



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 58.652/3
van 22 januari 2016

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘betreffende
de voorbereiding bij adoptie’

Op 11 december 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 22 januari 2016, een advies te verstrekken over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘betreffende de voorbereiding bij adoptie’.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 12 januari 2016. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Jan SMETS en Jeroen VAN NIEUWENHOVE, staatsraden, Jan VELAERS 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 22 januari 2016.

*

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.¹

*

STREKKING EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

2. Het om advies voorgelegde ontwerpbesluit strekt tot de uitvoering van het decreet van 20 januari 2012 ‘houdende regeling van de interlandelijke adoptie van kinderen’, zoals te wijzigen bij het hierna genoemde decreet, en van het decreet van 3 juli 2015 ‘houdende regeling van de binnenlandse adoptie van kinderen en houdende wijziging van het decreet van 20 januari 2012 houdende regeling van de interlandelijke adoptie van kinderen’² wat betreft de voorbereiding van de kandidaat-adoptanten door het Vlaams Centrum voor Adoptie (hierna: VCA) en het Steunpunt Adoptie, de erkenning en de subsidiëring van het Steunpunt Adoptie en de erkenning en de subsidiëring van de diensten voor maatschappelijk onderzoek.

Hoofdstuk 1 van het ontwerp bevat definities. Hoofdstuk 2 regelt de voorbereiding, namelijk de aanmelding bij het VCA, de doorverwijzing naar het Steunpunt Adoptie, de informatiesessie en de voorbereidingssessies voor kandidaten voor een niet-intrafamiliale interlandelijke adoptie of een binnenlandse adoptie van een ongekend kind, de aanmelding bij het VCA, de doorverwijzing naar het Steunpunt Adoptie en de voorbereiding voor kandidaten voor de adoptie van een gekend kind en het individuele gesprek met en de voorbereiding van de kandidaten voor een intrafamiliale (interlandelijke) adoptie. Hoofdstuk 3 regelt de bijkomende voorwaarden voor de erkenning van het Steunpunt Adoptie en de subsidiëring van dat Steunpunt. Hoofdstuk 4 betreft de erkenning en de subsidiëring van de diensten voor maatschappelijk onderzoek. Hoofdstuk 5 regelt het toezicht op de naleving van de bepalingen van het te nemen besluit door het intern verzelfstandigd agentschap met rechtspersoonlijkheid Kind en Gezin (hierna: Kind en Gezin) en door de Zorginspectie van het Departement Welzijn, Volksgezondheid en Gezin. Hoofdstuk 6 regelt de procedure voor het bekomen van de erkenning als Steunpunt Adoptie of als dienst voor maatschappelijk onderzoek, voor de hernieuwing van de erkenning en voor de opheffing of de schorsing van de erkenning, alsook de bezwaarprocedure. Hoofdstuk 7 bevat slotbepalingen, waaronder de opheffing van het besluit van de Vlaamse Regering van 12 oktober 2012 ‘betreffende de voorbereiding en de nazorg bij interlandelijke adoptie’, overgangsbepalingen en een bepaling inzake de indexering van de in het ontwerp geregelde subsidies.

¹ Gelet op de toegemeten termijn, het grote aantal andere aan termijnen gebonden adviesaanvragen en het geringe aantal magistraten die deel uitmaken van de afdeling Wetgeving, heeft de Raad van State niet op alle punten een diepgaand onderzoek van het ontwerp kunnen verrichten. Het advies dient met dit voorbehoud te worden gelezen.

² Dit decreet treedt luidens artikel 45 van het ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘betreffende de bemiddeling, nazorg en inzage bij binnenlandse adoptie’ (ontwerp waaromtrent de Raad van State advies 58.633/3 heeft gegeven) in werking op 1 januari 2016. De gemachtigde verklaarde evenwel dat de inwerkingtreding zal worden uitgesteld tot 1 februari 2016.

3.1. Het ontworpen besluit is zowel van toepassing op de interlandelijke adoptie als op de binnenlandse adoptie. Het vindt zowel een uitdrukkelijke rechtsgrond in het decreet van 20 januari 2012, zoals te wijzigen bij het decreet van 3 juli 2015, als in het decreet van 3 juli 2015.³

In het decreet van 20 januari 2012 kan voor het ontworpen besluit een uitdrukkelijke rechtsgrond worden gevonden in de artikelen 4, 5, derde lid, 6, eerste lid, 7, § 5 en § 6, 8, tweede lid, 9, eerste en derde lid, 11, § 2, 1°, § 3, 5°, § 4 en § 5, 12, tweede lid, 13, tweede lid, en 26, § 4.

In het decreet van 3 juli 2015 kan een uitdrukkelijke rechtsgrond worden gevonden in de artikelen 5, § 2, 6, § 2, tweede lid, en § 4, 8, § 2, 26, § 4, en 39.

3.2. Voor een aantal bepalingen van het ontworpen besluit is evenwel een nader onderzoek vereist.

3.2.1. Artikel 4, § 1, van het ontworpen besluit, naar luid waarvan de kandidaat-adoptant binnen zestig kalenderdagen na het volgen van de in artikel 3 ervan bedoelde informatiesessie bevestigt dat hij wil voortgaan met de adoptieprocedure, kan worden gesteund op de algemene uitvoeringsbevoegdheid van de Vlaamse Regering (artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’), gelezen in samenhang met artikel 5 van het decreet van 20 januari 2012 en artikel 5 van het decreet van 3 juli 2015.

3.2.2. Luidens artikel 10 van het ontworpen besluit meldt de kandidaat-adoptant voor intrafamiliale interlandelijke adoptie zich aan bij het VCA, dat de haalbaarheid van de adoptie onderzoekt en hem in voorkomend geval uitnodigt voor een individueel gesprek. Volgens de gemachtigde vindt dat artikel 10 rechtsgrond in artikel 4 van het decreet van 20 januari 2012. Dat laatste artikel handelt over de informatiesessie. Zelfs in de hypothese dat men zou aannemen dat de informatiesessie de vorm kan aannemen van een individueel gesprek, wat ten eerste betwistbaar is, zou artikel 10 van het ontworpen besluit erin geen rechtsgrond kunnen vinden nu in dat artikel 4 wordt bepaald dat de informatiesessie moet worden gevolgd bij het Steunpunt Adoptie, terwijl het individuele gesprek bedoeld in artikel 10 van het ontwerp plaatsvindt bij het VCA.

Wel kan artikel 10 van het ontworpen besluit worden gesteund op de algemene uitvoeringsbevoegdheid van de Vlaamse Regering, gelezen in samenhang met artikel 5, tweede lid, van het decreet van 20 januari 2012, waarin gewag wordt gemaakt van een aanmelding bij het VCA.

Het ontwerp dient in ieder geval te worden aangevuld met regels inzake het volgen, in het kader van een intrafamiliale interlandelijke adoptie, van een informatiesessie bij het Steunpunt Adoptie aangezien artikel 4 van het decreet van 20 januari 2012 geldt voor alle adopties.

3.2.3. Artikel 11, § 1, van het ontwerp, naar luid waarvan de kandidaat voor een intrafamiliale interlandelijke adoptie binnen zestig kalenderdagen na het in artikel 10 van het

³ Er dient voor te worden gewaakt dat het te nemen besluit niet eerder in werking treedt dan het decreet van 3 juli 2015, zowel wat betreft de bepalingen die rechtsgrond vinden in het te wijzigen decreet van 20 januari 2012, als wat betreft de bepalingen die rechtsgrond vinden in het decreet van 3 juli 2015 zelf. De inwerkingtreding van het genoemde decreet wordt geregeld in artikel 45 van het in de vorige voetnoot vermelde ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering, waarover de Raad van State advies 58.633/3 heeft gegeven.

ontwerp bedoelde gesprek schriftelijk zijn voornemen om door te gaan met de adoptie aan het VCA dient te bevestigen, kan worden gesteund op de algemene uitvoeringsbevoegdheid van de Vlaamse Regering, gelezen in samenhang met artikel 5 van het decreet van 20 januari 2012.

3.2.4. Artikel 18 van het ontwerp bepaalt dat het Steunpunt Adoptie bij de aanwerving aan elke nieuwe medewerker een uittreksel van type 2 opvraagt uit het strafregister (lees: een uittreksel uit het strafregister, bedoeld in artikel 596, tweede lid, van het Wetboek van Strafvordering).

Gevraagd of er, gelet op het legaliteitsbeginsel vervat in artikel 22 van de Grondwet, een uitdrukkelijke decretale bepaling bestaat waarbij de verwerking van de betrokken persoonsgegevens wordt toegelaten, verklaarde de gemachtigde:

“De bepaling legt aan de adoptiedienst enkel op om een uittreksel op te vragen. Een decretale rechtsgrond lijkt ons enkel nodig wanneer de adoptiedienst het uittreksel ook zou moeten bewaren. Het louter opvragen van een uittreksel kan ons inziens zonder een decretale bepaling. Er is dan ook geen decretale bepaling voorhanden.”

Het opvragen en het inzien van het uittreksel uit het strafregister is evenwel reeds een verwerking van persoonsgegevens.⁴ In principe volstaat artikel 7, § 5, van het decreet van 20 januari 2012 niet als rechtsgrond daarvoor en moet vooraf een specifieke decretale bepaling voorhanden zijn waarbij de verwerking wordt toegelaten.⁵ Tenzij een andere rechtsgrond zou kunnen worden ingeroepen, dient artikel 18 in afwachting van de totstandkoming van een adequate rechtsgrond, te worden weggelaten uit het ontworpen besluit.

3.2.5. In de artikelen 38, eerste lid, en 40 van het ontworpen besluit wordt gewag gemaakt van het toezicht door Kind en Gezin, terwijl in artikel 26, § 1, van het decreet van 20 januari 2012 en in artikel 26, § 1, van het decreet van 3 juli 2015 wordt bepaald dat het toezicht wordt uitgeoefend door het VCA.

Het VCA is weliswaar een afdeling binnen Kind en Gezin (zie artikel 20 van het decreet van 20 januari 2012 en artikel 3, 8°, van het decreet van 3 juli 2015), maar aangezien het VCA in de beide decreten als dusdanig wordt genoemd, onderscheiden van Kind en Gezin, zou in de genoemde artikelen van het ontworpen besluit van het VCA gewag moeten worden gemaakt.

Volgens de gemachtigde gaat het om een vergissing en moet inderdaad telkens het Vlaams Centrum voor Adoptie worden geschreven in plaats van Kind en Gezin.

3.2.6. Artikel 38, eerste lid, van het ontworpen besluit bepaalt dat Kind en Gezin (lees: het VCA) zowel toezicht uitoefent op stukken als ter plaatse.

Artikel 26, § 2, van het decreet van 20 januari 2012 en artikel 26, § 2, van het decreet van 3 juli 2015 bepalen evenwel dat het toezicht ter plaatse gebeurt door Zorginspectie, zoals ook bepaald is in artikel 39 van het ontwerp.

De gemachtigde verschaft de volgende toelichting:

⁴ Zie de definitie van het begrip “verwerking” in artikel 1, § 2, van de wet van 8 december 1992 ‘tot bescherming van de persoonlijke levens[s]feer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens’.

⁵ Eventueel een regeling die geldt voor de gehele sector van de kinderopvang of voor alle welzijnsvoorzieningen.

“Kind en Gezin zal inderdaad het toezicht ter plaatse niet zelf uitvoeren, deze taak werd toebedeeld aan Zorginspectie. Het is wel Kind en Gezin die hierop toeziet en het advies dat Zorginspectie geeft moet gebruiken om feedback te geven aan de dienst. Vandaar ook de formulering toezien op.”

Het is niettemin verwarrend te bepalen dat Kind en Gezin (lees: het VCA) toezicht uitoefent “zowel op stukken als ter plaatse”.

Artikel 38, eerste lid, van het ontworpen besluit dient gelet hierop te worden aangepast.

3.2.7. De artikelen 53 tot 57 van het ontworpen besluit vinden een uitdrukkelijke rechtsgrond in de artikelen 7, § 6, en 11, § 4, van het decreet van 20 januari 2012.

Wat betreft het bezwaar tegen een opheffing of een schorsing van de erkenning, kunnen de artikelen 53 tot 57 van het ontworpen besluit rechtsgrond vinden in de algemene uitvoeringsbevoegdheid van de Vlaamse Regering, gelezen in samenhang met de artikelen 8 en 12 van hetzelfde decreet.

3.3. Aangezien met artikel 20, eerste zin, van het ontworpen besluit wordt beoogd een bijkomende voorwaarde in te stellen om als Steunpunt Adoptie erkend te blijven of opnieuw erkend te worden, zou die bepaling rechtsgrond kunnen vinden in artikel 7, § 5, van het decreet van 20 januari 2012, op grond waarvan de Vlaamse Regering bijkomende voorwaarden op dit vlak kan opleggen. In zoverre ook met artikel 31, eerste zin, van het ontworpen besluit zou worden beoogd een voorwaarde in te stellen om de erkenning als dienst voor maatschappelijk onderzoek te behouden of te verlengen⁶, zou die bepaling kunnen worden gesteund op de algemene uitvoeringsbevoegdheid van de Vlaamse Regering, gelezen in samenhang met artikel 11, § 3, 6°, van het decreet van 20 januari 2012, op grond waarvan de erkende dienst voor maatschappelijk onderzoek de haar bij artikel 10 van dat decreet toegekende taken kwaliteitsvol dient uit te oefenen om erkend te blijven of opnieuw erkend te worden. Artikel 9, eerste lid, van het decreet van 17 oktober 2003 ‘betreffende de kwaliteit van de gezondheids- en welzijnsvoorzieningen’ bevat evenwel reeds de regel dat een erkenning enkel kan worden behouden of verlengd als de voorziening voldoet aan de bepalingen van dat decreet, zodat de eerste zin van de artikelen 20 en 31 van het ontwerp telkens dient te worden weggelaten.⁷

De in de artikelen 20, tweede zin, en 31, tweede zin, van het ontworpen besluit vervatte delegatie aan de Vlaamse minister bevoegd voor bijstand aan personen (hierna: de minister) zou volgens de gemachtigde enkel een subdelegatie van de bij artikel 6, §§ 1 en 2, van het decreet van 17 oktober 2003 aan de Vlaamse Regering toegekende delegaties inhouden, alsmede een subdelegatie om wat betreft het Steunpunt Adoptie en de diensten voor maatschappelijk onderzoek de datum van inwerkingtreding van het decreet van 17 oktober 2003 te bepalen. Voor dat eerste aspect wordt de rechtsgrond dan geboden door artikel 6, §§ 1 en 2, van het

⁶ In ieder geval is het overbodig – en misleidend – te bepalen dat het decreet van 17 oktober 2003 ‘betreffende de kwaliteit van de gezondheids- en welzijnsvoorzieningen’ dient te worden nageleefd, nu dat decreet uiteraard uit zichzelf van toepassing is.

⁷ In artikel 14, 3°, van het ontwerp dient dan ook niet meer te worden verwezen naar artikel 20 van het te nemen besluit.

decreet van 17 oktober 2003. Daarenboven bevat artikel 14 van dat decreet een delegatie aan de Vlaamse Regering om per sector de datum van inwerkingtreding ervan te bepalen, maar omdat het niet gaat om een maatregel van detailmatige of bijkomstige aard, komt deze delegatie niet voor subdelegatie in aanmerking.

Aangezien het in hoofdstuk 5 van het ontworpen besluit geregelde toezicht ten gevolge van het van toepassing verklaren van het decreet van 17 oktober 2003 ook zal slaan op de naleving van dit decreet, biedt artikel 7, § 1, van dat decreet mede rechtsgrond voor dat hoofdstuk. Artikel 9, tweede lid, van het decreet van 17 oktober 2003 biedt rechtsgrond voor de artikelen 49 en 50 van het ontworpen besluit in zoverre ze ook betrekking hebben op verplichtingen opgelegd bij dit decreet.

3.4. Voor het opleggen van taken 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 8, § 1, derde lid, van dat decreet.

VORMVEREISTEN

4. Gevraagd of over het ontwerp het advies werd gevraagd van de Strategische Adviesraad voor het Vlaamse Welzijns-, Gezondheids- en Gezinsbeleid bedoeld in 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’, verklaarde de gemachtigde:

“Er werd geen advies gevraagd. Dit werd niet gevraagd aangezien het gaat om een BVR dat voortvloeit uit een decreet met parlementair initiatief. De opportuniteit en het belang werden beoordeeld door het parlement.”

In de genoemde decreetsbepaling wordt geen onderscheid gemaakt tussen besluiten van de Vlaamse Regering ter uitvoering van een decreet dat het gevolg is van een regeringsinitiatief en besluiten ter uitvoering van een decreet dat een gevolg is van een parlementair initiatief. Ook een besluit van de Vlaamse Regering waarbij uitvoering wordt gegeven aan een decreet dat het gevolg is van een voorstel van decreet, kan belangrijke beleidsopties inhouden die van strategisch belang kunnen worden geacht, waarover het advies van de betrokken strategische adviesraad vereist is.

Al heeft de Vlaamse Regering een appreciatieruimte om te bepalen welke besluiten van strategisch belang zijn, kan in dit geval bezwaarlijk worden ontkend dat het om zulk een besluit gaat nu het een basisbesluit betreft inzake de voorbereiding bij adoptie.

Over het ontworpen besluit dient derhalve het advies van de genoemde adviesraad te worden ingewonnen. Mocht het vervullen van dit vormvereiste aanleiding geven tot wijzigingen aan het ontworpen besluit, dan dienen die wijzigingen nog om advies te worden voorgelegd aan de Raad van State, afdeling Wetgeving.

5.1 De gemachtigde verschaft de volgende toelichting bij de vraag of artikel 9, tweede lid, van het decreet van 20 januari 2012 (betreffende de subsidiëring van het Steunpunt Adoptie) werd aangemeld bij de Europese Commissie op grond van artikel 108, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU) (staatssteun) en of de artikelen 21 tot 27 van het ontwerp (waarin die subsidiëring verder wordt uitgewerkt) bij de Europese Commissie werden aangemeld:

“Wat adoptie betreft worden de diensten die in dit kader worden verleend aanzien als diensten van algemeen belang (DAB). Diensten die erop gericht zijn om een ouderloos of afgestaan kind in een geschikt adoptiegezin onder te brengen zijn geen economische diensten die op een bepaalde markt in concurrentie kunnen worden aangeboden. De voorbereiding en nazorg van de kandidaat adoptanten is een activiteit van puur sociale aard. Via dit Steunpunt Adoptie heeft de overheid niet de bedoeling tegen vergoeding werkzaamheden te verrichten, doch wenst de overheid ten aanzien van de kandidaat adoptanten een sociale en opvoedkundige taak te vervullen in het belang van de geadopteerde kinderen.

Het Steunpunt Adoptie kan geen kandidaten weigeren. Deze dienstverlening kan niet in concurrentie met andere dienstverleners worden uitgeoefend.

Aangezien we deze dienstverlening beschouwen als een Niet – Economische dienst van Algemeen Belang zijn de staatssteunregels niet van toepassing.

De subsidiëring is een enveloppe-subsidie die wordt toegekend om alle taken uit te oefenen die aan het Steunpunt worden toegeschreven. Ons inziens is de koppeling tussen de twee decreten voldoende en is de rechtsgrond uit het decreet van 20 januari 2012 voldoende om subsidies toe te kennen aan het Steunpunt Adoptie.”

Het komt de Raad van State voor dat ermee kan worden ingestemd dat het Steunpunt Adoptie een niet-economische dienst van algemeen belang uitoefent. Een definitief uitsluitsel over deze kwestie kan evenwel enkel door de bevoegde Europese instanties worden gegeven.

5.2 De gemachtigde verschaft de volgende toelichting bij de vraag of artikel 13 van het decreet van 20 januari 2012 (betreffende de subsidiëring van de erkende diensten voor maatschappelijk onderzoek) en de artikelen 32 tot 37 van het ontwerp (waarin die subsidiëring verder wordt uitgewerkt) werden aangemeld bij de Europese Commissie op grond van artikel 108, lid 3, van het VWEU:

“14. De dienstverlening van de diensten voor maatschappelijk onderzoek wordt aanzien als een dienst van algemeen belang (DAB). Ook dit is een activiteit van puur sociale aard die noodzakelijk is ter bescherming van het welzijn en rechten van de betrokken geadopteerde kinderen. Deze maatschappelijke onderzoeken kunnen niet door private dienstverleners tegen vergoeding worden uitgevoerd. Het behoort tot de verantwoordelijkheid van de overheid om enkel kinderen te plaatsen in conform de adoptieregelgeving voorbereide en gescreende adoptiegezinnen. Er is geen sprake van een ‘markt’ voor deze activiteiten.

Voor een niet-economische dienst van algemeen belang zijn de staatssteunregels niet van toepassing.”

Het komt de Raad van State voor dat de erkende diensten voor maatschappelijk onderzoek een niet-economische dienst van algemeen belang verzorgen. Ook hier kunnen enkel de bevoegde Europese instanties een definitief uitsluitsel verschaffen.

6. De artikelen 20 en 31 van het ontworpen besluit betreffen de uitvoering van artikel 6, §§ 1 en 2, van het decreet van 17 oktober 2003 (zie opmerking 3.3). Dienaangaande wordt bij artikel 6, § 3, van hetzelfde decreet overleg met de betrokken sector voorgeschreven. Aangezien de artikelen 20 en 31 van het ontwerp op dit vlak niets meer bevatten dan een verwijzing naar het genoemde decreet en voor het overige een delegatie bevatten aan de minister, zal dat overleg enkel dienen plaats te vinden over het betrokken ontwerp van ministerieel besluit.

ALGEMENE OPMERKINGEN

7. De artikelen 7 en 8 van het decreet van 20 januari 2012 strekken tot de regeling van de erkenning van het Steunpunt Adoptie en de artikelen 11 en 12 van hetzelfde decreet strekken tot de regeling van de erkenning van de diensten voor maatschappelijk onderzoek. Zij bepalen de erkenningsvoorwaarden. De erkenning is vereist om de bij het decreet van 20 januari 2012 en het decreet van 3 juli 2015 bepaalde taken te kunnen uitoefenen.

De artikelen 13 tot 20 van het ontwerp strekken tot het nader omschrijven van sommige van de erkenningsvoorwaarden en tot het invoeren van bijkomende voorwaarden voor de erkenning van het Steunpunt Adoptie, terwijl de artikelen 28 tot 31 van het ontwerp strekken tot de regeling van de programmatie van het aantal diensten voor maatschappelijk onderzoek en tot het nader bepalen van sommige erkenningsvoorwaarden en de artikelen 42 tot 57 van het ontwerp tot de regeling van de procedure voor de toekenning van de erkenning, de hernieuwing van de erkenning en de procedure tot opheffing of schorsing van de erkenning.

Vraag is of de erkenning als Steunpunt Adoptie en de erkenning als dienst voor maatschappelijk onderzoek moeten worden beschouwd als een vergunningstelsel als bedoeld bij richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 ‘betreffende diensten op de interne markt’ (hierna: dienstenrichtlijn), in welk geval de genoemde bepalingen zouden moeten worden getoetst aan die richtlijn.

In advies 52.601/3 van 6 februari 2013 over het ontwerp dat heeft geleid tot het besluit van de Vlaamse Regering van 22 maart 2013 ‘betreffende het inzagerecht en de bemiddeling bij interlandelijke adoptie’ is het volgende opgemerkt:

“6. Gevraagd of de adoptiediensten, die erkend moeten zijn om de bemiddeling inzake interlandelijke adoptie te kunnen verrichten, binnen het toepassingsgebied vallen van richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 ‘betreffende diensten op de interne markt’ (dienstenrichtlijn), verklaarde de gemachtigde dat het optreden als adoptiedienst niet lijkt te vallen onder de uitzonderingsgronden, opgenomen in artikel 2 van de dienstenrichtlijn⁸, zodat die richtlijn dan ook moet worden geacht toepasselijk te zijn.

⁸ Voetnoot 8 uit advies 52.601/3: Al is dat niet evident wat betreft de uitzondering inzake de sociale diensten als bedoeld in artikel 2, lid 2, j), van de dienstenrichtlijn.

Gelet op de bestaande onzekerheid over het juiste toepassingsgebied van de dienstenrichtlijn (of van de bepalingen inzake het vrij verkeer van diensten of de vrijheid van vestiging van het Verdrag ‘betreffende de werking van de Europese Unie’ (hierna: VWEU)),⁹ verdient het aanbeveling hieromtrent de Europese Commissie te contacteren.

Mocht daaruit blijken dat het toch om diensten gaat die onder de toepassing vallen van het VWEU en desgevallend onder de toepassing van de dienstenrichtlijn, dan dienen de erkenningsvoorwaarden en de erkenningsprocedure te worden getoetst aan de verdragsartikelen inzake het recht van vestiging en eventueel het recht van vrije dienstverrichting, respectievelijk aan de betrokken onderdelen van hoofdstukken III en eventueel IV van de dienstenrichtlijn (dit laatste voor zover het mogelijk is dat een adoptiedienst gevestigd in een andere lidstaat bij wege van occasionele dienstverrichting in de Vlaamse Gemeenschap diensten zou verrichten).”

De gemachtigde verschaft de volgende toelichting met betrekking tot de erkenning als Steunpunt Adoptie:

“7. Er werd met betrekking tot de toepassing van de dienstenrichtlijn geen contact opgenomen met de Europese Commissie.

Artikel 2, [lid] 2, a), [van de dienstenrichtlijn] bepaalt dat [niet-economische diensten van algemeen belang] niet onder het toepassingsgebied van de [dienstenrichtlijn] vallen.

Indien er wel sprake zou zijn van een economische tegenprestatie, wat niet het geval kan zijn, is er nog steeds uitsluiting, aangezien het Steunpunt Adoptie onder artikel 2, [lid] 2, j), uitgesloten kunnen worden.

De [dienstenrichtlijn] bepaalt verder in artikel 2, [lid] 2, j), dat zij niet van toepassing is 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’. Hierin zijn voorwaarden vermeld die betrekking hebben op de aard van de dienst en op de verrichter van de dienst.

- Wat betreft de aard van de dienst moet het gaan om ‘kinderopvang en de ondersteuning van gezinnen in permanente of tijdelijke nood’. Het lijkt ons dat de activiteiten zowel betrekking hebben op de zorg voor de betrokken kinderen en de bescherming van de rechten die hen toekomen als de ondersteuning van de geboort gezinnen die in ieder geval in een minstens tijdelijke nood zitten (niet noodzakelijk enkel van materiële aard) waardoor ze de behoefte hebben om een kind af te staan voor adoptie.

- Wat betreft de verrichter van de dienst moet het gaan om dienstverrichters die hiervoor een ‘mandaat’ hebben gekregen van de overheid. Dat is *in casu* zeker het geval aangezien deze dienst de opdracht en de verplichting heeft om in het belang van de betrokken kinderen de begeleiding op te nemen zodat het kind met respect voor diens rechten hetzij bij zijn moeder kan opgroeien, hetzij kan geplaatst worden in een adoptiegezin. De dienst binnenlandse adoptie kan ook niet weigeren de dienstverlening die in het decreet werd uitgewerkt op te nemen.

⁹ Voetnoot 9 uit advies 52.601/3: Zo rijst bij voorbeeld de vraag of de erkende adoptiediensten al dan niet kunnen worden beschouwd als niet-economische diensten van algemeen belang.

We zijn ervan uitgegaan dat de [dienstenrichtlijn] niet van toepassing is op de bemiddeling door diensten voor binnenlandse adopties op basis van de hierboven vermelde motieven.”

Wat betreft de erkenning als diensten voor maatschappelijk onderzoek verklaarde de gemachtigde wat volgt:

“De diensten die verleend worden door de diensten voor maatschappelijk onderzoek zijn te beschouwen als een dienst van algemeen belang met een niet-economisch karakter. De overheid organiseert deze diensten ter bescherming van de kinderen. De dienstverlening kadert in de sociale en opvoedkundige taak van de overheid.

Indien men in het kader van de [dienstenrichtlijn] niet zou aanvaarden dat deze diensten voor maatschappelijk onderzoek, diensten van algemeen belang zijn zonder een economisch karakter – is er nog steeds uitsluiting aangezien deze diensten onder artikel 2, 2° j uitgesloten kunnen worden.

Artikel 2, [lid] 2, j), [van de dienstenrichtlijn] voorziet [in] een uitzondering voor 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.

Deze dienstverlening geschiedt ter bescherming van de betrokken adoptiekinderen zoals ook is voorzien in bv Haags verdrag. Kinderen die niet kunnen opgroeien bij hun ouders bevinden zich o.i. ook in een tijdelijke nood, waarvoor de gehele dienstverlening m.b.t. adoptiebemiddeling werd uitgewerkt. De dienstverrichters inzake het maatschappelijk onderzoek hebben ook de verplichting om de dienstverlening op te nemen.”

Zoals reeds is opgemerkt (zie opmerkingen 5.1 en 5.2), lijken het erkende Steunpunt Adoptie en de erkende diensten voor maatschappelijk onderzoek inderdaad te kunnen worden beschouwd als niet-economische diensten van algemeen belang. Er dient dan niet onderzocht te worden of de erkenning al dan niet te beschouwen is als een mandaat in de zin van artikel 2, lid 2, j), van de dienstenrichtlijn. Ook over deze vraag kunnen evenwel enkel de bevoegde Europese instanties een definitief uitsluitsel geven.

8. Artikel 42 van het ontwerp bepaalt dat de aanvraag om erkenning als Steunpunt Adoptie of als dienst voor maatschappelijk onderzoek wordt opgemaakt in de sjabloon die Kind en Gezin ter beschikking stelt. Artikel 47 van het ontwerp bepaalt hetzelfde wat betreft de aanvraag om hernieuwing van de erkenning.

Volgens de gemachtigde is het niet de bedoeling dat Kind en Gezin zelf elementen toevoegt die niet reeds voortvloeien uit het decreet van 20 januari 2012 of uit het te nemen besluit.

Het hanteren van het woord “minstens” lijkt hiermee evenwel in tegenspraak. Dat woord dient derhalve te worden weggelaten uit de genoemde artikelen van het ontwerp.

9.1. Het ontwerp bevat een aantal bepalingen waarin bepalingen van het decreet van 20 januari 2012 of van het decreet van 3 juli 2015 worden herhaald of geparafraseerd (bijvoorbeeld artikel 2, § 1, eerste lid, van het ontwerp, waarin de regel wordt herhaald dat de kandidaat voor een

binnenlandse adoptie zich aanmeldt bij het VCA, die is opgenomen in artikel 4 van het decreet van 3 juli 2015).

Het overnemen in een lagere regeling van bepalingen van een hogere regeling dient te worden vermeden. Niet alleen is een dergelijke werkwijze op het normatieve vlak overbodig aangezien ze geen nieuwe norm tot stand brengt, maar bovendien kan ze tot verwarring leiden over de precieze aard van het in de lagere regeling opgenomen voorschrift en kan ze inzonderheid aanleiding ertoe zijn dat later uit het oog verloren wordt dat alleen de hogere regelgever het betrokken voorschrift kan wijzigen.

Het overnemen van decretale bepalingen in een besluit van de Vlaamse Regering kan dan ook alleen maar worden gedoogd in zoverre zulks noodzakelijk is voor de leesbaarheid van het besluit, in welk geval een uitdrukkelijke verwijzing naar de betrokken decreetsbepaling het geëigende middel zal zijn om de aard van de betrokken bepaling herkenbaar te houden (“Overeenkomstig artikel ... van het decreet van ...”).

9.2 In de artikelen 13, tweede lid, inleidende zin, en 14, 2°, van het ontwerp wordt het vereiste bevestigd dat voldaan is aan de voorwaarden bepaald in het decreet van 20 januari 2012 om de erkenning als Steunpunt Adoptie te verkrijgen of te behouden.

Het komt de Vlaamse Regering niet toe een dergelijk vereiste te bevestigen.

De betrokken zinsnede dient te worden weggelaten, ofwel dienen de genoemde bepalingen anders te worden geredigeerd (“Overeenkomstig artikel 7, § 3, van het decreet van 20 januari 2012 voldoet het Steunpunt Adoptie aan de in die bepaling gestelde voorwaarden om erkend te worden.”).

Een gelijkaardige opmerking geldt met betrekking tot de artikelen 29, 1°, en 30, 2°, van het ontwerp.

10. Luidens artikel 43, eerste lid,¹⁰ van het ontwerp deelt Kind en Gezin binnen dertig kalenderdagen na de ontvangst van de aanvraag tot erkenning als Steunpunt Adoptie of als dienst voor maatschappelijk onderzoek met een aangetekende brief de aanvrager mee of zijn aanvraag ontvankelijk is. In artikel 43, tweede lid, van het ontwerp wordt bepaald dat Kind en Gezin een ontvankelijke aanvraag om erkenning als Steunpunt Adoptie of als dienst voor maatschappelijk onderzoek behandelt binnen een termijn van drie maanden na de ontvangst van de aanvraag en dat de postdatum geldt als bewijs.

In artikel 54 van het ontwerp is een termijn opgenomen voor het indienen van het gemotiveerde bezwaarschrift tegen een weigering van de erkenning, een opheffing of een schorsing van de erkenning of een weigering van de hernieuwing van de erkenning (dertig kalenderdagen na de datum van de betekening van een voorgenomen beslissing – het indienen van het bezwaarschrift buiten deze termijn heeft de niet-ontvankelijkheid tot gevolg). Daarbij wordt dan bepaald dat de postdatum als bewijs geldt.

¹⁰ Dat het gaat om het eerste lid, zou typografisch beter tot uiting dienen te komen.

In artikel 56, eerste lid, van het ontwerp wordt bepaald dat Kind en Gezin binnen vijftien kalenderdagen na de ontvangst van het bezwaarschrift bij aangetekende brief meedeelt of het bezwaarschrift ontvankelijk is.

De stellers van het ontwerp dienen na te gaan of de in de genoemde bepalingen opgenomen termijnregelingen op een voldoende rechtszekere wijze zijn geformuleerd.

Zo dient telkens te worden gepreciseerd wat wordt bedoeld met “[b]innen ... kalenderdagen na de ontvangst” van de aanvraag of het bezwaarschrift.

In artikel 43, tweede lid, van het ontwerp zou dienen te worden bepaald hoe de erin vervatte termijn van “drie maanden” moet worden berekend.¹¹ Daarnaast is het niet duidelijk wat in die bepaling wordt bedoeld met de zin dat de “postdatum [daarbij] geldt (...) als bewijs”.

Wat betreft artikel 54, eerste lid, van het ontwerp rijst bovendien de vraag of niet beter een andere datum als uitgangspunt wordt genomen, bijvoorbeeld de derde werkdag volgend op de dag van de verzending van de aangetekende zending, mits aan de geadresseerde de mogelijkheid wordt gegeven te bewijzen dat de aangetekende zending hem pas later heeft bereikt.¹²

11. Artikel 45, tweede lid, 3°, van het ontwerp bepaalt dat de kennisgeving van de voorgenomen of de definitieve beslissing van Kind en Gezin over de aanvraag om erkenning of de weigering ervan als Steunpunt Adoptie of als dienst voor maatschappelijk onderzoek de motivering van de voorgenomen of de definitieve beslissing bevat. De voorgenomen beslissing krijgt van rechtswege een definitief karakter zo geen bezwaarschrift wordt ingediend binnen de gestelde termijn (artikel 46 van het ontwerp).

Artikel 51, § 2, 2°, van het ontwerp bepaalt dat de voorgenomen beslissing van Kind en Gezin tot opheffing of schorsing van de erkenning van de genoemde instanties de motivering van de voorgenomen beslissing bevat. De voorgenomen beslissing krijgt van rechtswege een definitief karakter nadat de termijn voor het indienen van een bezwaarschrift is afgelopen (artikel 52 van het ontwerp).

Er dient evenwel aan te worden herinnerd dat de betrokken beslissingen onder de toepassing vallen van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ en de verplichting tot formele motivering reeds uit die wet voortvloeit.

Zo een verdergaande motiveringsplicht wordt beoogd dan diegene die voortvloeit uit de wet van 29 juli 1991, dient de draagwijdte ervan te worden omschreven.

¹¹ Vgl. bijvoorbeeld met artikel 54 van het Gerechtelijk Wetboek.

¹² Zoals het Grondwettelijk Hof heeft gesuggereerd in verband met bepaalde administratieve en jurisdictionele beroepen (GwH 7 juni 2007, nr. 85/2007, B.4; GwH 26 september 2007, nr. 123/2007, B.5; GwH 19 december 2007, nr. 162/2007, B.4; GwH 2 juni 2010, nr. 66/2010, B.13).

Zo niets meer wordt beoogd dan wat reeds uit de wet van 29 juli 1991 voortvloeit, maar men de bepalingen toch wenst te behouden,¹³ dient te worden geschreven “overeenkomstig de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, de motivering van de voorgenomen of definitieve beslissing/de voorgenomen beslissing”.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

Aanhef

12. De aanhef dient in overeenstemming te worden gebracht met wat is opgemerkt over de rechtsgrond voor het ontworpen besluit.
13. Aangezien om advies is gevraagd met toepassing van artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, van de wetten op de Raad van State, dient het huidige zesde lid van de aanhef als volgt te worden geredigeerd:

“Gelet op advies 58.652/3 van de Raad van State, gegeven op 22 januari 2016 , met toepassing van artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;”.

Artikel 2

14. Artikel 2, § 2, van het ontwerp heeft tot gevolg dat kandidaat-adoptanten die de voorbereiding al hebben gevolgd, vrijgesteld zijn van de informatiesessie. Uit artikel 4, § 2, van het ontwerp blijkt onrechtstreeks dat zij ook de rest van de voorbereiding niet moeten volgen. Dit lijkt strijdig met artikel 346-2, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek, waarbij enkel kandidaat-adoptanten die deze voorbereiding reeds hebben gevolgd bij de eerste adoptie én wiens geschiktheid om te adopteren al is erkend door de familierechtbank, worden vrijgesteld. Door het niet verwijzen naar deze tweede voorwaarde, heeft artikel 2, § 2, eerste lid, van het ontwerp een ruimere draagwijdte dan artikel 346-2 van het Burgerlijk Wetboek, hetgeen niet toelaatbaar is. De gemachtigde verklaarde dienaangaande:

“Het is geenszins de bedoeling om de bepaling breder te maken dan wat [is vermeld] in het Burgerlijk Wetboek. Vandaar dat gekozen werd om te verwijzen naar het betrokken artikel dat de voorwaarden hiervoor regelt. Deze bepaling kan, indien onduidelijk, uiteraard in die zin aangepast worden.”

Die verduidelijking is effectief noodzakelijk. Eenzelfde opmerking geldt ten aanzien van de artikelen 8, § 2, en 11, § 3, van het ontwerp.

15. In artikel 2, § 2, eerste lid, van het ontwerp wordt verwezen naar artikel 2 van de wet van 20 juni 2012 ‘tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek teneinde de procedure bij

¹³ In beginsel is dat overbodig, maar in dit geval zou het toch nuttig kunnen zijn (en valt het zelfs aan te raden) omdat in de genoemde bepalingen een opsomming wordt gegeven van wat in ieder geval in de betrokken beslissingen moet voorkomen. Het zou dan misleidend kunnen overkomen de formele motiveringsverlichting erin niet te vermelden.

landelijke of interlandelijke adoptie vanaf een tweede kind te vereenvoudigen'. Bij dit artikel wordt artikel 346-2 van het Burgerlijk Wetboek gewijzigd. Er dient derhalve te worden verwezen naar artikel 346-2, eerste lid, tweede zin, van het Burgerlijk Wetboek.

Deze opmerking geldt eveneens ten aanzien van de artikelen 8, § 2, en 11, § 3, van het ontwerp.

Artikel 13

16. In artikel 13, tweede lid, 1°, van het ontwerp wordt, wat betreft de taken vermeld in het decreet van 3 juli 2015, enkel gewag gemaakt van de taak bedoeld in artikel 10 van dat decreet. Er zijn evenwel ook taken geregeld in de artikelen 5, 6 en 8 van het genoemde decreet. Er dient wellicht ook naar die artikelen te worden verwezen.

Artikel 20 en 31

17. Uit de verklaring van de gemachtigde waarnaar wordt verwezen *sub* 3.3, blijkt dat het enkel de bedoeling is om de uitvoering van de artikelen 6, §§ 1 en 2, en 14 van het decreet van 17 oktober 2003 wat betreft het Steunpunt Adoptie en de diensten voor maatschappelijk onderzoek te subdelegeren aan de minister.

Aangezien in hoofdstuk III van het decreet van 17 oktober 2003 reeds een vrij uitgewerkte regeling betreffende het interne kwaliteitsbeleid is vervat, lijkt die subdelegatie toelaatbaar voor zover ze betrekking heeft op de in artikel 6, §§ 1 en 2, toegekende delegaties.¹⁴

Het bepalen van de datum van inwerkingtreding van het decreet van 17 oktober 2003 voor het Steunpunt Adoptie en de diensten voor maatschappelijk onderzoek, is evenwel geen detailmatige of bijkomstige aangelegenheid. Die datum dient in het ontwerp te worden bepaald.

In ieder geval dient de tweede zin van de artikelen 20 en 31 van het ontwerp te worden ingeperkt.

Artikelen 24 en 34

18. In de artikelen 24, eerste lid, en 34, § 2, van het ontwerp wordt het best verduidelijkt welke regelgeving wordt bedoeld met “de toepasselijke regelgeving”.

Artikel 29

19. Er dient te worden verduidelijkt wat in artikel 29, 2°, van het ontwerp wordt bedoeld met de woorden “een gelijkgesteld diploma”.

¹⁴ En ze effectief zo wordt opgevat dat ze beperkt blijft tot aangelegenheden van detailmatige of bijkomstige aard.

Artikel 38

20. De artikelen 38 en volgende van het ontwerp gelden wellicht niet alleen voor het toezicht op de naleving van het te nemen besluit, maar ook voor het toezicht op de naleving van de decreten van 20 januari 2012 en 3 juli 2015. Dat laatste dient dan in artikel 38 van het ontwerp te worden verduidelijkt, waarbij dan tevens dient te worden bepaald dat zulks overeenkomstig de artikelen 26, § 1, van het decreet van 20 januari 2012 en 26, § 1, van het decreet van 3 juli 2015 gebeurt.

Artikel 40

21. Artikel 40 van het ontwerp bepaalt dat het financiële verslag dat het Steunpunt Adoptie en de diensten voor maatschappelijk onderzoek jaarlijks dienen te bezorgen, wordt opgesteld volgens de richtlijnen van Kind en Gezin (lees: het VCA – zie opmerking 3.2.5).

In het genoemde artikel zelf wordt bepaald welke elementen het financiële verslag dient te bevatten. Zo met de genoemde richtlijnen niet wordt beoogd aan dit verslag nieuwe elementen toe te voegen, doet de delegatie aan het VCA geen probleem rijzen.

Artikel 59

22. Volgens de gemachtigde is het niet de bedoeling dat het ontwerp met terugwerkende kracht (tot 1 januari 2016) uitwerking heeft, hetgeen zou kunnen worden afgeleid uit artikel 59 van het ontwerp. Zij verklaarde:

“De besluiten en de bepaling rond de voorbereidingsattesten zijn geschreven met het oog op een inwerkingtreding op 1 januari 2016. Deze termijn werd echter niet gehaald.

Om de continuïteit van de voorbereidingen voor binnenlandse adoptie te kunnen realiseren, zouden de besluiten zo snel mogelijk in werking moeten treden. We stellen voor om beide besluiten op 1 februari 2016 in werking te laten treden op voorwaarde dat ze definitief goedgekeurd zijn voor deze datum.

Het artikel rond de voorbereidingsattesten zou in die zin dan ook aangepast moeten worden zodat voorbereidingsattesten die uitgereikt werden voor de inwerkingtreding, na inwerkingtreding nog 1 jaar geldig blijven.”

Er dient ofwel een artikel te worden toegevoegd waarbij de datum van inwerkingtreding wordt bepaald; die datum dient ten vroegste de dag van bekendmaking van het te nemen besluit in het Belgisch Staatsblad te zijn.¹⁵ Bij inwerkingtreding op de datum waarop het te nemen besluit definitief is goedgekeurd door de Vlaamse Regering, is er toch nog terugwerkende kracht zo het besluit na die datum wordt bekendgemaakt. Terugwerkende kracht is *in casu* niet mogelijk, gelet op de aard van de bepalingen van het ontwerp.

¹⁵ Indien niet de normale termijn voor kennisname van tien dagen na de bekendmaking in het Belgisch Staatsblad in acht zou worden genomen, moet dat in elk geval kunnen worden verantwoord.

Er kan ook voor geopteerd worden geen artikel inzake de inwerkingtreding toe te voegen, hetgeen als gevolg zou hebben dat het te nemen besluit in werking treedt tien dagen na zijn bekendmaking in het Belgisch Staatsblad.

Daarnaast dient artikel 59 (omtrent de voorbereidingsattesten) te worden aangepast zoals voorgesteld door de gemachtigde.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Annemie GOOSSENS

Jo BAERT