



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 72.999/1
van 1 maart 2023

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot wijziging van het Vergunningsbesluit van 22 november 2013, wat betreft het beleidsvoerend vermogen en de versterking van risicomanagement’

Op 31 januari 2023 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Welzijn, Volksgezondheid en Gezin verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot wijziging van het Vergunningsbesluit van 22 november 2013, wat betreft het beleidsvoerend vermogen en de versterking van risicomanagement’.

Het ontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 23 februari 2023. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Wouter PAS en Inge VOS, staatsraden, Michel TISON en Johan PUT, assessoren, en Greet VERBERCKMOES, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Lise VANDENHENDE, adjunct-auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 1 maart 2023.

*

1. Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft de afdeling Wetgeving zich toegespitst op het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

2. Het om advies voorgelegde ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering strekt tot wijziging van het besluit van de Vlaamse Regering van 22 november 2013 ‘houdende de vergunningsvoorwaarden en het kwaliteitsbeleid voor gezinsopvang en groepsopvang van baby’s en peuters’ (hierna: het Vergunningsbesluit). Daarbij worden vergunningsvoorwaarden en werkingsvoorwaarden ingevoerd of gewijzigd, onder meer met betrekking tot het beleidsvoerend vermogen, risicoanalyse, de binnenruimte en het veilig bed, het pedagogisch beleid, de communicatie, de klachtenprocedure, de kwalificaties van de verantwoordelijke en de kinderbegeleiders, en het organisatorisch management.

Het aan te nemen besluit treedt in werking op 1 januari 2024, met uitzondering van de artikelen 4, 6, 7, 17, 1°, 19, 20, 1°, 2° en 3°, die in werking treden op 1 april 2023.

3. Een eerdere versie van het ontwerp werd reeds voor advies aan de Raad van State, afdeling Wetgeving, voorgelegd.¹

De Raad van State verleent, behoudens in geval van wijziging van de juridische context, in de regel geen nieuw advies over bepalingen die reeds eerder zijn onderzocht of die zijn gewijzigd ten gevolge van in eerdere adviezen gemaakte opmerkingen. Wat deze bepalingen betreft, wordt verwezen naar het eerder uitgebrachte advies 71.108/1 van 24 maart 2022.

Het ontwerp bevat, in vergelijking met de eerder onderzochte versie, evenwel een aantal nieuwe of gewijzigde bepalingen² die niet louter als wijzigingen ten gevolge van in het eerdere advies gemaakte opmerkingen kunnen worden beschouwd en die bijgevolg alsnog dienen te worden onderzocht.

4. Het ontwerp vindt rechtsgrond in artikel 6, § 5, van het decreet van 20 april 2012 ‘houdende de organisatie van kinderopvang van baby’s en peuters’, gelezen in samenhang met artikel 6, § 1, ervan.

¹ Dit ontwerp gaf aanleiding tot adv.RvS 71.108/1 van 24 maart 2022, over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot wijziging van het Vergunningsbesluit van 22 november 2013, wat betreft enkele aanpassingen in het kader van beleidsvoerend vermogen en in het kader van de kwalificatievoorwaarden’.

² Luidens de memorie van toelichting is de voortgang van het eerdere ontwerp, gezien de crisis in de kinderopvang, sedert maart 2022, stopgezet, maar nu hernomen in een nieuw ontwerp, dat de reeds voorgestelde aanpassingen grotendeels herneemt en aanvult met aanpassingen naar aanleiding van de aanbevelingen van de Parlementaire Commissie naar de veiligheid in de kinderopvang/document 1176 (2021-2022), nr. 14, waarbij er meer aandacht gaat naar risicomanagement vanuit de organisator.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikelen 2 en 5

5. Artikel 2 van het ontwerp strekt ertoe om in artikel 5 van het Vergunningsbesluit het woord “geschiktheid” te vervangen door de woorden “het beleidsvoerend vermogen”.

Aldus gelden de integriteit en het beleidsvoerend vermogen als startvoorwaarden opgenomen in hoofdstuk 2 van het Vergunningsbesluit.

Artikel 5 van het ontwerp beoogt evenwel om het “beleidsvoerend vermogen” op te nemen als werkingsvoorwaarde en voert hiertoe in hoofdstuk 3 van het Vergunningsbesluit een nieuwe afdeling 1 in, die bestaat uit een artikel 13/0.

Hoewel de opname als werkingsvoorwaarde strookt met de ontworpen tekst waarin verwezen wordt naar een aantal aspecten die “in de vergunde werking” aanwezig dienen te zijn, brengt de ontworpen regeling rechtsonzekerheid met zich mee doordat het “beleidsvoerend vermogen” evenzeer blijft gelden als startvoorwaarde.

Deze incoherentie dient te worden verholpen.

Artikel 10

6. Het ontworpen artikel 27, eerste lid, van het Vergunningsbesluit bepaalt dat de organisator ervoor zorgt dat elke medewerker correct en accuraat handelt in geval van crisis, grensoverschrijdend gedrag en verontrusting. Zoals de tekst van het ontwerp is geformuleerd, wordt de verantwoordelijkheid voor het gedrag van de medewerker bij de organisator gelegd.

Gevraagd om toe te lichten hoe dit artikel precies moet worden opgevat, antwoordde de gemachtigde:

“De organisator is verantwoordelijk voor zijn beleidsvoerend vermogen en risicoanalyse, en om ervoor te zorgen dat zijn medewerkers daarin volledig mee zijn. Dat is ook wat hij moet kunnen aantonen/documenteren. Als een medewerker ondanks het correct handelen van de organisator niet doet wat zou moeten gedaan worden, is dit uiteraard zijn eigen verantwoordelijkheid.”

De tekst van het ontwerp dient dan ook meer in overeenstemming te worden gebracht met de bedoeling van de stellers van het ontwerp.

Artikelen 19 en 20

7. Artikel 19 van het ontwerp voegt een derde lid toe aan artikel 42 van het Vergunningsbesluit dat luidt als volgt:

“De organisator groepsopvang kan de verplichtingen, vermeld in het eerste en tweede lid, uitzonderlijk en voor maximaal 30 dagen per kalenderjaar laten opnemen door de personen, vermeld in artikel 45, als al de volgende voorwaarden zijn vervuld:

1° er is altijd een kinderbegeleider aanwezig in de leefgroep in kwestie;

2° hij dit meldt aan het agentschap met daarbij de motivatie waarom dit nodig is en hoe hij de kwaliteit van de kinderopvang garandeert.”

Het vereiste aantal kinderbegeleiders per aantal tegelijk aanwezige kinderen zoals bepaald in artikel 42 van het Vergunningsbesluit wordt daarbij niet gewijzigd. Wel voorziet het ontwerp in een versoepeling in de zin dat de organisator groepsopvang voor de berekening van de ratio kind/kinderbegeleider gedurende maximaal 30 dagen per kalenderjaar een kinderbegeleider mag laten vervangen door personen die in de kinderopvanglocatie direct contact hebben met de opgevangen kinderen, onder de voorwaarde dat er steeds een kinderbegeleider aanwezig is in de leefgroep in kwestie en dat de organisator aan het agentschap motiveert waarom dit nodig is en hoe de kwaliteit van de kinderopvang wordt gegarandeerd. De organisator moet voor deze personen beschikken over een geldig uittreksel uit het strafregister en attest van medische geschiktheid, maar niet over een attest van kennis levensreddend handelen.³

Luidens de nota aan de Vlaamse Regering wordt met deze wijziging uitzonderlijk en onder voormelde voorwaarden “een opening gemaakt om dit aantal te laten invullen door andere personen dan kinderbegeleiders, gezien de krapte op de arbeidsmarkt en tegelijk de grote nood aan kinderopvang”.

Gevraagd welke de ‘personen die regelmatig in contact komen met de kinderen’ kunnen zijn die de plaats kunnen innemen van de kinderbegeleider, antwoordde de gemachtigde:

“Er wordt verder niet gedefinieerd welke de personen kunnen zijn die de plaats kunnen innemen van de kinderbegeleider: hiervoor wordt in zijn algemeenheid verwezen naar artikel 45, waar al aan bod komt wat verwacht wordt van ‘andere personen met regelmatig direct contact’. Dat kan bijvoorbeeld een ouder zijn die tijdelijk inspringt.”

Artikel 20 van het ontwerp wijzigt artikel 43 van het Vergunningsbesluit waardoor het ook voor gezinsopvang mogelijk wordt om een kinderbegeleider in een kwalificerend traject duaal leren in te zetten als kinderbegeleider.⁴ Deze kinderbegeleiders worden eveneens meegerekend voor de berekening van de ratio kind/kinderbegeleider zoals voorzien in artikel 42 van het Vergunningsbesluit. Voor groepsopvang geldt de bijkomende voorwaarde dat minstens drie voltijdsequivalente kinderbegeleiders met een kwalificatiebewijs in de kinderopvang werken en dat per kinderbegeleider in een kwalificerend traject er altijd een kinderbegeleider met een

³ Zie artikel 45 van het Vergunningsbesluit.

⁴ In de ontworpen regeling wordt daarbij niet langer voorzien in een maximumtermijn waarbinnen de kinderbegeleider in een kwalificerend traject een kwaliteitsbewijs dient te halen, maar wel is een bewijs vereist van actieve deelname aan een kwalificerend traject, dat ertoe leidt dat de kinderbegeleider een kwalificatiebewijs haalt (ontworpen artikel 43, § 2, eerste lid, 4°, b), van het Vergunningsbesluit).

kwalificatiebewijs aanwezig is in de kinderopvanglocatie (ontworpen artikel 43, § 2, eerste lid, 4°, b), van het Vergunningsbesluit). Voor gezinsopvang geldt deze voorwaarde niet en wordt enkel een bewijs van actieve deelname aan een kwalificerend traject en van specifieke ondersteuning op de werkplek vereist. Zoals ook werd bevestigd door de gemachtigde, houdt dit in dat het mogelijk is dat een kinderbegeleider in opleiding als enige aanwezig is in de opvanglocatie voor gezinsopvang.

8. De ontworpen regeling vervangt voor de berekening van de ratio kind/kinderbegeleider zoals voorzien in artikel 42 van het Vergunningsbesluit onder bepaalde voorwaarden kinderbegeleiders door personen die geen kinderbegeleider zijn. Gevraagd om toe te lichten op welke wijze de artikelen 19 en 20 van het ontwerp in overeenstemming kunnen worden geacht met het bepaalde in artikel 22bis van de Grondwet, dat de bevoegde wetgever onder meer de opdracht geeft te waarborgen dat het belang van het kind de eerste overweging is⁵, gelezen in samenhang met de artikelen 3, eerste lid, 6 en 19 van het VN-Verdrag inzake de rechten van het kind, antwoordde de gemachtigde:

“Er is steeds een voorwaarde gekoppeld aan het inschakelen van kinderbegeleiders in een kwalificerend traject en van personen zonder kwalificaties, namelijk dat er altijd een kinderbegeleider met kwalificatie aanwezig moet zijn. Verder zijn ook op dat vlak de nieuwe vereisten inzake beleidsvoerend vermogen en risicoanalyse, alsook het (geactualiseerde) artikel 31 inzake pedagogisch beleid belangrijke randvoorwaarden die mee tegemoet komen aan de vermelde vereisten uit het Internationaal Verdrag inzake de rechten van het kind en de Grondwet.”

9. In artikel 19 van het ontwerp wordt echter niet gespecificeerd of de kinderbegeleider die in de leefgroep aanwezig moet zijn, al dan niet ook een kinderbegeleider in opleiding kan zijn. Artikel 20, 3°, van het ontwerp (ontworpen artikel 43, § 2, eerste lid, 4°, b), van het Vergunningsbesluit) voorziet voor groepsopvang in de voorwaarde dat bij een kinderbegeleider in opleiding steeds een kinderbegeleider met kwalificatiebewijs aanwezig moet zijn *in de kinderopvanglocatie*. Dit verzekert enkel dat wanneer een persoon die geen kinderbegeleider is in de opvang bijspringt er steeds minimum één kinderbegeleider met kwalificatiebewijs aanwezig moet zijn in de opvanglocatie zelf, maar niet noodzakelijk in de leefgroep, zoals het ontworpen artikel 42, derde lid, 1°, van het Vergunningsbesluit vereist. Aangezien dit volgens de gemachtigde wel de bedoeling is van de stellers van het ontwerp, dient de tekst van artikel 19 van het ontwerp te worden aangepast zodat blijkt dat een persoon die geen kinderbegeleider is enkel mag bijspringen wanneer er een kinderbegeleider met een kwalificatie in de leefgroep aanwezig is.

10. Anders dan de gemachtigde dit ziet, blijkt uit de ontworpen regeling verder niet dat in alle gevallen steeds een kinderbegeleider met kwalificatie in de opvangfaciliteit aanwezig dient te zijn. Zo wordt dergelijke voorwaarde in de ontworpen regeling niet bepaald voor kinderbegeleiders in een kwalificerend traject die in de gezinsopvang worden ingezet, nu dienaangaande enkel vereist wordt dat “de voormelde kinderbegeleider specifiek ondersteund wordt op de werkplek” (ontworpen artikel 43, § 2, eerste lid, 4°, b), hetgeen niet lijkt te verhinderen dat in de gezinsopvang een kinderbegeleider in opleiding alleen aanwezig is in de opvanglocatie.

⁵ Zie artikel 22bis, vijfde lid, van de Grondwet; GwH 29 oktober 2015, nr. 153/2015, B.11.3.

Ook op dit punt dient de ontworpen regeling aan een nader onderzoek te worden onderworpen en te worden aangevuld in overeenstemming met de bedoeling van de stellers van het ontwerp.

11. In de nota aan de Vlaamse Regering wordt met betrekking tot de mogelijkheid om niet-kinderbegeleiders gedurende dertig dagen te laten bijspringen nog het volgende gesteld:

“Opgemerkt wordt dat deze opening specifiek geëvalueerd zal worden door Opgroeien:

1° via de meldingen, om zo de risico's die dergelijke opening met zich meebrengen te evalueren;

2° mbt de arbeidsmarkt of de nood aan kinderopvang.

Uit deze evaluatie kan een opheffing of aanpassing van deze opening voortvloeien, of eventueel een beperking in de tijd.”

Dergelijke evaluatie blijkt nergens uit de tekst van het ontwerp. De Raad van State, afdeling Wetgeving, geeft de stellers van het ontwerp dan ook ter overweging om aan het ontwerp een bepaling toe te voegen die wordt ingevoegd in het Vergunningsbesluit en betrekking heeft op de evaluatie van voormelde ontworpen maatregelen binnen een bepaalde periode na de inwerkingtreding ervan.

Artikel 35

12. Artikel 35 van het ontwerp strekt ertoe om een aantal bepalingen van het Vergunningsbesluit op te heffen.

Luidens de nota aan de Vlaamse Regering kan ook artikel 67 van het Vergunningsbesluit, dat opheffingsbepalingen bevat die al hun uitwerking hebben gehad, worden opgeheven. Dit blijkt echter niet uit de tekst van het ontwerp. Artikel 67 van het Vergunningsbesluit dient dan ook te worden toegevoegd in de lijst van de bepalingen die worden opgeheven zoals vermeld in artikel 35 van het ontwerp.

13. Gelet op het feit dat hoofdstuk 5 van het Vergunningsbesluit enkel nog de inwerkingtredingsbepaling bevat, dient voorts ook de titel “Afdeling 1. Opheffingsbepalingen” te worden geschrapt, dit in overeenstemming met de bedoeling van de stellers van het ontwerp zoals deze blijkt uit de nota aan de Vlaamse Regering en ook werd bevestigd door de gemachtigde.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Greet VERBERCKMOES

Marnix VAN DAMME