



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 60.035/3
van 26 september 2016

avis 60.035/3
du 26 septembre 2016

over

sur

een voorontwerp van
ordonnantie 'houdende de
organisatie van
kinderopvangmilieus'

un avant-projet d'ordonnance
'portant organisation des
milieux d'accueil pour enfants'

Op 18 augustus 2016 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Ministers, Leden van het Verenigd College van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie van Brussel-Hoofdstad, bevoegd voor het beleid inzake Bijstand aan personen, verzocht binnen een termijn van dertig dagen, verlengd tot 26 september 2016, een advies te verstrekken over een voorontwerp van ordonnantie 'houdende de organisatie van kinderopvangmilieus'.

Het voorontwerp is door de derde kamer onderzocht op 20 september 2016. De kamer was samengesteld uit Jan SMETS, staatsraad, voorzitter, Jeroen VAN NIEUWENHOVE en Koen MUYLLE, staatsraden, Jan VELAERS, assessor, en Greet VERBERCKMOES, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Rein THIELEMANS, eerste auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Jan SMETS, staatsraad.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 26 september 2016.

*

Le 18 août 2016, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par les Ministres, Membres du Collège réuni de la Commission communautaire commune de Bruxelles-Capitale, compétents pour la politique de l'Aide aux personnes, à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, prorogé jusqu'au 26 septembre 2016, sur un avant-projet d'ordonnance 'portant organisation des milieux d'accueil pour enfants'.

L'avant-projet a été examiné par la troisième chambre le 20 septembre 2016. La chambre était composée de Jan SMETS, conseiller d'État, président, Jeroen VAN NIEUWENHOVE et Koen MUYLLE, conseillers d'État, Jan VELAERS, assesseur, et Greet VERBERCKMOES, greffier.

Le rapport a été présenté par Rein THIELEMANS, premier auditeur.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise de l'avis a été vérifiée sous le contrôle de Jan SMETS, conseiller d'État.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 26 septembre 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 rechtsgrond¹, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING VAN HET VOORONTWERP

2. Het om advies voorgelegde voorontwerp van ordonnantie strekt tot het invoeren van een regeling, wat betreft de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie, inzake de organisatie van de kinderopvang². Daartoe wordt voorzien in een vergunningsplicht voor de organisatoren van kinderopvang die vallen onder de bevoegdheid van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie. Het Verenigd College van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie (hierna: “het Verenigd College”) wordt gemachtigd om de vergunningsvoorwaarden te bepalen, die nader worden omschreven, alsmede om de procedures voor de toekenning, de weigering en de intrekking van de vergunning en de procedures voor het opleggen van “herstelmaatregelen” te regelen.

Het ontwerp bevat voorts regels betreffende het toezicht op de naleving van de aan te nemen ordonnantie en betreffende het sluiten van de kinderopvangplaats bij de niet-naleving van de vergunningsplicht. Het niet beschikken over een vergunning wordt strafbaar gesteld.

BEVOEGDHEID

3.1. De aangelegenheid van de kinderopvang maakt deel uit van de aangelegenheid van het gezinsbeleid, bedoeld in artikel 5, § 1, II, 1°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’. Die aangelegenheid kan door de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie binnen de grenzen van haar bevoegdheid binnen het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad worden geregeld op grond van artikel 135 van de Grondwet en artikel 63, eerste lid, van de bijzondere wet van 12 januari 1989 ‘met betrekking tot de Brusselse Instellingen’. Deze bevoegdheidscategorie omvat alle vormen van hulp en bijstand aan gezinnen en kinderen. De kinderopvang, zoals gedefinieerd in artikel 2, 2°, van het ontwerp, kan in deze bevoegdheidscategorie worden ingepast.

3.2. In artikel 2, 1°, van het ontwerp wordt de “organisator van een kinderopvangmilieu³” gedefinieerd als “de natuurlijke persoon of de rechtspersoon die kinderopvang organiseert in het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad en die wegens haar (lees: “zijn”) organisatie niet kan worden beschouwd als uitsluitend te behoren tot de Vlaamse of de

¹ Aangezien het om een voorontwerp van ordonnantie gaat, wordt onder “rechtsgrond” de overeenstemming met de hogere rechtsnormen verstaan.

² “Kinderopvang” wordt in artikel 2, 2°, van het ontwerp gedefinieerd als “de beroepsmatige kinderopvang, tegen betaling en op regelmatige wijze, van minstens één kind jonger dan drie jaar buiten het familiaal verband”.

³ Lees “kinderopvang” (zie opmerking 9).

Franse [G]emeenschap”. Uit de memorie van toelichting blijkt dat met deze omschrijving wordt beoogd rekening te houden met de grenzen van de bevoegdheid van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie.

Zoals in advies 58.631/VR⁴ in herinnering is gebracht, kan de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie haar bevoegdheden slechts uitoefenen binnen de grenzen bepaald bij artikel 135 van de Grondwet, gelezen in samenhang met artikel 128, § 2, van de Grondwet. Krachtens die laatste bepaling zijn de gemeenschappen inzake persoonsgebonden aangelegenheden in het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad bevoegd ten aanzien van instellingen die in dat gebied zijn gevestigd en die, wegens hun organisatie, moeten worden beschouwd uitsluitend te behoren tot de ene of de andere gemeenschap. De Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie kan op grond van artikel 135 van de Grondwet inzake persoonsgebonden aangelegenheden enkel de bevoegdheden uitoefenen die niet zijn toegewezen aan de Vlaamse of de Franse Gemeenschap. Dat betekent, zoals in de memorie van toelichting wordt opgemerkt, dat ze bevoegd is om bepalingen uit te vaardigen die rechtstreeks van toepassing zijn op natuurlijke personen als dusdanig,⁵ alsmede bepalingen die van toepassing zijn op instellingen die omwille van hun organisatie niet kunnen worden beschouwd uitsluitend te behoren tot hetzij de Vlaamse, hetzij de Franse Gemeenschap (de zogenaamde bicommunautaire instellingen).

Volgens de gemachtigde dient de in artikel 2, 1°, van het ontwerp voorkomende zinsnede “die wegens haar organisatie niet kan worden beschouwd uitsluitend te behoren tot de Vlaamse of de Franse Gemeenschap” ook betrekking te hebben op natuurlijke personen omdat het niet is uitgesloten dat natuurlijke personen in bepaalde omstandigheden als instellingen in de zin van artikel 128, § 2, van de Grondwet kunnen worden beschouwd.

De door de gemachtigde vermelde hypothese valt inderdaad niet geheel uit te sluiten. In dit verband kan worden verwezen naar advies 34.339/AV⁶, waarin het volgende wordt opgemerkt:

“24. Zoals hiervóór reeds is opgemerkt, kan de decreetgever, wat Brussel betreft, natuurlijke personen niet rechtstreeks aan zijn regelgeving onderwerpen. Hij kan natuurlijke personen (van welke taalaanhoorigheid ook) wel bereiken via ‘instellingen’, behorend tot de betrokken gemeenschap, waartoe de personen zich vrij kunnen wenden (zie nr 21). Aan die ‘instellingen’ zelf kan hij rechtstreeks allerlei verplichtingen opleggen.

⁴ Adv.RvS 58.631/VR van 22 januari 2016 over een voorontwerp van ordonnantie van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie ‘houdende de organisatie van de kinderopvang’.

⁵ Wanneer een natuurlijk persoon zich voor het bekomen van hulp of bijstand op vrijwillige basis wendt tot een uitsluitend tot één enkele gemeenschap behorende instelling, zijn de op die hulp of bijstand betrekking hebbende regels wel op hem van toepassing.

⁶ Adv.RvS 34.339/AV van 29 april 2003 over een voorontwerp dat heeft geleid tot het decreet van de Vlaamse Gemeenschap van 21 november 2003 ‘betreffende het preventieve gezondheidsbeleid’, *Parl.St.* VI.Parl. 2002-03, nr. 1709/1; zie ook adv.RvS 53.932/AV van 27 augustus 2013 over een voorstel van wet dat heeft geleid tot de bijzondere wet van 6 januari 2014 met betrekking tot de Zesde Staatshervorming, *Parl.St.* Senaat, 2012-13, nr. 5-2232/3, algemene opmerkingen bij de artikelen 6 tot 13, opmerkingen 5, 7 en 8.3.

De vraag rijst in hoeverre individuele zorgaanbieders beschouwd kunnen worden als ‘instellingen ... die, wegens hun organisatie, moeten worden beschouwd uitsluitend te behoren tot de (Vlaamse Gemeenschap)’.

25. Het is niet uitgesloten dat een natuurlijke persoon in bepaalde omstandigheden als een ‘instelling’ beschouwd kan worden.

Dit is bijvoorbeeld het geval waar iemand een functie uitoefent, die aan één persoon is opgedragen, zoals de gouverneur of een burgemeester⁷.

Ook een privé-persoon kan als een ‘instelling’ beschouwd worden, als hij een bepaalde ‘organisatie’ van bestendige aard vertoont, die het mogelijk maakt hem op grond van objectief aanwijsbare kenmerken tot hetzij de Vlaamse, hetzij de Franse Gemeenschap te rekenen.

26. Een individuele zorgaanbieder die in geen enkel georganiseerd verband werkt, kan niet in aanmerking komen voor de kwalificatie als ‘instelling’. De enkele verklaring dat hij zich verbindt met de Vlaamse Gemeenschap is een zuiver subjectief gegeven, dat niet tot gevolg heeft dat de betrokkene als een ‘instelling’ beschouwd kan worden.

Een individuele zorgaanbieder die in een bepaald verband werkt, dat zelf georganiseerd is op een zodanige wijze dat blijkt gegeven wordt van een band met de Vlaamse Gemeenschap, kan daarentegen wel als ‘instelling’ beschouwd worden.”

Het is derhalve de vraag of in bepaalde gevallen een natuurlijke persoon die kinderopvang organiseert, als “een instelling” (in de zin van artikel 128, § 2, van de Grondwet) kan worden beschouwd. Zo dit het geval is, zal de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie enkel bevoegd zijn in het geval dat het om een bicommunautaire instelling gaat.

Zoals in advies 34.339/AV is opgemerkt, volstaat de enkele verklaring van een natuurlijk persoon dat hij zich verbindt met een bepaalde gemeenschap, niet om hem te kunnen beschouwen als unicommunautaire instelling. Het is daarentegen vereist dat er objectief aanwijsbare kenmerken voorhanden zijn die toelaten hem, via het georganiseerde verband waartoe hij behoort,⁸ tot een bepaalde gemeenschap te rekenen. Anders dan in de memorie van toelichting wordt vooropgesteld, volstaat het loutere gegeven dat een persoon een vergunning tot het organiseren van kinderopvang aanvraagt bij de bevoegde organen van de Vlaamse of de Franse Gemeenschap, bijgevolg niet om hem te kunnen beschouwen als een unicommunautaire instelling.

Gelet op wat voorafgaat, wordt artikel 2, 1°, van het ontwerp beter als volgt geredigeerd:

“1° organisator van kinderopvang: de natuurlijke persoon of de rechtspersoon die kinderopvang organiseert in het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad, en niet kan worden beschouwd als een instelling die wegens zijn organisatie uitsluitend behoort tot de Vlaamse of de Franse Gemeenschap;”.

⁷ Voetnoot 20 uit het geciteerde advies: In die twee gevallen gaat het vanzelfsprekend niet om instellingen die behoren tot de Vlaamse Gemeenschap, maar om bi-communautaire instellingen.

⁸ Adv.RvS 34.339/AV van 29 april 2003, *l.c.*, nr. 26.

3.3. De gemachtigde is het ermee eens dat in de memorie van toelichting ook gewag moet worden gemaakt van andere instellingen dan “tweetalige instellingen (Nederlandstalig – Franstalig)” nu de vergunningsplicht ook voor hen zal gelden, tenzij zo een instelling toch omwille van haar organisatie als een “unicommunautaire” instelling te beschouwen zou zijn.⁹

VORMVEREISTEN

4. Uit het aan de Raad van State, afdeling Wetgeving, voorgelegde dossier blijkt niet dat het akkoord van de ministers bevoegd voor begroting werd verleend. De gemachtigde verklaarde in dit verband:

“Concernant l'accord du Ministre du Budget, il est usage en Cocom de le donner oralement en séance.”

Artikel 9 van het besluit van het Verenigd College van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie van 8 maart 2007 ‘betreffende de administratieve en begrotingscontrole evenals de begrotingsopmaak’ luidt:

“Aan het voorafgaandelijk akkoord van de Leden van het Verenigd College, bevoegd voor de Financiën en Begroting, worden voorgelegd de voorontwerpen van ordonnantie, de ontwerpen van besluit van het Verenigd, van omzendbrief of van beslissing:

1° waarvoor geen of onvoldoende kredieten bestaan;

2° waardoor, rechtstreeks of onrechtstreeks, de ontvangsten kunnen worden beïnvloed of nieuwe uitgaven kunnen ontstaan;

3° die betrekking hebben op de ontwerpen van beslissing inzake overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten die aan het Verenigd College worden voorgelegd, krachtens het besluit tot regeling van haar werking;

4° die betrekking hebben op de ontwerpen van beslissing inzake subsidies die van facultatieve aard zijn en wier bedrag hoger ligt dan 15.000 EUR.”

Artikel 12, vierde lid, van hetzelfde besluit van het Verenigd College luidt:

“Indien de Leden van het Verenigd College, bevoegd voor de Financiën en Begroting, hun akkoord niet verlenen of niet binnen de tien werkdagen nadat zij een verzoek daartoe hebben gekregen, overeenkomstig artikel 24, eerste lid, van dit besluit, beslissen, kunnen de functioneel bevoegde Leden van het Verenigd College hun voorstel ter beslissing voorleggen aan het Verenigd College. Als het Verenigd College het voorstel goedkeurt dan geldt het begrotingsakkoord van rechtswege als gegeven.”

Uit deze bepalingen kan worden afgeleid dat de (gunstige) beslissing van het Verenigd College over een voorontwerp van ordonnantie effectief kan worden gelijkgesteld met het begrotingsakkoord, maar enkel hetzij indien het begrotingsakkoord werd gevraagd en geweigerd, hetzij indien het begrotingsakkoord werd gevraagd, maar er binnen tien werkdagen geen beslissing over werd genomen. Indien geen van beide hypothesen van toepassing is omdat het begrotingsakkoord niet eens werd gevraagd, zal dit akkoord alsnog moeten worden

⁹ Het criterium is immers de taal van de organisatie.

ingewonnen. Het is immers pas bij weigering of niet binnen de gestelde termijn verlenen ervan dat artikel 12, vierde lid, van het besluit van het Verenigd College van 8 maart 2007 toepassing kan vinden.

5. Indien het ontwerp zou worden aangevuld met bepalingen waarbij de verwerking wordt toegelaten van persoonsgegevens die onder het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer vallen (zie opmerking 8), verdient het aanbeveling de ontworpen regeling om advies voor te leggen aan de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer met toepassing van artikel 29, § 1, van de wet van 8 december 1992 ‘tot bescherming van de persoonlijke levens[s]feer ten opzichte van de verwerking van de persoonsgegevens’.

ALGEMENE OPMERKINGEN

6. Wat betreft de toepasselijkheid van richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 ‘betreffende diensten op de interne markt’ (dienstenrichtlijn), kan worden aangenomen dat het organiseren van kinderopvang een “dienst” kan zijn in de zin van die richtlijn (zijnde elke economische activiteit, anders dan in loondienst, die gewoonlijk tegen vergoeding geschiedt, zoals bedoeld in (thans) artikel 57 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie) voor zover het niet gaat om sociale diensten die op grond van artikel 2, lid 2, j°, van de richtlijn van het toepassingsgebied ervan zijn uitgesloten.

Wat dit laatste betreft, kan worden verwezen naar arrest C-57/12 van het Hof van Justitie van 11 juli 2013.¹⁰ 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 moet het, wat de aard van de uitgeoefende activiteit betreft, 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).¹¹ Anderzijds moet, wat de status van de verrichter van de diensten betreft, 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).

¹⁰ Zie HvJ 11 juli 2013, C-57/12, *vzw Fédération des maisons de repos privées de Belgique (Femarbel)*. Zie ook GwH 25 januari 2012 nr. 10/2012 en GwH 23 januari 2014, nr. 6/2014.

¹¹ Wat betreft de bejaardenzorg waarop het arrest betrekking heeft, “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).

Aangezien de aan te nemen ordonnantie 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 ze te worden getoetst aan de dienstenrichtlijn. De gemachtigde is het hiermee eens. Hij verklaarde in dit verband:

“Volgens mijn beschikbare informatie valt kinderopvang, voor zover zij niet gesubsidieerd is, onder het toepassingsgebied van de dienstenrichtlijn, hetgeen in casu het geval zou zijn.

De vergunningsplicht wordt opgelegd om redenen van veiligheid, gezondheid, ontwikkeling, .. van de kinderen, hetgeen een dwingende reden van algemeen belang is. Het principe om een vergunningsplicht op te leggen is m.i. dan ook conform de dienstenrichtlijn. Een concrete toetsing van de vergunningsvoorwaarden aan de dienstenrichtlijn kan echter pas gebeuren eens het uitvoeringsbesluit werd opgesteld.

Van zodra er kinderopvang wordt georganiseerd binnen het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad geldt de vergunningsplicht, ongeacht de vestiging van de dienstverrichter.”

Er dient dan zowel te worden getoetst aan hoofdstuk III (“Vrijheid van vestiging”) als aan hoofdstuk IV (“Vrij verkeer van diensten”) van de dienstenrichtlijn.

Het verdient aanbeveling de memorie van toelichting aan te vullen met een toelichting over de redenen waarom volgens de stellers van het ontwerp voldaan is aan de voorwaarden om een vergunningsstelsel in te stellen en om voorwaarden te stellen aan de vrije dienstverrichting.

7. In de artikelen 3, tweede lid, en 4, tweede lid, van het ontwerp wordt telkens een delegatie aan het Verenigd College gegeven om uitvoeringsbepalingen te nemen, maar een deel van de twee delegaties overlappen elkaar.

De gemachtigde verklaarde hieromtrent het volgende:

“Beide bepalingen zeggen inderdaad deels hetzelfde; het is inderdaad de bedoeling dat er een delegatie wordt gegeven om de vergunningsvoorwaarden te bepalen en om de procedures voor de toekenning, weigering, en intrekking van de vergunning te bepalen alsook voor het opleggen van herstelmaatregelen.

Evenwel werd er duidelijkheidshalve voor gekozen om 2 artikelen te maken, waarbij art. 3 enkel slaat op het bezit van een vergunning en art. 4 vervolgens slaat op de vergunningsvoorwaarden. Indien aan de voorwaarden niet wordt voldaan, is het de bedoeling dat eerst de erkenning ingetrokken wordt en er daarna, in geval van niet-sluiting, wordt overgegaan tot sluiting. De artikelen 5 (aanmaning), 6 (sluiting) en 8 (strafbepaling) slaan dan ook enkel op een overtreding van artikel 3 (het organiseren van kinderopvang zonder vergunning) en niet op een overtreding van artikel 4 (de situatie waarbij er een vergunning is, maar er niet langer wordt voldaan aan de normen).”

Artikel 3 van het ontwerp moet dan worden beperkt tot het eerste lid ervan. In artikel 4, tweede lid, van het ontwerp moet dan een delegatie worden verleend aan het Verenigd College om de vergunningsvoorwaarden en de procedures voor de toekenning, de weigering en de intrekking van de vergunning te bepalen, alsmede om het opleggen van herstelmaatregelen te

regelen. Aldus zou ook duidelijk blijken dat de artikelen 5¹² en 8 enkel gelden in het geval van het exploiteren van een kinderopvangmilieu zonder vergunning.¹³ Nu kan daar twijfel over bestaan aangezien erin verwezen wordt naar artikel 3 van het ontwerp, terwijl in dat artikel (zoals het thans luidt) niet alleen gewag wordt gemaakt van de vergunningsplicht, maar ook van de vergunningsvoorwaarden.

Daarenboven zou moeten worden voorzien in de mogelijkheid van onmiddellijke sluiting (in afwachting van een beslissing over de intrekking van de vergunning) bij overtredingen van de vergunningsvoorwaarden die een onmiddellijk en ernstig gevaar uitmaken voor de gezondheid of de veiligheid van de opgevangen kinderen.

Tot slot dient te worden bepaald dat het Verenigd College de vergunning intrekt en de herstelmaatregelen oplegt (zoals de gemachtigde beaamt).¹⁴

8. Volgens de gemachtigde is het niet de bedoeling om in het besluit tot uitvoering van de aan te nemen ordonnantie te bepalen dat persoonsgegevens die onder het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer vallen, moeten worden verwerkt. Er zal bij voorbeeld geen uittreksel uit het strafregister of een getuigschrift voor medische geschiktheid moeten worden bezorgd door het personeel en bijgehouden door de organisator van de kinderopvang, noch kwalificatiebewijzen inzake opleiding. Dat laatste lijkt evenwel onwaarschijnlijk, aangezien de vergunningsvoorwaarden onder meer betrekking zullen hebben op de kwalificaties en de “capaciteiten” van het personeel (zie artikel 4, 3°, van het ontwerp).

Het legaliteitsbeginsel vervat in artikel 22 van de Grondwet vereist dat indien toch de verwerking van persoonsgegevens in een uitvoeringsbesluit zou worden bepaald, de aard van de persoonsgegevens die kunnen worden verwerkt en de finaliteit van die verwerking bij ordonnantie worden bepaald.

De stellers van het ontwerp dienen na te gaan of het ontwerp wat dat betreft niet dient te worden aangevuld.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

Artikel 2

9. In de Nederlandse tekst van artikel 2, 1°, van het ontwerp (en op de plaatsen in het ontwerp waar het in die bepaling gedefinieerde begrip voorkomt) wordt beter het begrip “organisator van kinderopvang” gehanteerd in plaats van het begrip “organisator van een kinderopvangmilieu”, dat een te letterlijke vertaling uit het Frans vormt.

¹² En bijgevolg ook artikel 6 van het ontwerp, waarin naar artikel 5 wordt verwezen.

¹³ De vraag rijst evenwel of het werkelijk in de bedoeling ligt om het niet naleven van de vergunningsvoorwaarden geheel straffeloos te laten. In bepaalde gevallen kan zo een schending immers een ernstig gevaar voor de gezondheid of de veiligheid van de betrokken kinderen uitmaken.

¹⁴ Het Verenigd College kan deze bevoegdheid eventueel verder delegeren, doch deze beslissing komt aan dat college toe.

Een gelijkaardige opmerking geldt overigens ten aanzien van het opschrift, waar beter zou worden geschreven “organisatie van de kinderopvang”.

10. De inspectiedienst, gedefinieerd in artikel 2, 5°, van het ontwerp, en waarvan gewag wordt gemaakt in artikel 7 van het ontwerp, is volgens de gemachtigde een onderdeel van de diensten van het Verenigd College. Het is de bedoeling dat het steeds de betrokken personeelsleden van de diensten van het Verenigd College zijn die de controle verrichten.

Men zou gelet hierop in artikel 2, 5°, van het ontwerp beter schrijven: “de personeelsleden van de diensten van het Verenigd College belast met ... (verder zoals in het ontwerp)”.

Artikel 4

11. Er dient in artikel 4, tweede lid, van de het ontwerp te worden bepaald wat de juiste inhoud is van de erin bedoelde “herstelmaatregelen”.

12. De gemachtigde verschaft de volgende toelichting betreffende de delegatie om de procedures voor eventuele herstelmaatregelen te bepalen:

“Het doel van herstelmaatregelen, zoals vermeld in artikel 4, is om een kinderopvangplaats met een vergunning maar die niet langer voldoet aan alle voorwaarden, toe te laten zich opnieuw te conformeren aan alle voorwaarden.

De aanmaning, zoals vermeld in artikel 5, zal enkel verstuurd worden wanneer een kinderopvangplaats functioneert zonder vergunning.”

en

“Herstelmaatregelen worden voorzien ingeval er wel een vergunning is, maar één of meerdere voorwaarden niet langer worden nageleefd. Men zal de crèche in dat geval aanmanen om zich terug in regel te stellen, waarbij er een herstelplan kan voorzien worden met een specifieke timing en specifieke voorwaarden. Bv. indien de crèche tegen datum X terug voldoet aan voorwaarde Y en intussentijd een aantal plaatsen minder aanbiedt, dan kan de vergunning behouden blijven.”

Dat de kinderopvang verder kan worden gezet hoewel aan sommige vergunningsvoorwaarden niet is voldaan, voor zover er herstelmaatregelen zijn opgelegd, dient in de ordonnantie te worden bepaald. Voorts wordt verwezen naar opmerking 7, vierde alinea.

Artikel 6

13. Met betrekking tot de in artikel 6 van het ontwerp bedoelde mogelijkheid om de sluiting of de onmiddellijke sluiting te bevelen van de kinderopvang, dient de ordonnantiegever te oordelen of de rechterlijke toetsing *a posteriori* (die volgens de gemachtigde zal gebeuren door de Raad van State) afdoende is, dan wel of een voorafgaand rechterlijk optreden noodzakelijk is. Het beginsel is immers dat ook de overheid zich vooraf tot de rechter moet wenden om dwang uit

te oefenen; het is slechts wanneer er zwaarwichtige redenen zijn dat kan worden afgeweken van dit beginsel.

Artikel 7

14. Luidens artikel 7, eerste lid, van het ontwerp heeft het verslag van de inspectiedienst waarin wordt vastgesteld dat de bepalingen van de aan te nemen ordonnantie of de uitvoeringsbepalingen ervan al dan niet worden nageleefd, bewijswaarde tot het tegendeel wordt bewezen, inclusief de vaststelling van een dringende noodzakelijkheid die aanleiding kan geven tot de onmiddellijke toepassing van de in artikel 6 bedoelde maatregelen (artikel 5, tweede lid, van het ontwerp) en van een imminent en ernstig gevaar voor de gezondheid of veiligheid (artikel 6, eerste lid, van het ontwerp), in welk geval onmiddellijk een sluiting kan worden opgelegd.

Het Grondwettelijk Hof heeft, met betrekking tot processen-verbaal in strafzaken, erop gewezen dat het verlenen van bewijswaarde tot het tegendeel bewezen is, een uitzondering vormt op de algemene regel dat een proces-verbaal geldt als een loutere inlichting en derhalve ook op de regel van de vrije bewijslevering in strafzaken, waarbij de rechter, naar eigen overtuiging, de bewijswaarde beoordeelt van een bepaald element. Voor het verschil in behandeling dat eruit voortvloeit dient dan ook een redelijke verantwoording te bestaan en het mag de rechten van de beklaagde niet op een onevenredige wijze beperken.¹⁵ Het Hof heeft er met name op gewezen dat het zeer technische karakter van de regelgeving en de daarmee samenhangende moeilijkheid om de inbreuken op die regelgeving vast te stellen, van aard kunnen zijn om het niet onredelijk te maken dat aan processen-verbaal die door de aangestelde ambtenaren worden opgesteld, een bijzondere wettelijke bewijswaarde wordt toegekend.¹⁶

Die rechtspraak heeft, zoals opgemerkt, betrekking op het bewijs in strafzaken, maar kan ook worden doorgetrokken naar andere domeinen nu ook daar op bewijsvlak een verschil in behandeling tussen categorieën personen ontstaat naargelang aan de betrokken vaststellingen al dan niet een bijzondere bewijswaarde wordt toegekend. In dit geval gaat het zowel om de vaststelling van feiten die op grond van artikel 8 van de aan te nemen ordonnantie strafbaar zullen zijn, als om het vaststellen van feiten die aanleiding kunnen geven tot een bestuurlijke maatregel.

Het staat aan de stellers van het ontwerp om zich ervan te vergewissen of er een afdoende verantwoording voor bestaat dat aan de betrokken verslagen bewijswaarde wordt verleend tot het tegendeel is bewezen. In bevestigend geval verdient het aanbeveling dat de verantwoording voor het toekennen van die bijzondere bewijswaarde op te nemen in de memorie van toelichting.

¹⁵ Zie bijvoorbeeld: GwH 6 april 2000, nr. 40/2000, B.14.1; GwH 14 februari 2001, nr. 16/2001, B.12.1; GwH 19 december 2013, nr. 178/2013, B.8.

¹⁶ GwH 14 oktober 2010, nr. 111/2010, B.12.3.

15. In artikel 7, eerste lid, van het ontwerp dient in de Nederlandse tekst te worden geschreven “bewijswaarde” in plaats van “bewijskracht” en in de Franse tekst “a valeur probante” in plaats van “fait foi”.

16. De gemachtigde verschafte de volgende toelichting bij artikel 7, tweede lid, van het ontwerp:

“Het toezicht zoals georganiseerd in dit artikel werd (op beknopte wijze) naar analogie overgenomen uit de regeling die bestaat bij de Vlaamse Gemeenschap (zie art. 16 van het decreet van 20 april 2012 houdende organisatie van kinderopvang van baby's en peuters). Het gaat hier evenwel niet om een huiszoeking; indien de crèche de toegang tot de plaatsen weigert, zal er eenvoudigweg geen vergunning kunnen worden afgeleverd. De toegang is dus eigenlijk nodig om te kunnen vaststellen of er al dan niet wordt voldaan aan de vergunningsvoorwaarden (zowel op het vlak van de lokalen, aantal kinderen, personeel, veiligheid,...).”

Het toepassingsgebied van de genoemde bepaling is evenwel breder dan enkel het controleren van het voldoen aan de vergunningsvoorwaarden in het raam van een onderzoek dat het toekennen van de vergunning voorafgaat.¹⁷

Indien het de bedoeling is dat het bezoeken van de plaats die is bestemd voor de kinderopvang enkel gebeurt na toestemming van de organisator, dient zulks te worden verduidelijkt. Indien het daarentegen de bedoeling is om van rechtswege een recht van toegang te geven aan de inspectiedienst, ook zonder dat de organisator van de kinderopvang of de andere bewoners van de woning toestemming geven tot het betreden van de plaats, dient erop te worden gewezen dat het recht op eerbiediging van de woning niet enkel wordt gewaarborgd bij artikel 15 van de Grondwet, maar ook bij artikel 8 van het Europees Verdrag over de rechten van de mens en bij artikel 17 van het Internationaal Verdrag inzake burgerlijke en politieke rechten. Uit de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens blijkt dat het begrip “woning” in deze context ruim moet worden opgevat, en dat het mede slaat op beroeps- en bedrijfslokalen,¹⁸ zelfs wanneer het gaat om rechtspersonen.¹⁹ De stellers van het ontwerp doen er goed aan te overwegen om te voorzien in bijzondere waarborgen met betrekking tot het betreden van plaatsen, niet alleen ten aanzien van de plaatsen die een “woning” zijn in de klassieke zin, maar ook ten aanzien van andere plaatsen die zelfs al zijn zij geen “woning” in de klassieke zin, toch als zodanig kunnen worden beschouwd, en derhalve de waarborgen bedoeld in de voornoemde bepalingen genieten.

¹⁷ Wanneer het gaat om een bezoek om na te gaan of aan de voorwaarden is voldaan om een vergunning voor kinderopvang toe te kennen, kan overigens bezwaarlijk gewag worden gemaakt van “openingstijden” nu de kinderopvang nog niet werkzaam is.

¹⁸ EHRM 16 december 1992, *Niemietz v. Duitsland*, *Publ.Cour*, reeks A, vol. 251-B; EHRM 25 februari 1993, *Funke, Crémieux en Mialhe v. Frankrijk*, *Publ.Cour*, reeks A, vol. 256-A, -B en -C; EHRM 9 december 2004, *Van Rossem v. België*; EHRM 28 april 2005, *Buck v. Duitsland*, CEDH, 2005-IV, § 32; EHRM 14 maart 2013, *Bernh Larsen Holding AS et al. v. Noorwegen*, § 104. Zie ook D. YERNAULT, “Les pouvoirs d’investigation de l’administration face à la délinquance économique: les locaux professionnels et l’article 8 de la Convention européenne”, *Rev.Trim.Dr.H.* 1994, 117-135.

¹⁹ EHRM 16 april 2002, *Société Colas Est e.a. v. Frankrijk*; EHRM 11 oktober 2005, *Kent Pharmaceuticals Limited e.a. v. Verenigd Koninkrijk*; EHRM 21 december 2010, *Société Canal Plus e.a. v. Frankrijk*; EHRM 14 maart 2013, *Bernh Larsen Holding AS et al. v. Noorwegen*, § 104.

17. In artikel 7, tweede lid, van het ontwerp wordt aan de inspectiedienst het recht verleend om ter plaatse kennis te nemen van alle stukken en inlichtingen die “nuttig of nodig” worden geacht en om zich deze stukken te laten opsturen. De gemachtigde is het ermee eens dat de woorden “die nuttig of nodig worden geacht” moeten worden vervangen door de woorden “die noodzakelijk zijn voor het uitoefenen van het toezicht”. Ook zou, naar analogie van artikel 19 van het Sociaal Strafwetboek, kunnen worden herinnerd aan het proportionaliteitsbeginsel.

Artikel 8

18. In artikel 8 van het ontwerp schrijve men “Hij die kinderopvang organiseert in strijd met artikel 3, wordt gestraft met ...”.

In de Nederlandse tekst van dat artikel vervange men bovendien het woord “boete” door het woord “geldboete”.

*

1. En application de l'article 84, § 3, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation a fait porter son examen essentiellement sur la compétence de l'auteur de l'acte, le fondement juridique¹ et l'accomplissement des formalités prescrites.

*

PORTÉE DE L'AVANT-PROJET

2. L'avant-projet d'ordonnance soumis pour avis a pour objet, en ce qui concerne la Commission communautaire commune, d'instaurer un régime relatif à l'organisation de l'accueil d'enfants². À cet effet, une obligation d'autorisation est prévue pour les organisateurs de l'accueil d'enfants qui relèvent de la compétence de la Commission communautaire commune. Le Collège réuni de la Commission communautaire commune (ci-après : « le Collège réuni ») est habilité à fixer les conditions d'autorisation, lesquelles sont définies, ainsi que les procédures d'octroi, de refus et de retrait de l'autorisation et celles permettant d'imposer des « mesures de redressement ».

Le projet comporte également des règles relatives au contrôle du respect de l'ordonnance à adopter et à la fermeture du lieu d'accueil d'enfants en cas de méconnaissance de l'obligation d'autorisation. La non-possession d'une autorisation est érigée en infraction.

COMPÉTENCE

3.1. La matière de l'accueil d'enfants relève de la politique familiale, visée à l'article 5, § 1^{er}, II, 1^o, de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles'. Cette matière peut être réglée par la Commission communautaire commune dans les limites de ses compétences dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale, en application de l'article 135 de la Constitution et de l'article 63, alinéa 1^{er}, de la loi spéciale du 12 janvier 1989 'relative aux Institutions bruxelloises'. Cette catégorie de compétence comporte toutes les formes d'aide et d'assistance aux familles et aux enfants. L'accueil d'enfants, défini à l'article 2, 2^o, du projet, peut s'inscrire dans cette catégorie de compétence.

3.2. À l'article 2, 1^o, du projet, l'« organisateur d'un milieu d'accueil »³ est défini comme « toute personne physique ou morale, qui organise l'accueil d'enfants dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale et qui, en raison de son organisation, ne peut être considérée comme appartenant exclusivement à la Communauté flamande ou française ». Il ressort de l'exposé des motifs que cette définition vise à prendre en compte les limites de la compétence de la Commission communautaire commune.

¹ S'agissant d'un avant-projet d'ordonnance, on entend par « fondement juridique » la conformité avec les normes supérieures.

² À l'article 2, 2^o, du projet, « l'accueil d'enfants » est défini comme « l'accueil à titre de profession, moyennant rémunération et de manière régulière, d'au moins un enfant âgé de moins de 3 ans hors du milieu familial ».

³ Dans le texte néerlandais, lire « kinderopvang » au lieu de « kinderopvangmilieu » (voir l'observation 9).

Comme l'a rappelé l'avis 58.631/VR⁴, la Commission communautaire commune ne peut exercer ses compétences que dans les limites prévues par l'article 135 de la Constitution, combiné avec son article 128, § 2. En vertu de cette dernière disposition, les communautés sont compétentes en ce qui concerne les matières personnalisables dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale, à l'égard des institutions établies dans cette région et qui, en raison de leur organisation, doivent être considérées comme appartenant exclusivement à l'une ou à l'autre communauté. En vertu de l'article 135 de la Constitution, la Commission communautaire commune ne peut exercer, en ce qui concerne les matières personnalisables, que les compétences non dévolues à la Communauté française ou à la Communauté flamande. Cela signifie, comme l'observe l'exposé des motifs, qu'elle est compétente pour édicter des dispositions qui sont directement applicables aux personnes physiques en tant que telles⁵, ainsi que des dispositions qui sont applicables aux institutions qui ne peuvent pas, en vertu de leur organisation, être considérées comme appartenant exclusivement soit à la Communauté flamande soit à la Communauté française (les institutions dites bicommunautaires).

Selon le délégué, à l'article 2, 1°, du projet, le membre de phrase « qui, en raison de son organisation, ne peut être considérée comme appartenant exclusivement à la Communauté flamande ou française » doit également concerner les personnes physiques, dès lors qu'il n'est pas exclu que, dans certaines circonstances, ces personnes puissent être considérées comme des institutions au sens de l'article 128, § 2, de la Constitution.

L'hypothèse mentionnée par le délégué ne peut en effet pas être totalement exclue. À cet égard, on peut se reporter à l'avis 34.339/AV⁶, dans lequel il est observé ce qui suit :

« 24. Zoals hiervóór reeds is opgemerkt, kan de decreetgever, wat Brussel betreft, natuurlijke personen niet rechtstreeks aan zijn regelgeving onderwerpen. Hij kan natuurlijke personen (van welke taalaanhorigheid ook) wel bereiken via 'instellingen', behorend tot de betrokken gemeenschap, waartoe de personen zich vrij kunnen wenden (zie nr 21). Aan die 'instellingen' zelf kan hij rechtstreeks allerlei verplichtingen opleggen.

De vraag rijst in hoeverre individuele zorgaanbieders beschouwd kunnen worden als 'instellingen ... die, wegens hun organisatie, moeten worden beschouwd uitsluitend te behoren tot de (Vlaamse Gemeenschap)'.

25. Het is niet uitgesloten dat een natuurlijke persoon in bepaalde omstandigheden als een 'instelling' beschouwd kan worden.

Dit is bijvoorbeeld het geval waar iemand een functie uitoefent, die aan één persoon is opgedragen, zoals de gouverneur of een burgemeester⁷.

⁴ Avis C.E. 58.631/VR du 22 janvier 2016 sur un avant-projet d'ordonnance de la Commission communautaire commune 'portant organisation des milieux d'accueil pour enfants'.

⁵ Lorsqu'une personne physique, pour obtenir une aide ou une assistance, s'adresse sur une base volontaire à une institution relevant exclusivement d'une seule communauté, les règles concernant cette aide ou cette assistance lui sont effectivement applicables.

⁶ Avis C.E. 34.339/AV du 29 avril 2003 sur un avant-projet devenu le décret de la Communauté flamande du 21 novembre 2003 'relatif à la politique de santé préventive', *Doc. parl.*, Parl. fl., 2002-03, n° 1709/1; voir également C.E. 53.932/AV du 27 août 2013 sur une proposition de loi devenue la loi spéciale du 6 janvier 2014 'relative à la Sixième Réforme de l'État', *Doc. parl.*, Sénat, 2012-13, n° 5-2232/3, observations générales relatives aux articles 6 à 13, observations 5, 7 et 8.3.

Ook een privé-persoon kan als een 'instelling' beschouwd worden, als hij een bepaalde 'organisatie' van bestendige aard vertoont, die het mogelijk maakt hem op grond van objectief aanwijsbare kenmerken tot hetzij de Vlaamse, hetzij de Franse Gemeenschap te rekenen.

26. Een individuele zorgaanbieder die in geen enkel georganiseerd verband werkt, kan niet in aanmerking komen voor de kwalificatie als 'instelling'. De enkele verklaring dat hij zich verbindt met de Vlaamse Gemeenschap is een zuiver subjectief gegeven, dat niet tot gevolg heeft dat de betrokkene als een 'instelling' beschouwd kan worden.

Een individuele zorgaanbieder die in een bepaald verband werkt, dat zelf georganiseerd is op een zodanige wijze dat blijk gegeven wordt van een band met de Vlaamse Gemeenschap, kan daarentegen wel als 'instelling' beschouwd worden ».

La question se pose dès lors de savoir si, dans certains cas, une personne physique qui organise l'accueil d'enfants peut être considérée comme « une institution » (au sens de l'article 128, § 2, de la Constitution). Si tel est le cas, la Commission communautaire commune ne sera compétente que s'il s'agit d'une institution bicommunautaire.

Comme il a été observé dans l'avis 34.339/AV, la seule déclaration d'une personne physique selon laquelle elle se rattache à une communauté déterminée n'est pas suffisante pour pouvoir la considérer comme une institution unicommunautaire. Il est par contre requis qu'il y ait des caractéristiques objectivement identifiables qui permettent, un travers du cadre organisé dans lequel elle s'inscrit⁸, de la rattacher à une communauté déterminée. Contrairement à ce que mentionne l'exposé des motifs, le seul fait qu'une personne demande une autorisation pour organiser l'accueil d'enfants aux organes compétents de la Communauté flamande ou de la Communauté française, ne suffit par conséquent pas pour pouvoir la considérer comme une institution unicommunautaire.

Eu égard à ce qui précède, mieux vaudrait rédiger l'article 2, 1°, du projet comme suit :

« 1° organisateur d'un milieu d'accueil : toute personne physique ou morale qui organise l'accueil d'enfants dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale et qui ne peut être considérée comme une institution qui, en raison de son organisation, relève exclusivement de la Communauté française ou de la Communauté flamande ; ».

3.3. Le délégué convient que l'exposé des motifs doit également faire mention d'autres institutions que les « institutions 'bilingues' (néerlandophone et francophone) », dès lors que l'obligation d'autorisation leur sera également applicable, à moins qu'en raison de son organisation, une telle institution doive malgré tout être considérée comme une institution « unicommunautaire »⁹.

⁷ Voetnoot 20 uit het geciteerde advies: In die twee gevallen gaat het vanzelfsprekend niet om instellingen die behoren tot de Vlaamse Gemeenschap, maar om bi-communautaire instellingen.

⁸ Avis C.E. 34.339/AV du 29 avril 2003, l.c., n° 26.

⁹ Le critère est en effet celui de la langue de l'organisation.

FORMALITÉS

4. Il ne ressort pas du dossier soumis au Conseil d'État, section de législation, que les ministres qui ont le budget dans leurs attributions ont donné leur accord. Le délégué a déclaré à ce sujet :

« Concernant l'accord du Ministre du Budget, il est usage en Cocom de le donner oralement en séance ».

L'article 9 de l'arrêté du Collège réuni de la Commission communautaire commune du 8 mars 2007 'relatif au contrôle administratif et budgétaire ainsi qu'à l'établissement du budget' dispose :

« Sont soumis à l'accord budgétaire préalable des Membres du Collège réuni, compétents pour les Finances et le Budget, les avant-projets d'ordonnance, les projets d'arrêté du Collège réuni, de circulaire ou de décision :

1° pour lesquels les crédits sont insuffisants ou inexistantes ;

2° qui sont directement ou indirectement de nature à influencer les recettes ou à entraîner des dépenses nouvelles ;

3° qui concernent les projets de décisions relatives aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services qui sont soumis au Collège réuni, en vertu de l'arrêté portant règlement de son fonctionnement ;

4° qui concernent les projets de décisions relatives aux subventions qui sont de nature facultative et dont le montant dépasse 15.000 EUR ».

L'article 12, alinéa 4, du même arrêté du Collège réuni dispose :

« Si les Membres du Collège réuni, compétents pour les Finances et le Budget, ne donnent pas l'accord ou qu'ils ne statuent pas dans les dix jours ouvrables après avoir été saisis conformément à l'article 24, alinéa 1^{er}, du présent arrêté, les Membres du Collège réuni fonctionnellement compétents peuvent soumettre leur proposition à la décision du Collège réuni. Lorsque le Collège réuni approuve la proposition, l'accord budgétaire est de droit censé avoir été donné ».

Il peut se déduire de ces dispositions que la décision (favorable) du Collège réuni au sujet d'un avant-projet d'ordonnance peut effectivement être assimilée à l'accord budgétaire mais seulement au cas où l'accord budgétaire a été demandé et refusé ou s'il a été demandé mais qu'aucune décision n'a été prise dans les dix jours ouvrables. Si aucune des deux hypothèses ne s'applique parce que l'accord budgétaire n'a même pas été demandé, cet accord devra encore être recueilli. Ce n'est en effet que dans le cas où il a été refusé ou n'a pas été donné dans le délai prévu que l'article 12, alinéa 4, de l'arrêté du Collège réuni du 8 mars 2007 peut trouver à s'appliquer.

5. Si le projet venait à être complété par des dispositions autorisant le traitement de données à caractère personnel qui relèvent du droit à la protection de la vie privée (voir l'observation 8), il serait recommandé de soumettre le dispositif en projet à l'avis de la Commission de la protection de la vie privée, en application de l'article 29, § 1^{er}, de la loi du 8 décembre 1992 'relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel'.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

6. En ce qui concerne l'applicabilité de la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 'relative aux services dans le marché intérieur' (directive services), on peut considérer que l'organisation de l'accueil d'enfants est un « service » au sens de cette directive (à savoir toute activité économique non salariée exercée normalement contre rémunération, visée (actuellement) à l'article 57 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne), pour autant qu'il ne s'agisse pas de services sociaux qui, sur le fondement de l'article 2, paragraphe 2, j), de la directive sont exclus de son champ d'application.

En ce qui concerne ce dernier point, on peut se reporter à l'arrêt C-57/12 de la Cour de Justice du 11 juillet 2013 ¹⁰. Dans cet arrêt, deux critères sont utilisés pour déterminer les services sociaux qui, sur le fondement de l'article 2, paragraphe 2, j), de la directive services sont exclus de son champ d'application. D'une part, en ce qui concerne la nature de l'activité exercée, il faut qu'il s'agisse d'activités qui sont essentielles pour garantir le droit fondamental à la dignité et à l'intégrité humaines et sont une manifestation des principes de cohésion sociale et de solidarité (considérant 43) ¹¹. D'autre part, en ce qui concerne le statut du prestataire des services, un prestataire de services privé doit être considéré comme « mandaté » par l'État dans la mesure où il a l'« obligation » de fournir les services sociaux qui lui ont été confiés, ce qui implique l'engagement contraignant de fournir les services en cause, la nécessité de le faire dans le respect de certaines conditions spécifiques d'exercice et un acte confiant de manière claire et transparente à un prestataire de services privé l'obligation de service social dont il est chargé (considéranants 46, 47 et 48). Le seul fait qu'une autorité nationale adopte des mesures imposant, pour des raisons d'intérêt général, des règles d'autorisation ou de fonctionnement à l'ensemble des opérateurs d'un secteur économique donné n'est pas, en soi, constitutif d'un tel acte de mandatement (considérant 49).

L'ordonnance à adopter s'appliquant à tous les prestataires de services relatifs à l'accueil d'enfants, y compris par conséquent à de simples prestataires de services privés qui ne peuvent pas être considérés comme « mandatés par l'État », il convient de l'apprécier au regard de la directive services. Le délégué en convient. Il a déclaré à cet égard :

« Volgens mijn beschikbare informatie valt kinderopvang, voor zover zij niet gesubsidieerd is, onder het toepassingsgebied van de dienstenrichtlijn, hetgeen in casu het geval zou zijn.

De vergunningsplicht wordt opgelegd om redenen van veiligheid, gezondheid, ontwikkeling, van de kinderen, hetgeen een dwingende reden van algemeen belang is. Het principe om een vergunningsplicht op te leggen is m.i. dan ook conform de dienstenrichtlijn. Een concrete toetsing van de vergunningsvoorwaarden aan de dienstenrichtlijn kan echter pas gebeuren eens het uitvoeringsbesluit werd opgesteld.

¹⁰ Voir CJUE, 11 juillet 2013, C-57/12, *asbl Fédération des maisons de repos privées de Belgique (Femarbel)*. Voir également CC, 25 janvier 2012, n° 10/2012 et CC, 23 janvier 2014, n° 6/2014.

¹¹ En ce qui concerne les soins aux personnes âgées sur lesquels porte l'arrêt, « l'aide et l'assistance aux personnes âgées se trouvant de manière permanente ou temporaire dans une situation de besoin particulière en raison d'un manque total ou partiel d'indépendance et qui risquent ainsi d'être marginalisées » (cons. 43).

Van zodra er kinderopvang wordt georganiseerd binnen het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad geldt de vergunningsplicht, ongeacht de vestiging van de dienstverrichter ».

Il faut dès lors que l'appréciation soit faite tant au regard du chapitre III (« Liberté d'établissement ») qu'au regard du chapitre IV (« Libre circulation des services ») de la directive services.

Il est recommandé de compléter l'exposé des motifs par une considération justifiant pourquoi, selon les auteurs du projet, il est satisfait aux exigences qui permettent d'instaurer un régime d'autorisation et de subordonner la libre prestation de services à des conditions.

7. Les articles 3, alinéa 2, et 4, alinéa 2, du projet habilite chaque fois le Collège réuni à adopter des mesures d'exécution, mais les deux délégations se chevauchent en partie.

À ce sujet, le délégué a déclaré ce qui suit :

« Beide bepalingen zeggen inderdaad deels hetzelfde; het is inderdaad de bedoeling dat er een delegatie wordt gegeven om de vergunningsvoorwaarden te bepalen en om de procedures voor de toekenning, weigering, en intrekking van de vergunning te bepalen alsook voor het opleggen van herstelmaatregelen.

Evenwel werd er duidelijkheidshalve voor gekozen om 2 artikelen te maken, waarbij art. 3 enkel slaat op het bezit van een vergunning en art. 4 vervolgens slaat op de vergunningsvoorwaarden. Indien aan de voorwaarden niet wordt voldaan, is het de bedoeling dat eerst de erkenning ingetrokken wordt en er daarna, in geval van niet-sluiting, wordt overgegaan tot sluiting. De artikelen 5 (aanmaning), 6 (sluiting) en 8 (strafbepaling) slaan dan ook enkel op een overtreding van artikel 3 (het organiseren van kinderopvang zonder vergunning) en niet op een overtreding van artikel 4 (de situatie waarbij er een vergunning is, maar er niet langer wordt voldaan aan de normen) ».

L'article 3 du projet doit dans ce cas être limité à son premier alinéa. L'article 4, alinéa 2, du projet doit alors habiliter le Collège réuni à fixer les conditions d'autorisation et les procédures d'octroi, de refus et de retrait de l'autorisation, et à régler l'imposition de mesures de redressement. Il apparaîtrait ainsi clairement que les articles 5¹² et 8 ne s'appliquent qu'en cas d'exploitation d'un milieu d'accueil pour enfants sans autorisation¹³. Tel que le texte est rédigé actuellement, on peut en douter, dès lors qu'il y est fait référence à l'article 3 du projet, alors que (dans sa rédaction actuelle) cet article fait non seulement état de l'obligation d'autorisation, mais également des conditions d'autorisation.

Il faudrait en outre prévoir la possibilité de fermeture immédiate (en attendant une décision de retrait de l'autorisation) en cas de méconnaissance des conditions d'autorisation qui constitue un danger grave et immédiat pour la santé ou la sécurité des enfants accueillis.

¹² Et par conséquent, également l'article 6 du projet, qui vise l'article 5.

¹³ La question se pose toutefois de savoir si l'intention est véritablement de laisser totalement impuni le non-respect des conditions d'autorisation. Dans certains cas, un manquement de l'espèce pourrait en effet représenter un danger important pour la santé ou la sécurité des enfants concernés.

Enfin, il faut prévoir que le Collège réuni retire l'autorisation et impose les mesures de redressement (comme en convient le délégué)¹⁴.

8. Selon le délégué, il ne s'agit pas que l'arrêté donnant exécution à l'ordonnance à adopter impose le traitement de données à caractère personnel qui relèvent du droit à la protection de la vie privée. Il ne faudra pas par exemple qu'un extrait du casier judiciaire ou un certificat d'aptitude médicale ou encore des certificats de qualification soient remis par le personnel et conservés par l'organisateur du milieu d'accueil. En ce qui concerne ces certificats, cela paraît cependant improbable, dès lors que les conditions d'autorisation concerneront notamment les qualifications et les « compétences » du personnel (voir l'article 4, 3°, du projet).

Le principe de légalité consacré à l'article 22 de la Constitution requiert que si le traitement de données à caractère personnel est malgré tout prévu dans un arrêté d'exécution, la nature des données à caractère personnel qui peuvent être traitées et la finalité de ce traitement soient fixées par ordonnance.

Les auteurs du projet vérifieront s'il n'y a pas lieu de compléter le projet sur ce point.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

Article 2

9. Dans le texte néerlandais de l'article 2, 1°, du projet (et dans les dispositions du projet dans lesquelles apparaît la notion définie dans cet article), mieux vaudrait utiliser la notion de « organisator van kinderopvang » plutôt que la notion de « organisator van een kinderopvangmilieu », qui est une traduction littérale du français.

Une observation similaire peut être formulée à l'égard de l'intitulé, dans lequel il serait préférable d'écrire « organisatie van de kinderopvang ».

10. Selon le délégué, le service d'inspection défini à l'article 2, 5°, du projet et mentionné dans l'article 7 du projet, fait partie des services du Collège réuni. L'intention est que le contrôle soit toujours effectué par les membres du personnel concernés des services du Collège réuni.

Par conséquent, mieux vaudrait écrire, à l'article 2, 5°, du projet : « les membres du personnel des services du Collège réuni chargés du contrôle... (la suite comme dans le projet) ».

¹⁴ Le Collège réuni peut éventuellement subdéléguer cette compétence, mais c'est à lui qu'appartient cette décision.

Article 4

11. L'article 4, alinéa 2, du projet doit définir le contenu précis des « mesures de redressement » qu'il vise.

12. Le délégué a fourni les explications suivantes concernant la délégation permettant de déterminer les procédures relatives aux éventuelles mesures de redressement :

« Het doel van herstelmaatregelen, zoals vermeld in artikel 4, is om een kinderopvangplaats met een vergunning maar die niet langer voldoet aan alle voorwaarden, toe te laten zich opnieuw te conformeren aan alle voorwaarden.

De aanmaning, zoals vermeld in artikel 5, zal enkel verstuurd worden wanneer een kinderopvangplaats functioneert zonder vergunning ».

et

« Herstelmaatregelen worden voorzien ingeval er wel een vergunning is, maar één of meerdere voorwaarden niet langer worden nageleefd. Men zal de crèche in dat geval aanmanen om zich terug in regel te stellen, waarbij er een herstelplan kan voorzien worden met een specifieke timing en specifieke voorwaarden. Bv. indien de crèche tegen datum X terug voldoet aan voorwaarde Y en intussentijd een aantal plaatsen minder aanbiedt, dan kan de vergunning behouden blijven ».

L'ordonnance doit prévoir que l'on puisse continuer à accueillir des enfants malgré que certaines conditions d'autorisation ne soient pas remplies, moyennant l'imposition de mesures de redressement. Il est renvoyé par ailleurs à l'observation 7, alinéa 4.

Article 6

13. En ce qui concerne la possibilité, visée à l'article 6 du projet, d'ordonner la fermeture ou la fermeture immédiate du milieu d'accueil, le législateur régional bruxellois doit apprécier si le contrôle judiciaire *a posteriori* (qui, selon le délégué, sera effectué par le Conseil d'État) est suffisant ou si une intervention judiciaire préalable est nécessaire. Le principe veut en effet que l'autorité doit, elle aussi, saisir le juge au préalable pour recourir à la contrainte; il ne peut être dérogé à ce principe que lorsqu'il existe des motifs graves.

Article 7

14. Conformément à l'article 7, alinéa 1^{er}, du projet, le rapport du service d'inspection qui constate le respect ou non des dispositions de l'ordonnance à adopter ou de ses dispositions d'exécution, a valeur probante jusqu'à preuve du contraire, en ce compris lorsqu'il constate une urgence susceptible d'entraîner l'application immédiate des mesures visées à l'article 6 (article 5, alinéa 2, du projet) et un danger imminent et grave pour la santé ou la sécurité (article 6, alinéa 1^{er}, du projet), auquel cas la fermeture peut être imposée immédiatement.

Concernant les procès-verbaux en matière répressive, la Cour constitutionnelle a souligné que l'attribution d'une valeur probante jusqu'à preuve du contraire constitue une exception à la règle générale selon laquelle un procès-verbal vaut en tant que simple renseignement et, par conséquent, également au régime de la libre administration de la preuve en matière répressive, selon lequel le juge apprécie, en fonction de sa propre conviction, la valeur probante d'un élément déterminé. La différence de traitement qui en résulte doit dès lors être raisonnablement justifiée et ne peut restreindre les droits du prévenu d'une manière disproportionnée¹⁵. La Cour a notamment observé que le caractère très technique de la réglementation et la difficulté corrélative de constater les infractions à celle-ci peuvent faire en sorte qu'il n'est pas déraisonnable d'attribuer aux procès-verbaux rédigés par les agents commissionnés une force probante particulière¹⁶.

Comme il a été observé, cette jurisprudence concerne la preuve en matière répressive, mais elle peut aussi être transposée à d'autres domaines dès lors qu'en ce qui concerne la preuve, une différence de traitement entre des catégories de personnes y est également établie selon qu'il est conféré ou non une force probante particulière aux constatations concernées. En l'espèce, il s'agit de la constatation tant de faits qui seront punissables conformément à l'article 8 de l'ordonnance à adopter, que de faits susceptibles de faire l'objet d'une mesure administrative.

Les auteurs du projet s'assureront qu'il existe une justification suffisante pour l'attribution d'une force probante jusqu'à preuve du contraire aux rapports concernés. Dans l'affirmative, il est recommandé de reproduire la justification de l'attribution de cette force probante particulière dans l'exposé des motifs.

15. À l'article 7, alinéa 1^{er}, du projet, on écrira « a valeur probante » au lieu de « fait foi » dans le texte français et « bewijswaarde » au lieu de « bewijskracht » dans le texte néerlandais.

16. En ce qui concerne l'article 7, alinéa 2, du projet, le délégué a fourni l'explication suivante :

« Het toezicht zoals georganiseerd in dit artikel werd (op beknopte wijze) naar analogie overgenomen uit de regeling die bestaat bij de Vlaamse Gemeenschap (zie art. 16 van het decreet van 20 april 2012 houdende organisatie van kinderopvang van baby's en peuters). Het gaat hier evenwel niet om een huiszoeking; indien de crèche de toegang tot de plaatsen weigert, zal er eenvoudigweg geen vergunning kunnen worden afgeleverd. De toegang is dus eigenlijk nodig om te kunnen vaststellen of er al dan niet wordt voldaan aan de vergunningsvoorwaarden (zowel op het vlak van de lokalen, aantal kinderen, personeel, veiligheid,...) ».

¹⁵ Voir par exemple C.C., 6 avril 2000, n° 40/2000, B.14.1; C.C., 14 février 2001, n° 16/2001, B.12.1; C.C., 19 décembre 2013, n° 178/2013, B.8.

¹⁶ C.C., 14 octobre 2010, n° 111/2010, B.12.3.

Toutefois, le champ d'application de la disposition précitée ne se limite pas au seul contrôle du respect des conditions d'autorisation dans le cadre d'une enquête préalable à l'octroi de l'autorisation ¹⁷.

Si l'intention est que la visite du lieu destiné à l'accueil d'enfants n'ait lieu qu'après autorisation de l'organisateur, il convient de le préciser. S'il s'agit au contraire d'octroyer un droit d'accès de plein droit au service d'inspection, même si l'organisateur du milieu d'accueil ou les autres occupants de l'habitation n'ont pas autorisé l'accès au lieu, il est à noter que le droit au respect du domicile est garanti non seulement par l'article 15 de la Constitution, mais aussi par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ainsi que par l'article 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Il ressort de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme que, dans ce contexte, la notion de « domicile » doit être interprétée au sens large et qu'elle porte également sur les locaux professionnels et commerciaux ¹⁸, même lorsqu'il s'agit de personnes morales ¹⁹. Il serait souhaitable que les auteurs du projet envisagent de prévoir des garanties particulières pour la visite de lieux, non seulement en ce qui concerne les lieux qui correspondent à un « domicile » au sens classique, mais aussi concernant d'autres lieux qui, bien que ne correspondant pas à un « domicile » au sens classique, peuvent néanmoins être considérés comme tels et bénéficient dès lors des garanties visées dans les dispositions précitées.

17. L'article 7, alinéa 2, du projet confère au service d'inspection le droit de prendre connaissance sur place de tout document et toute information jugés « utiles ou nécessaires » et de se faire envoyer ces documents. Le délégué convient que les mots « jugé(e) utile ou nécessaire » doivent être remplacés par les mots « nécessaires à l'exercice du contrôle ». Par analogie avec l'article 19 du Code pénal social, on pourrait également rappeler le principe de proportionnalité.

¹⁷ Lorsqu'il s'agit d'une visite visant à vérifier si les conditions sont remplies pour délivrer une autorisation d'accueil d'enfants, on peut du reste difficilement parler « d'heures d'ouverture » dès lors que le milieu d'accueil n'est pas encore opérationnel.

¹⁸ CEDH, 16 décembre 1992, *Niemietz c. Allemagne*, Publ. Cour, série A, vol. 251-B ; CEDH, 25 février 1993, *Funke, Crémieux et Mialhe c. France*, Publ. Cour, série A, Vol. 256-A, -B et -C ; CEDH, 9 décembre 2004, *Van Rossem c. Belgique*; CEDH, 28 avril 2005, *Buck c. Allemagne*, CEDH, 2005-IV, § 32 ; CEDH, 14 mars 2013, *Bernh Larsen Holding AS et al. c. Norvège*, § 104. Voir également D. YERNAULT, « Les pouvoirs d'investigation de l'administration face à la délinquance économique : les locaux professionnels et l'article 8 de la Convention européenne », *Rev. trim. DR. H.*, 1994, pp. 117-135.

¹⁹ CEDH, 16 avril 2002, *Société Colas Est e.a. c. France*; CEDH, 11 octobre 2005, *Kent Pharmaceuticals Limited e.a. c. Royaume-Uni*; CEDH, 21 décembre 2010, *Société Canal Plus e.a. c. France*; CEDH, 14 mars 2013, *Bernh Larsen Holding AS et al. c. Norvège*, § 104.

Article 8

18. À l'article 8 du projet, on écrira « Celui qui organise un milieu d'accueil en infraction avec l'article 3 est puni d'un... ».

En outre, dans le texte néerlandais de cet article, on remplacera le mot « boete » par le mot « geldboete ».

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Greet VERBERCKMOES

Jan SMETS