



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 58.274/3
van 24 november 2015

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering 'houdende de maatregelen in het kader van de handhaving van de voorwaarden voor gezinsopvang en groepsopvang van baby's en peuters'

Op 7 oktober 2015 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 23 november 2015, een advies te verstrekken over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘houdende de maatregelen in het kader van de handhaving van de voorwaarden voor gezinsopvang en groepsopvang van baby’s en peuters’.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 17 november 2015. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Jan SMETS en Koen MUYLLE, staatsraden, Johan PUT en Bruno PEETERS, assessoren, en Annemie GOOSSENS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Rein THIELEMANS, eerste auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 24 november 2015.

*

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 om advies voorgelegde ontwerpbesluit strekt tot nadere regeling van de handhaving van de vergunnings- en subsidiëeringsvoorwaarden die zijn opgelegd bij of ter uitvoering van het decreet van 20 april 2012 ‘houdende de organisatie van kinderopvang van baby’s en peuters’.

Hoofdstuk 1 van het ontwerp bevat algemene bepalingen. Hoofdstuk 2 bepaalt de bestuurlijke maatregelen die het intern verzelfstandigd agentschap met rechtspersoonlijkheid Kind en Gezin (hierna: Kind en Gezin) kan nemen, zijnde een beslissing tot wijziging, schorsing of opheffing van de vergunning en een beslissing tot terugvordering, vermindering, schorsing of stopzetting van de subsidie. Hoofdstuk 3 heeft betrekking op de bestuurlijke geldboeten. In dat hoofdstuk worden de bedragen bepaald van de bestuurlijke geldboeten die Kind en Gezin kan opleggen, de criteria om het concrete bedrag ervan vast te stellen en de bestemming van de inkomsten die eruit voortkomen. Hoofdstuk 4 regelt de gegevens die moeten worden opgenomen in een aanmaning of een beslissing van Kind en Gezin om een bestuurlijke maatregel of een bestuurlijke geldboete op te leggen. Hoofdstuk 5 regelt de kennisgeving van de aanmaning en de beslissing om een bestuurlijke maatregel of een bestuurlijke geldboete op te leggen. Hoofdstuk 6 bepaalt regels inzake het bezwaar tegen de beslissingen ter zake van Kind en Gezin. Hoofdstuk 7 bevat wijzigingsbepalingen en hoofdstuk 8 een slotbepaling.

3.1.1. De artikelen 3 tot 25 van het ontworpen besluit vinden in de eerste plaats een uitdrukkelijke rechtsgrond in het decreet van 20 april 2012 ‘houdende de organisatie van kinderopvang van baby’s en peuters’, meer bepaald in de artikelen 18, derde lid, 19, vierde lid, 20, tweede lid, 22, zesde lid, en 23, tweede lid, ervan.

3.1.2. Artikel 5, 3°, van het ontwerp bepaalt dat de erin bedoelde bestuurlijke maatregel (de opheffing van de vergunning) kan worden genomen als de organisator op basis van onjuiste gegevens een vergunning heeft verkregen.

Gevraagd of zulks valt in te passen in artikel 19, eerste lid, 1°, van het decreet van 20 april 2012, antwoordde de gemachtigde het volgende:

“Het decreet vermeldt nergens expliciet dat een organisator juiste gegevens moet bezorgen die overeenstemmen met de werkelijkheid. Het leek immers een evident uitgangspunt dat de gegevens die een organisator moet invullen op het aanvraagformulier om een vergunning te ontvangen, met de werkelijkheid moeten overeenstemmen en de organisator daar dus geen valse gegevens mag vermelden die zo ten onrechte tot een vergunning zouden leiden.

Met de formulering wordt dus de situatie bedoeld dat een organisator verklaart in orde te zijn met de startvoorwaarden, terwijl dit niet het geval is. Dit valt ons inziens dus onder de noemer van het niet-naleven van het decreet en de uitvoeringsbesluiten omdat blijkt dat men dan niet aan de startvoorwaarden voldeed in de feiten op het moment van de aanvraag, en men dus eigenlijk geen vergunning had mogen krijgen.”

Met deze redenering kan worden ingestemd.¹

3.1.3. Betreffende artikel 12 van het ontwerp, dat strekt tot uitvoering van artikel 23 van het decreet van 20 april 2012, verklaarde de gemachtigde:

“Bedoeling is ondersteuning te bieden in de vorm van opleiding, communicatie, sensibilisering aan de sector. Bedoeling is niet om organisatoren extra te subsidiëren.”

Zo opgevat, vindt artikel 12 van het ontworpen besluit effectief rechtsgrond in artikel 23, tweede lid, van het decreet van 20 april 2012. Het genoemde artikel 12 zou evenwel duidelijker in de door de gemachtigde aangegeven zin kunnen worden geredigeerd.

3.1.4. De in artikel 19 van het ontwerp bedoelde bekendmaking van de beslissingen inzake de opheffing van de vergunning, de sluiting van de kinderopvanglocatie en de stopzetting van de subsidie heeft volgens de gemachtigde enkel betrekking op het gegeven dat de vergunning van een bepaalde organisator opgeheven is, dat een kinderopvanglocatie gesloten is of dat de subsidiëring is stopgezet; de inhoud van de beslissing wordt voor het overige niet bekendgemaakt.

Zo opgevat, zou kunnen worden aanvaard dat de artikelen 19, vierde lid, en 20, tweede lid, van het decreet van 20 april 2012 rechtsgrond bieden voor artikel 19 van het ontworpen besluit. Het decreet van 20 april 2012, waarbij een vergunning wordt vereist voor het aanbieden van kinderopvang en dat in verschillende soorten subsidies voorziet die verband houden met het soort kinderopvang dat wordt aangeboden door een organisator en in het geval van de subsidie bedoeld in artikel 8 van dat decreet bepalend is voor het al dan niet aanbieden van kinderopvang waarvoor de gezinnen betalen op basis van het inkomen, impliceert immers dat de betrokken beslissingen worden bekendgemaakt aan het publiek, zodat er een voldoende decretale basis is voor de genoemde bekendmaking, die niet verder gaat dan nodig is voor een correcte uitvoering van het decreet van 20 april 2012.² Desalniettemin verdient het vanuit rechtszekerheidsoverwegingen aanbeveling om een meer uitdrukkelijke rechtsgrond te creëren.

¹ Ook in de bepalingen betreffende de vermindering, de schorsing en de stopzetting van subsidies komen gelijkaardige bepalingen als vervat in artikel 5, 3°, van het ontwerp voor, maar deze bepalingen kunnen in ieder geval worden gesteund op artikel 57 van het decreet van 8 juli 2011 ‘houdende regeling van de begroting, de boekhouding, de toekenning van subsidies en de controle op de aanwending ervan, en de controle van het Rekenhof’.

² De gemachtigde verklaarde in dit verband het volgende:

- “De realiteit is dat organisatoren regelmatig nalaten de ouders te informeren over handhavingsbeslissingen van Kind en Gezin. Hierdoor lijden ouders en hun kinderen echter een mogelijk nadeel: ze kunnen de KO-kosten niet fiscaal inbrengen, ze zijn niet op de hoogte van de (mindere) kwaliteit van de kinderopvang,... Kind en Gezin vraagt al in een vroege fase voor de effectieve beslissing de adressen op bij de organisator, om indien nodig ouders toch te kunnen informeren. Ook dat is echter niet waterdicht want er zijn ook organisatoren die niet op die vraag ingaan, ondanks aanmaning hiertoe. Door de beslissing op de website te vermelden, kunnen ouders die plots voor een gesloten deur staan en de website van K&G raadplegen direct geïnformeerd worden.”;

- “Het lijkt ons dat voor ouders die plots voor een gesloten deur staan en dan op die weg misschien gewoon zien dat hun locatie daar niet meer te vinden is, nog niet duidelijk [is] wat er dan misschien gebeurd is. Door de beslissing te vermelden wordt er duidelijkheid geboden. Bovendien is het zo dat een opheffing meestal pas ingaat vanaf een datum

3.2. Artikel 57 van het decreet van 8 juli 2011 ‘houdende regeling van de begroting, de boekhouding, de toekenning van subsidies en de controle op de aanwending ervan, en de controle van het Rekenhof’ biedt mede rechtsgrond voor de artikelen 6 tot 9 van het ontworpen besluit.³

3.3. Artikel 9, tweede lid, van het decreet van 17 oktober 2003 ‘betreffende de kwaliteit van de gezondheids- en welzijnsvoorzieningen’ biedt mede rechtsgrond voor artikel 14, 1°, tweede zin, van het ontworpen besluit.

3.4. Artikel 15, tweede lid, 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’ biedt mede rechtsgrond voor hoofdstuk 6 van het ontworpen besluit.

3.5. De artikelen 26 en 27 van het ontworpen besluit, die strekken tot wijziging van het Vergunningsbesluit van 22 november 2013, vinden rechtsgrond in artikel 6, § 5, van het decreet van 20 april 2012.

3.6. Artikel 28 van het ontworpen besluit, dat strekt tot wijziging van het Subsidiebesluit van 22 november 2013, vindt rechtsgrond in de artikelen 7, tweede lid, en 12, § 1, tweede lid, van het decreet van 20 april 2012.

3.7. Voor de bepalingen waarbij een taak wordt opgelegd aan 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, § 1, 2° en 6°, van dat decreet.

ALGEMENE OPMERKINGEN

4. In de *bisnota* aan de Vlaamse Regering, gevoegd bij de adviesaanvraag, wordt gewag gemaakt van het bezorgen van een voornemen tot beslissing aan de organisator en van het hoorrecht van de organisator. Het hoorrecht is niet geregeld in het decreet van 20 april 2012 of in het ontwerp. De gemachtigde verschaft hieromtrent de volgende toelichting:

“Het is een regelgevend niet verplichte stap die K&G van plan is steeds in te lassen vooraleer tot een beslissing over te gaan om zo het hoorrecht van de organisatoren te honoreren.

Dit is een toepassing in de praktijk van algemene rechtsbeginselen en beginsel van behoorlijk bestuur, die op zich niet herhaald worden in de regelgeving omdat ze in elk

in de toekomst. Dus dan zou die locatie in de lijst met vergunde locaties nog blijven staan tot de datum dat de opheffing effectief ingaat. Door de beslissing wel al te vermelden, zijn mensen ook op de hoogte van een nakende sluiting.”;

- “Die beslissing van stopzetting van subsidie trap 2 heeft een enorme impact op de ouders. Waar zij betaalden op basis van hun inkomen, zal de organisator na de stopzetting van de subsidie een vrije prijs moeten vragen aan de ouders. Het is aangewezen dat ouders ook hier zeker over geïnformeerd (...) worden, om niet voor voldongen feiten te staan.”

³ Naast artikel 20, tweede lid, van het decreet van 20 april 2012, dat evenwel enkel betrekking heeft op het geval van niet-naleving van dat decreet of de uitvoeringsbesluiten ervan.

geval van toepassing zijn. In die zin is het een stap in de interne procedure van Kind en Gezin.”

Omwille van de rechtszekerheid kan desondanks toch worden aanbevolen het hoorrecht uitdrukkelijk te regelen.

5. In het ontwerp wordt op verschillende plaatsen gewag gemaakt van “de contracthouder(s)”.

De gemachtigde verklaarde over deze term het volgende:

“Moet allicht specifiek gedefinieerd worden, gezien het begrip enkel gedefinieerd is bij het Vergunningsbesluit van 22 november 2013, niet in het decreet zelf.”

Hiermee kan worden ingestemd.

6. In de *bisnota* aan de Vlaamse Regering wordt vermeld dat voor de berekening van de termijnen voor beroep of bezwaar artikel 53*bis*, 2°, van het Gerechtelijk Wetboek van toepassing is.

Die bepaling geldt echter slechts voor proceshandelingen (zie artikel 48 van het Gerechtelijk Wetboek) en is derhalve niet uit zichzelf van toepassing. Indien men wenst dat een regel als deze opgenomen in artikel 53*bis*, 2°, van het Gerechtelijk Wetboek geldt, moet dit uitdrukkelijk worden bepaald, het best door een autonome bepaling waarin die regel wordt hernomen.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

Aanhef

7. Aan de aanhef dient een lid te worden toegevoegd (dat het tweede lid wordt) waarin wordt verwezen naar artikel 8, § 2, van het decreet van 30 april 2004 ‘tot oprichting van het intern verzelfstandigd agentschap met rechtspersoonlijkheid Kind en Gezin’.

8. Aan de aanhef dient eveneens een lid te worden toegevoegd (dat het vierde lid wordt) waarin gewag wordt gemaakt van artikel 57 van het decreet van 8 juli 2011 ‘houdende regeling van de begroting, de boekhouding, de toekenning van subsidies en de controle op de aanwending ervan, en de controle van het Rekenhof’.

9. In het huidige derde lid van de aanhef (dat het vijfde lid wordt) dient ook melding te worden gemaakt van de artikelen 6, § 5, 7, tweede lid, en 12, § 1, tweede lid, van het decreet van 20 april 2012 en kan de rechtsgrond nog worden gepreciseerd door te verwijzen naar de artikelen 18, derde lid, 19, vierde lid, 20, tweede lid, 22, zesde lid, en 23, tweede lid, van dat decreet.

10. Aangezien om advies is gevraagd met toepassing van artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, van de wetten op de Raad van State, redigere men het huidige vijfde lid van de aanhef (dat het zevende lid wordt) als volgt:

“Gelet op advies 58.274/3 van de Raad van State, gegeven op 24 november 2015, met toepassing van artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;”.

11. De in het huidige zesde lid van de aanhef voorkomende considerans is overbodig en wordt derhalve beter weggelaten, temeer gelet op het toe te voegen vierde lid van de aanhef en omdat in artikel 6 van het ontwerp reeds gewag wordt gemaakt van de erin vermelde regels.

Artikel 6

12. De mede in artikel 6 van het ontwerp vermelde artikelen 9 tot 16 van het besluit van de Vlaamse Regering van 8 november 2013 ‘betreffende de algemene regels inzake subsidiëring’ betreffen niet de terugvordering van subsidies, maar de wijze waarop de financiële verantwoording moet zijn opgesteld. De verwijzing lijkt derhalve te moeten worden aangepast.

Artikel 10

13. Met betrekking tot artikel 10, eerste lid, 1°, en tweede lid, 1°, van het ontwerp moet worden vastgesteld dat de maximumboete voor het verhinderen van het toezicht 7.500 euro (of 15.000 euro bij herhaling) bedraagt, waardoor het verhinderen van het toezicht een voordeel zou kunnen opleveren aangezien de maximumboete lager ligt dan de maximumboete voor de inbreuken die zouden kunnen worden vastgesteld mocht het toezicht kunnen worden uitgeoefend (15.000 euro, 30.000 euro bij herhaling of 100.000 euro).

De stellers van het ontwerp dienen de toepasselijke strafmaten in het licht van deze vaststelling te herbekijken.

14. Met betrekking tot artikel 10, eerste lid, 3°, en tweede lid, 3°, van het ontwerp rijst de vraag waarom alle andere inbreuken dan deze bedoeld in artikel 10, eerste, 1° en 2°, en tweede lid, 1° en 2°, van het ontwerp in één enkele, zeer brede vork worden ondergebracht en waarom de maximumboete die is bepaald in de eerstgenoemde bepalingen zoveel hoger is dan in het geval bedoeld in artikel 10, eerste lid, 2°, en tweede lid, 2°, van het ontwerp, wat als gevolg heeft dat het zonder vergunning kinderopvang organiseren minder streng wordt bestraft dan bijvoorbeeld het niet naleven van één enkele, eventueel louter administratieve, vergunningsvoorwaarde.

Zulks staat op gespannen voet met het beginsel van de evenredigheid van de straffen, dat inhoudt dat de zwaarte van de mogelijke straf in verhouding dient te staan met de ernst van de strafbaar gestelde feiten, met het mede uit het legaliteitsbeginsel in strafzaken voortvloeiende vereiste van de voorzienbaarheid van de straffen, en derhalve ook met het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie.

Artikel 11

15. In artikel 11, 5°, van het ontwerp schrijve men duidelijkheidshalve “de totale aan de betrokken organisatie toegekende subsidie” in plaats van “de totale subsidie”.

Artikel 15

16. In artikel 15, 7°, van het ontwerp dient het woord “in” te worden ingevoegd tussen het woord “vermeld” en het woord “artikel”.

Artikel 19

17. Artikel 19 van het ontwerp dient te worden ingeperkt gelet op wat *sub* 3.1.4 is opgemerkt.

18. Gevraagd naar welke periode juist met een “tijdelijke” bekendmaking wordt verwezen, antwoordde de gemachtigde dat wordt gedacht aan een periode van maximaal zes maanden. Omwille van de rechtszekerheid wordt het best in artikel 19 van het ontwerp uitdrukkelijk de duur bepaald gedurende dewelke de erin vermelde gegevens op de website van Kind en Gezin worden bekendgemaakt.

Artikel 22

19. In artikel 22, 2°, van het ontwerp wordt het best gespecificeerd dat de erin bedoelde gegevens de gegevens zijn die worden vermeld in artikel 20, tweede lid, van het ontwerp.

Artikel 25

20. De stellers van het ontwerp dienen na te gaan of het in artikel 25 van het ontwerp gehanteerde begrip “dringende noodzakelijkheid” niet kan worden gespecificeerd. De vraag rijst overigens wie zal vaststellen of die “dringende noodzakelijkheid” voorhanden is (en het bezwaar derhalve geen schorsende werking heeft), alsmede op welke manier dat zal gebeuren.

Artikelen 26 en 27

21. In de artikelen 26 en 27 van het ontwerp wordt verwezen naar artikel 49, §§ 1 en 2, van het Vergunningsbesluit van 22 november 2013. Met die verwijzing wordt vooruit gelopen op een wijzigend besluit waarover op 14 juli 2015 advies 57.704/3 werd gegeven en dat volgens de gemachtigde heeft geleid tot een besluit van de Vlaamse Regering van 9 oktober 2015⁴, dat evenwel nog niet is bekendgemaakt.

⁴ Die datum dient nog te worden ingevuld in artikel 27 van het ontwerp.

Er dient voor gewaakt te worden dat het te nemen besluit niet vóór het hiervoor genoemde besluit wordt bekendgemaakt.

22. De gemachtigde verschafte de volgende toelichting bij de in de ontworpen artikelen 5 en 49, § 1, tweede zin, van het Vergunningsbesluit van 22 november 2013 opgenomen vergunningsvoorwaarde dat “[d]e organisator (...) de integriteit en de geschiktheid [heeft] om kwaliteitsvolle kinderopvang te organiseren”:

“Eigenlijk betekent dit dat hij als een *bonus pater familias* optreedt en zijn rol als organisator opneemt. Wij gingen ervan uit dat de termen integriteit en geschiktheid samen voldoende duidelijk waren. Van Dale vermeldt bij integriteit: “onkreukbaarheid, eerlijkheid”, maar als hier een duidelijkere omschrijving in het BVR aangewezen is, kan inderdaad geput worden uit de nota.”

en

“De formulering van het artikel in combinatie met de toelichting in de nota leek ons voldoende duidelijk, maar misschien toch opportuun om de bepaling iets meer te stofferen met de info uit de nota als volgt: ‘De organisator heeft de integriteit en geschiktheid om op een rechtmatige manier, rekening houdend met geldende normen en waarden, kwaliteitsvolle kinderopvang te organiseren.’.”

De genoemde voorwaarde dient te worden verduidelijkt.

Artikel 28

23. De gemachtigde verschafte de volgende toelichting bij de in het ontworpen artikel 10/1 van het Subsidiebesluit van 22 november 2013 opgenomen subsidievoorwaarde dat de organisator “de integriteit en de geschiktheid [heeft] om subsidie te ontvangen en om de specifieke dienstverlening te leveren”:

“Er wordt bedoeld dat een organisator in staat is om op een verantwoorde, zorgvuldige en integere manier met overheidsmiddelen om te gaan en de subsidievoorwaarden die als specifieke dienstverlening in het BVR zijn opgenomen, na te leven.

[Misschien] als volgt: De organisator heeft de integriteit en geschiktheid om op een rechtmatige manier, rekening houdend met geldende normen en waarden, met subsidies om te gaan en de daarbij horende specifieke dienstverlening te leveren/de daarbij horende subsidievoorwaarden na te leven.”

Ook deze voorwaarde dient te worden verduidelijkt.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Annemie GOOSSENS

Jo BAERT