelfstandige onthaalouders en de opgevangen kinderen moeten ingeënt zijn volgens de aanbevelingen of de richtlijnen, als onderdeel van de voorwaarden waaraan voldaan moet worden om de erkenning te kunnen behouden. Het lijkt dan niet om vrijblijvende aanbevelingen te gaan, maar om bindende regels, zodat het wel degelijk om verordenende bevoegdheden gaat.

In dit verband moet erop worden gewezen dat het verlenen van verordenende bevoegdheid aan een openbare instelling in beginsel niet in overeenstemming is met de algemene publiekrechtelijke beginselen omdat erdoor geraakt wordt aan het beginsel van de eenheid van de verordenende macht en een rechtstreekse parlementaire controle ontbreekt. Bovendien ontbreken de waarborgen waarmee de klassieke regelgeving gepaard gaat, zoals die inzake de bekendmaking en de preventieve controle van de Raad van State, afdeling Wetgeving. Dergelijke delegaties kunnen dan ook enkel worden gebillijkt om praktische redenen en in de mate zij een zeer beperkte of een hoofdzakelijk technische draagwijdte hebben, en er mag worden van uitgegaan dat de instellingen die de betrokken reglementering dienen toe te passen of er toezicht op uitoefenen, ook het best geplaatst zijn om deze met kennis van zaken uit te werken.

7.2. Wat de richtlijnen van het departement betreft, kunnen geen verordenende bevoegdheden aan de administratie worden toegekend.

De gemachtigde verschaft hieromtrent de volgende toelichting:

“Abgesehen davon, dass es sich in der Tat hier um sehr technische Aspekte handelt (z.B. bei der Festlegung der maximalen Abstände zwischen Geländerpfosten oder des Inhaltes eines Erste-Hilfe-Kastens), die nicht in einem Regierungserlass zu regeln sind sondern das Know-how eines spezialisierten Dienstes benötigen, entfällt diese Frage, da es sich nicht um Verordnungen handelt, sondern um Richtlinien.”

Aangezien het gaat om erkenningsvoorwaarden en om voorwaarden om de erkenning te kunnen behouden, moet duidelijkheid bestaan over het al dan niet bindende karakter van de richtlijnen. Zoals reeds is opgemerkt, kan uit de huidige formulering worden afgeleid dat het wél om bindende regels gaat, in welk geval in artikel 15, tweede lid, 17°, van het ontwerp een delegatie aan de bevoegde minister dient te worden toegekend in plaats van aan het departement. Indien dat niet de bedoeling is, dient de genoemde bepaling in ieder geval anders te worden geredigeerd en is zij niet op haar plaats in een artikel over de erkenningsvoorwaarden en de voorwaarden om de erkenning te behouden.

8. Volgens de gemachtigde is het de bedoeling dat de beslissing over de subsidies bedoeld in de artikelen 29 en 30 van het ontwerp genomen wordt door de minister van de Regering van de Duitstalige Gemeenschap bevoegd voor het gezinsbeleid. Dat dient in beide artikelen te

worden bepaald. Eventueel dient ook de procedure voor de indiening en de behandeling van de aanvraag tot subsidiëring en de uitbetaling van de subsidies te worden geregeld.

9. In telkens het tweede en het derde lid van de artikelen 8, § 2, 19, § 2, 20, § 2, 31, 33, 37, 46, § 3, en 47, § 2, van het ontwerp wordt een procedé van stilzwijgende weigeringsbeslissing ingesteld.

Zoals de Raad van State, afdeling Wetgeving, er reeds meerdere malen heeft op gewezen, dient dergelijk procedé beter uitzondering te blijven, aangezien er ernstige bezwaren aan verbonden zijn op het vlak van de rechtszekerheid en de waarborgen voor de rechtzoekende. Onder meer zijn dergelijke impliciete weigeringsbeslissingen niet formeel gemotiveerd en worden zij niet bekendgemaakt of betekend. Bovendien is het invoeren van een systeem van stilzwijgende weigeringsbeslissing moeilijk verzoenbaar met de beginselen van behoorlijk bestuur nu erdoor de mogelijkheid wordt gecreëerd dat beslissingen tot stand komen zonder reëel onderzoek. De genoemde bepalingen worden derhalve het best herbekeken.

10. In de artikelen 38, § 3, en 40, §1, eerste lid, van het ontwerp wordt bepaald dat de erin bedoelde administratieve beslissingen “met (bijzondere) redenen omkleed” dienen te zijn.

Het voorschrift dat een administratieve beslissing met een individuele draagwijdte formeel gemotiveerd wordt, komt neer op een herhaling van wat reeds voortvloeit uit de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’. Dat voorschrift in het ontwerp opnemen, is bijgevolg niet alleen overbodig, maar ook misleidend omdat erdoor ten onrechte de indruk zou kunnen ontstaan dat andere, al dan niet in het ontwerp bedoelde, administratieve beslissingen met individuele draagwijdte niet formeel gemotiveerd hoeven te zijn wanneer dit niet uitdrukkelijk wordt bepaald, wat uiteraard niet het geval is.

Behalve wanneer het de bedoeling zou zijn een meer verregaande plicht tot motiveren in te voeren dan die welke voortvloeit uit de wet van 29 juli 1991 – in welk geval de draagwijdte ervan nader dient te worden omschreven – dient in de genoemde bepalingen de verwijzing naar de formele motivering derhalve te worden weggelaten.

11. Bij titel 4 van het ontwerp wordt het mogelijk gemaakt dat hoogstens drie zelfstandige onthaalouders, voor zover ze in staat zijn om bestendig samen te werken en geschikt zijn om samen kinderopvang aan te bieden, hun activiteit als mede-onthaalouders in één gemeenschappelijke opvangvoorziening uitoefenen.

Artikel 45 van het ontwerp bepaalt dat de bepalingen van titel 2 en titel 3 *mutatis mutandis* ook gelden voor zelfstandige mede-onthaalouders, met uitzondering van artikel 19, wat tal van vragen oproept.

De gemachtigde verschafte de volgende toelichting:

“Es wurde in der Tat ersichtlich, dass es noch offene Fragen zu den selbstständigen Co-Tagesmüttern/-vätern gibt. Nach Erhalt des Gutachtens des Staatsrates sollen diese durch eine entsprechende Anpassung des Erlassentwurfs beantwortet werden.

Was die hier gestellte Frage betrifft: Rechtlich gesehen wird weiterhin für jedes betreute Kind ein Betreuungsvertrag zwischen einer/m Tagesmutter/-vater und einer Familie abgeschlossen, den auch nur diese Partien unterzeichnen, auch wenn es sich um Co-Tagesmütter/-väter handelt. Allerdings wird dieser Betreuungsvertrag eine besondere Klausel vorsehen müssen, die vorsieht, dass die Betreuung im Rahmen ein Zusammenarbeit zwischen mehreren Tagemüttern/-vätern stattfindet. Eine Ausnahme zu Artikel 18 §1 wird dementsprechend noch einzufügen sein.

en, op de vraag hoe de aansprakelijkheid wordt geregeld:

“Diese Frage bedarf keines besonderen Regelbedarfs. Es gilt die Zivilgesetzgebung anzuwenden (Art. 1382-1383 ZGB). Die Modalitäten hierfür werden gegebenenfalls in der in Artikel 47 erwähnten Vereinbarung zu präzisieren sein.

Die Ausrüstungszuschüsse können von jeder/m einzelnen Co-Tagesmutter/-vater separat beantragt und ausgezahlt werden. Was die in Artikel 31 vorgesehenen Zuschüsse betrifft, so soll diese grundsätzlich die/der Co-Tagesmutter/-vater erhalten, mit der/dem die betroffenen Erziehungsberechtigten den Betreuungsvertrag unterschrieben haben. Sollte allerdings im Rahmen der Zusammenarbeit ein/e andere/r Co-Tagesmutter/-vater das Kind mit besonderem Pflegebedarf mit betreuen, so erhält diese/r Co-Tagesmutter/-vater pro rata temporis einen Anteil des Zuschusses (gerechnet auf Grundlage der effektiven Betreuungstage). Die Modalitäten hierfür werden gegebenenfalls in der in Artikel 47 erwähnten Vereinbarung zu präzisieren sein.

Da die Vereinbarung der Co-Tagesmütter/-väter intuitu personae abgeschlossen wird, steht und fällt die Betreuung als Co-Tagesmütter/-väter mit der Anerkennung der einzelnen Personen. Verliert also ein/e Co-Tagesmutter/-vater seine Anerkennung gilt die gesamte Vereinbarung als hinfällig. Dabei ist es nicht relevant, ob der Verlust der Anerkennung nur eine Person betrifft und auf diese zurückzuführen ist oder ob es ein „gemeinschaftliches Versagen“ aller Co-Tagesmütter/-väter ist (wie z.B. bei nicht regelkonformen Räumlichkeiten); die Sanktion ist dieselbe. Die Co-Tagesmütter/-väter, deren Anerkennung nicht entzogen wurde, können als selbstständige Tagesmütter/-väter weiterarbeiten oder eine neue Vereinbarung als Co-Tagesmütter/-väter anstreben. Nach Erhalt des Gutachtens des Staatsrates wird dies präzisiert werden.

Nur bereits (einzeln) anerkannte selbstständige Tagesmütter/-väter können eine Vereinbarung zur Betreuung als Co-Tagesmütter/-väter abschließen. Nach Erhalt des Gutachtens des Staatsrates wird dies präzisiert werden.”

Omwille van de rechtszekerheid is vereist dat in het ontwerp duidelijkheid wordt verschaft over aspecten als de rechten, de plichten en de aansprakelijkheid van de mede-onthaalouders. Titel 4 van het ontwerp behoeft dan ook nadere uitwerking.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

AANHEF

12. Aan de aanhef dienen twee leden te worden toegevoegd (die het eerste en het tweede lid worden), waarin respectievelijk gewag wordt gemaakt van artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’ en van artikel 7 van de wet van 31 december 1983 ‘tot hervorming der instellingen voor de Duitstalige Gemeenschap’

13. In het huidige eerste lid van de aanhef (dat het derde lid wordt) verwijze men eveneens naar de artikelen 15, § 3, derde lid, en 22 van het erin vermelde decreet van 31 maart 2014.

14. In het huidige tweede lid van de aanhef (dat het vierde lid wordt) dient ook te worden verwezen naar artikel 3.2, laatste lid, van het decreet van 31 maart 2014 ‘über das Zentrum für die gesunde Entwicklung von Kindern und Jugendlichen’.

DISPOSITIEF

Artikel 2

15. De gemachtigde is het ermee eens dat de verwijzing in artikel 2, 3°, van het ontwerp naar artikel 2, derde lid, van het decreet van 31 maart 2014 ‘über die Kinderbetreuung’ moet worden weggelaten aangezien er wordt bepaald dat het enkel gaat om kinderopvang buiten de woning van de personen belast met de opvoeding.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Annemie GOOSSENS

Jo BAERT