

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 247.568 van 18 mei 2020
in de zaak A. 222.702/VII-40.044**

In zake : Elisabeth SIMONS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Jérôme Sohier en Manoël de Keukelaere
kantoor houdend te 1170 Brussel
Terhulpesteenweg 181, bus 24
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

de VLAAMSE GEMEENSCHAP
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bart Staelens
kantoor houdend te 8000 Brugge
Gerard Davidstraat 46, bus 1
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 17 juli 2017, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van de Vlaamse minister van Welzijn, Volksgezondheid en Gezin van 18 mei 2017 houdende weigering van een vergunning voor gezinsopvang in de kinderopvanglocatie “Chez Babou”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 246.145 van 21 november 2019 heropent de Raad van State het debat en wordt de zaak volgens de gewone rechtspleging voortgezet.

Verzoekster heeft een verzoek tot voortzetting van het geding en een laatste memorie ingediend. De verwerende partij heeft een laatste memorie ingediend.

Met akkoord van alle partijen is de zaak behandeld overeenkomstig artikel 3 van het koninklijk besluit nr. 12 van 21 april 2020 ‘met betrekking tot de verlenging van de termijnen van de rechtspleging voor de Raad van State en de schriftelijke behandeling van de zaken’, waarvan de termijn is verlengd bij koninklijk besluit van 4 mei 2020.

Eerste auditeur Anja Somers heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Ingevolge de mededeling van dit advies aan de partijen op 5 mei 2020, is het debat gesloten en is de zaak in beraad genomen.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. Op 29 juni 2016 dient verzoekster een vergunningsaanvraag in voor kinderopvang van baby's en peuters.

3.2. Deze aanvraag wordt op 5 oktober 2016 ontvankelijk verklaard. Aan verzoekster wordt gevraagd om het diploma en een attest van de kennis Nederlands van de verantwoordelijke te bezorgen.

3.3. Verzoekster bezorgt vervolgens een diploma van de lagere secundaire technische leergangen, afdelingen talen, Nederlands, Elementaire kennis, en een "Diplôme de chef d'entreprise pour la profession d'accueillante

d'enfants".

3.4. Op 10 november 2016 weigert Kind en Gezin een vergunning voor de kinderopvang van baby's en peuters voor de kinderopvanglocatie "Chez Babou". Uit het onderzoek blijkt het volgende:

"- Mevrouw Elisabeth Simons bezorgde als kwalificatiebewijs verantwoordelijke volgend diploma aan Kind en Gezin: 'Diplôme de chef d'entreprise pour la profession de accueillante d'enfants' uitgereikt door Espace Formation PME-INFAC-INFOBO.

Dit diploma komt niet in aanmerking als kwalificatie voor verantwoordelijke aangezien het niet voorkomt op de lijst met diploma's die in aanmerking komen in artikel 6 van het ministerieel besluit.

- Het attest kennis Nederlands voldoet niet aan de vereisten vastgelegd in artikel 40, §2, 3° van het Vergunningbesluit van 22 november 2013;

Het vereiste taalniveau van het Nederlands voor de verantwoordelijke is B2 voor luisteren en gesprekken voeren en B1 voor lezen en schrijven

Mevrouw Elisabeth Simons bezorgde aan Kind en Gezin een diploma van de lagere secundaire technische leergangen, afdeling talen, Nederlands, elementaire kennis. Het behaalde niveau is te laag".

3.5. Verzoekster dient tegen deze beslissing bezwaar in.

3.6. De Adviescommissie voor Voorzieningen van Welzijn, Volksgezondheid en Gezin en (Kandidaat-) pleegzorgers verklaart het verweer van verzoekster gegrond:

"De commissie stelt vast dat de betwisting om twee voorwaarden draait die gelijktijdig moeten vervuld zijn om in aanmerking te komen voor de zelfstandige uitbating van een kinderopvang in Vlaanderen: (1) de kennis van de Nederlandse taal enerzijds en (2) de kwalificatievereisten voor de functie anderzijds.

Met betrekking tot de noodzakelijke taalkennis voorziet de toepasselijke regelgeving dat deze wordt aangetoond hetzij door een attest als vermeld in artikel 4, waaronder 'een diploma van een instantie waarvan het Nederlands de onderwijstaal is, die erkend is door het Vlaams Ministerie van Onderwijs en Vorming', of door 'een attest van een instantie die aantoont dat de houder negen jaar lager en secundair onderwijs heeft gevolgd, waarbij het Nederlands de onderwijstaal was'. Het MB stelt daarbij geen verdere vereisten met betrekking tot het taalniveau van de opleiding en lijkt dus te impliceren dat een louter diploma of attest dat aan de gestelde voorwaarden voldoet, voldoende bewijs levert van de ERK-niveaus' vermeld in het Vergunningsbesluit van 22 november 2013. Al blijkt dit niet uit de letterlijke tekst van de geciteerde

bepaling, volgt uit de doelstelling en context van de wetgeving dat deze bepaling betrekking heeft op een gehele opleiding of coherent pakket van opleidingsonderdelen, en dat het dus niet volstaat dat slechts één vak is gevolgd aan een erkende onderwijsinstantie. In dit geval ligt slechts een zgn. diploma elementaire kennis Nederlands voor, dat betrekking heeft op één vak zonder duidelijke aanduiding van het bereikte niveau.

Terecht beschouwt Kind en Gezin dat hiermee niet is aangetoond dat aan het wettelijk vereiste niveau van de kennis van het Nederlands voldaan is.

Tegelijk stelt de commissie ter zitting vast dat mevrouw Simons een behoorlijke kennis van het Nederlands heeft, maar de commissie is in staat noch gemachtigd om zelf vast te stellen dat het vereiste niveau behaald is en is gehouden haar beslissing op stukken te baseren (art. 11 besluit van de Vlaamse Regering van 12 juli 2013 betreffende de Adviescommissie voor Voorzieningen van Welzijn, Volksgezondheid en Gezin en (Kandidaat-)pleegouders). Daartegenover staat dat de commissie haar oordeel baseert op alle gegevens die haar worden voorgelegd, middelen die de partijen inbrengen en vaststellingen die de commissie doet, tot de dag van de zitting, en dat zij de bevoegdheid heeft om bijkomende informatie of stukken op te vragen aan de partijen.

Met toepassing van artikel 12, §1 van het genoemde besluit van de Vlaamse Regering van 12 juli 2013, beslist de voorzitter daarom de behandeltermijn van dit dossier te verlengen met 30 dagen, tot in totaal 105 dagen. De secretaris stelt de partijen daarvan onmiddellijk na de zitting in kennis. De commissie verzoekt verzoekende partij een test af te leggen bij een Huis van het Nederlands en de commissie op de hoogte te brengen van het resultaat daarvan uiterlijk op 3 maart 2017.

Op 8 februari laat mevrouw Simons per e-mail weten dat zij de gevraagde taaltest heeft afgelegd. Het meegestuurde attest vermeldt dat zij geslaagd is voor zowel de schriftelijke (ERK B1) als de mondelinge (ERK B2) test Nederlands voor verantwoordelijke in de kinderopvang. De commissie neemt hier akte van en besluit dat daarmee een voldoende kennis van het Nederlands is aangetoond.

Met betrekking tot de diplomavooraarden is de commissie van oordeel dat Kind en Gezin onvoldoende aantoont dat de behaalde opleiding niet gelijkwaardig is met één van de in het MB opgesomde kwalificaties. De bestreden beslissing beperkt zich tot de loutere mededeling dat het ingestuurde diploma niet op de toepasselijke lijst voorkomt. Op basis van het federale loyauteitsprincipe geldt evenwel een automatische erkenning van gelijkwaardige diploma's behaald aan een onderwijsinstelling erkend door een andere Gemeenschap. Het (Franstalige) diploma waarmee mevrouw Simons haar kunde wil aantonen, komt inderdaad niet voor in de opsomming van artikel 6 van het MB van 27 februari 2014 ter uitvoering van artikel 8, 11, 40, 43 en 73 van het Vergunningsbesluit van 22 november 2013, wat betreft de kwalificatiebewijzen en attesten. Vraag is dan of het door haar behaalde kwalificatiebewijs als een equivalent beschouwd kan worden van een opleiding die wel in het MB voorkomt, zoals het ondernemersdiploma verantwoordelijke kinderopvang, waar het op het eerste gezicht wel enige overeenkomst mee kan vertonen. Uit de door Kind en Gezin vooraf verstrekte aanvullende en tijdens

de zitting bevestigde schriftelijke toelichting blijkt dat de administratie contact heeft opgenomen met zijn Waalse evenknie, de ONE, om het door mevrouw Simons ingestuurde diploma correct te kunnen inschatten. Op basis van de bekomen informatie beslist Kind en Gezin dat het behaalde kwalificatiebewijs ontoereikend is.

Kind en Gezin steunt de beslissing tot weigering, voor dit aspect, enkel op het niet voorkomen van het diploma op de toepasselijke lijst, en verklaart in zijn aanvullende nota en ter zitting dat op basis van bij ONE opgevraagde informatie het behaalde kwalificatiebewijs ontoereikend is voor de functie van verantwoordelijke van een kinderopvanglocatie o.m. omwille van het feit dat de opleidingsduur ervan lager ligt dan het in de Vlaamse lijst voorkomende ondernemersdiploma van SYNTRA, dat actueel de meest 'laagdrempelige' opleiding is (die loopt over 2 jaar en 600 opleidingsuren omvat). De commissie stelt evenwel vast dat de lijst nog een reeks andere kwalificatiebewijzen en attesten vermeldt, met een veel lagere opleidingsduur of veel beperktere omvang (bv. Twee postgraduat en zelfs een achtdaagse cursus). Deze betreffen weliswaar opleidingen uit het verleden (periode 2008 tot 2015), maar ook de door mevrouw Simons ingebrachte opleiding dateert van 2012. Daarom moest niet alleen de equivalentie worden onderzocht met de op dit moment bestaande opleidingen, maar ook met de opleidingen die in de relevante periode in het verleden in aanmerking werden genomen.

De commissie erkent én ondersteunt dat de overheid de sector van de kinderopvang verder wil professionaliseren door o.m. de toegangsvoorwaarden te verstrengen, maar wijst erop dat mevrouw Simons haar diploma in 2012 behaalde en daarna als werknemer al professionele ervaring opdeed in de kinderopvang. De binnen België geldende equivalentie van diploma's heeft tot gevolg dat soepeler diplomavereisten die in het verleden golden, ook moeten gelden voor diploma's die werden behaald aan de onderwijsinstelling erkend door de Franse Gemeenschap.

De Commissie is bijgevolg van oordeel dat inmiddels een voldoende kennis van het Nederlands is aangetoond en dat Kind en Gezin niet aantoonde dat het ingebrachte diploma niet equivalent is aan diploma's die voor de betrokken periode in Vlaanderen wel worden aanvaard".

3.7. Op 18 mei 2017 beslist de minister om het bezwaar van verzoekster af te wijzen en de beslissing tot weigering van de vergunning te bevestigen op basis van de volgende motieven:

"[...]

Overwegende dat het 'Diplôme de chef d'entreprise pour la profession d'accueillante d'enfants' niet als gelijkwaardig aan één van de kwalificatiebewijzen onder de rubrieken 1.1 tot en met 1.7 van bijlage 3 van het ministerieel besluit van 25 november 2016 tot uitvoering van het Vergunningsbesluit van 22 november 2013 kan beschouwd worden omdat de kwalificatiebewijzen van die rubrieken allemaal samen vallen onder de 'onderwijskwalificaties' zoals gedefinieerd in artikel 2, 7° van het decreet van

30 april 2009 betreffende de kwalificatiestructuur;

Overwegende dat een diploma van een ondernemersopleiding zoals die van IFAPME hier niet onder valt, maar onder de ‘beroepskwalificaties’ van artikel 2, 4° van hetzelfde decreet zou kunnen ingedeeld worden;

Overwegende dat de meest beperkte opleiding binnen de ‘onderwijskwalificaties’ voor de kinderopvangsector de opleiding kinderbegeleider baby's en peuters is op het niveau beroepssecundair onderwijs, wat een opleiding is van 960 uren;

Overwegende dat vaststaat dat de opleidingen die vallen onder ‘onderwijskwalificaties’ uit de Vlaamse kwalificatiestructuur een veel uitgebreidere inhoud en tijdsduur hebben dan de opleiding van 256 uren die mevrouw Simons volgde en deze dus niet als gelijkwaardig beschouwd kunnen worden;

Overwegende dat het diploma van mevrouw Simons moet vergeleken worden met de kwalificatiebewijzen vermeld onder 1.8 punt b en c van bijlage 3 bij het ministerieel besluit van 25 november 2016 tot uitvoering van het Vergunningsbesluit van 22 november 2013 aangezien het diploma in 2012 behaald werd en dit zich in de periode bevindt waarin een behaald getuigschrift van de postgraduaatopleiding van de Karel de Grote Hogeschool en een behaald ondernemersdiploma verantwoordelijke kinderopvang van Syntra in aanmerking komt;

Overwegende dat op basis van een vergelijking van het diploma van mevrouw Simons met het ondernemersdiploma van Syntra, op basis van informatie die de opleidingsinstellingen bezorgden, vastgesteld kan worden dat:

het totaal aantal opleidingsuren van de Syntra opleiding 671 bedraagt en dus meer dan het dubbele van de opleiding van mevrouw Simons met 256 uren, hetgeen betekent dat voor quasi alle opleidingsonderdelen de opleiding van mevrouw Simons beperkter is qua opleidingsuren (voor details zie bijlage 1);

er grote verschillen qua opleidingsuren zijn voor de onderdelen die betrekking hebben op bedrijfsbeheer, wat een essentieel onderdeel is voor een verantwoordelijke van de kinderopvang (zie bijlage 1);

er grote verschillen qua opleidingsuren zijn voor het onderdeel dat betrekking heeft op ‘het omgaan met kinderen (zorg en opvoeding, spelen ...)’ (zie bijlage 1);

het aantal stage-uren vergelijkbaar is (zie bijlage 1);

Overwegende de hoger genoemde grote verschillen tussen beide opleidingen, deze niet als gelijkwaardig kunnen beschouwd worden;

Overwegende dat op basis van een vergelijking van het diploma van mevrouw Simons met het getuigschrift van de postgraduaatopleiding van de Karel de Grote Hogeschool van Antwerpen, op basis van informatie die opleidingsinstellingen bezorgden, vastgesteld kan worden dat:

het niet evident is een vergelijking te maken tussen een ondernemersopleiding enerzijds een postgraduaatopleiding anderzijds omdat dit opleidingen van een heel andere type betreffen, waarbij de ondernemersopleiding uitgaat van studie-uren en de postgraduaatopleiding van studiepunten die een inschatting moeten geven van het aantal uren studiebelasting;

het aantal stage-uren veel uitgebreidere waren binnen de opleiding postgraduaat, meer bepaald 245 stage-uren in vergelijking met 114 uren stage bij de opleiding van mevrouw Simons;

de postgraduaatsopleiding een opleiding is van 30 studiepunten. Op basis van de informatie van de Karel de Grote Hogeschool (één punt = 25 uren studiebelasting) komt dit overeen met een studiebelasting van ca. 750 uren (lesuren en zelfstudie samen) terwijl de opleiding van mevrouw Simons 256 lesuren betrof.

er grote verschillen qua opleidingsuren zijn voor de onderdelen die betrekking hebben op bedrijfsbeheer, wat een essentieel onderdeel is voor een verantwoordelijke van de kinderopvang (zie overzicht bijlage 2);

Overwegende dat op basis van de vergelijking ook vaststaat dat de postgraduaatsopleiding uitgebreider is qua tijdsduur en focus op bepaalde vakken die essentieel zijn voor een verantwoordelijke;

Overwegende dat na grondige vergelijking besloten moet worden dat het diploma van mevrouw Simons met geen enkel kwalificatiebewijs vermeld in het ministerieel besluit van 25 november 2016 gelijkwaardig is qua tijdsduur als qua inhoud en dus niet in aanmerking komt om in Vlaanderen te werken als verantwoordelijke".

Dit is de bestreden beslissing.

IV. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Standpunt van verzoekster

4. In een eerste middel voert verzoekster de schending aan van de artikelen 10, 11 en 143, § 1, van de Grondwet, van de vrijheid van vestiging gewaarborgd door artikel 49 en volgende van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, van het beginsel van de federale loyaliteit, en van de beginselen van behoorlijk bestuur, meer in het bijzonder de schending van het zorgvuldigheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel.

Volgens verzoekster dient de erkenning van een diploma afgeleverd door een andere Gemeenschap te gebeuren met inachtneming van het beginsel van de federale loyaliteit.

Het opleggen van beduidend strengere eisen voor diploma's van de Franse Gemeenschap dan voor diploma's van andere lidstaten van de Europese Unie miskent dit beginsel. Deze ongelijke en discriminatoire behandeling tussen de persoon die houder is van een diploma van de Franse Gemeenschap ten opzichte van de persoon met diploma uit een andere lidstaat kan volgens verzoekster onmogelijk redelijk worden verantwoord ten opzichte van het nagestreefde doel.

Dit doel bestaat in de professionalisering van de gezondheidszorg en het waarborgen van de in een andere lidstaat verworven beroepskwalificaties die de houder ervan het recht verlenen om er hetzelfde beroep uit te oefenen. Te dezen gaat het om een diploma van een andere deelstaat. Het aan een strengere toetsing onderwerpen van een diploma van een andere deelstaat dan het diploma van een andere lidstaat noemt verzoekster discriminatoir en minstens in strijd met de federale loyauteit.

Voorts zou de verwerende partij geen rekening hebben gehouden met het advies van de Adviesraad omtrent de federale loyauteit en zich hebben blind gestaad op een onjuiste vergelijking van lesuren. Het was volgens haar minstens onredelijk en onevenredig om geen rekening te houden met het gegeven dat het diploma van verzoekster toelaat om onder de Franse Gemeenschap aan de slag te gaan als zelfstandig onthaalouder.

Volgens verzoekster werd ook het zorgvuldigheidsbeginsel geschonden, aangezien het bestuur zijn beslissing te dezen niet zorgvuldig heeft voorbereid en niet gestoeld heeft op een correcte feitenvinding.

Ook is er geen sprake van een “zuiver interne discriminatie” gelet op haar hoedanigheid van Europees burger. Volgens haar verantwoordt dit Europees burgerschap op zich de band met het Europees recht. Als zodanig zou de bestreden beslissing ook haar vrijheid van vestiging schenden, zoals gewaarborgd door artikel 49 en volgende van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.

5. In haar memorie van wederantwoord betwist verzoekster dat er een gelijkaardig beleid wordt gevoerd met betrekking tot de diploma's van andere Europese lidstaten als ten opzichte van diploma's van de Franse Gemeenschap. Er zijn immers geen compenserende maatregelen mogelijk in geval van een diploma van de Franse Gemeenschap, aangezien de maatregelen enkel mogelijk zijn “voor diploma’s die in het buitenland afdoende zijn om toegang te krijgen tot het beroep maar die ‘wezenlijk verschillend’ zijn van de diploma’s die door de Vlaamse Gemeenschap in aanmerking worden genomen”. Verzoekster beschouwt haar opleidingstitel “niet alleen geenszins verschillend”, en integendeel “grotendeels identiek”.

6. In haar laatste memorie voegt verzoekster toe dat haar diploma wel degelijk het voorwerp zou hebben uitgemaakt van een erkenning, mocht het een diploma geweest zijn van een andere lidstaat. Haar diploma voldoet volgens haar immers aan de vereiste van artikel 9 van het ministerieel besluit van 25 november 2016, volgens hetwelk “een opleidingstitel of een bekwaamheidsattest dat op een wettige wijze is uitgereikt in een andere lidstaat waar het beroep gereglementeerd is, moet ‘blijk geven van een beroepskwalificatie als vermeld in bijlage 1, die bij dit besluit is gevoegd, dat vereist is voor toegang tot het beroep in de lidstaat van oorsprong’”. Het eerste punt van deze bijlage vermeldt volgens verzoekster “het bekwaamheidsattest dat is afgegeven door een overeenkomstig de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen aangewezen bevoegde autoriteit van de lidstaat van oorsprong, nadat men op het niveau van het primair of secundair onderwijs een algemene opleiding heeft genoten, waaruit blijkt dat de houder over een zekere algemene ontwikkeling beschikt”. Volgens diezelfde bijlage kan ook een diploma ter afsluiting van een gereglementeerde opleiding volstaan.

Beoordeling

7. Het beginsel van de federale loyaleit houdt voor de federale

overheid en voor de deelgebieden de verplichting in om, wanneer zij hun bevoegdheden uitoefenen, het evenwicht van de federale constructie in haar geheel niet te verstoren. Het betekent meer dan het uitoefenen van bevoegdheden: het geeft aan in welke geest dat moet geschieden (Parl. St., Senaat, B.Z. 1991-1992, nr. 100-29/2).

Zoals het Grondwettelijk Hof heeft gesteld in zijn arrest nr. 31/2010 van 30 maart 2010, dienen de wetgevers in de uitoefening van hun bevoegdheden het evenredigheidsbeginsel dat inherent is aan elke bevoegdheidsuitoefening, in acht te nemen. Dat beginsel houdt in dat geen enkele overheid bij het voeren van het beleid dat haar is toevertrouwd, zo verregaande maatregelen mag nemen dat het voor een andere overheid onmogelijk of overdreven moeilijk wordt om het beleid dat haar is toevertrouwd, doelmatig te voeren.

Uit het arrest van het Grondwettelijk Hof nr. 97/2014 van 30 juni 2014 blijkt dat de gemeenschappen die bevoegd zijn om de aangelegenheid van de kinderopvang te regelen, van oordeel kunnen zijn dat het noodzakelijk is te bepalen dat die opvang slechts kan worden georganiseerd met een voorafgaande vergunning, teneinde de kwaliteit ervan te waarborgen. Zij kunnen eveneens de voorwaarden bepalen die moeten worden vervuld om de betrokken vergunning te verkrijgen.

Bijgevolg is de Vlaamse Gemeenschap bevoegd om binnen de grenzen van haar territoriale bevoegdheid de voorwaarden te bepalen die moeten vervuld worden om de betrokken vergunning te verkrijgen. Hierbij dient zij loyaal te zijn ten aanzien van de federale overheid en ten aanzien van de andere deelstaten, maar is zij wel bevoegd om binnen de grenzen van haar territoriale bevoegdheid haar materiële bevoegdheid uit te oefenen. Het feit dat de Vlaamse Gemeenschap andere diplomavereisten stelt, betekent niet dat het voor de Franse Gemeenschap onmogelijk of overdreven moeilijk wordt om het beleid dat ook haar is toevertrouwd, doelmatig uit te oefenen.

Verzoekster maakt niet duidelijk op welke wijze het bestreden besluit het de Franse Gemeenschap overdreven moeilijk, laat staan onmogelijk zou maken, om de eigen bevoegdheden doelmatig uit te oefenen.

In zoverre verzoekster er van uit gaat dat voor een diploma van een andere lidstaat enkel moet blijken dat de opleidingstitel afdoende is om toegang te krijgen tot het beroep in de lidstaat van oorsprong en er hierdoor een ongelijke en discriminatoire behandeling ontstaat tussen de persoon die houder is van een diploma van de Franse Gemeenschap ten opzichte van de persoon met bepaalde buitenlandse diploma's, gaat het middel uit van een verkeerde lezing van het ministerieel besluit van 25 november 2016 tot uitvoering 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: Vergunningsbesluit van 22 november 2013).

De artikelen 9 tot 16 van dit ministerieel besluit van 25 november 2016 bepalen de voorwaarden waaraan personen die onderdaan zijn van een andere lidstaat moeten voldoen om een erkenning te bekomen. Ook in dit geval dient de opleidingstitel of het bekwaamheidsattest te voldoen aan de voorwaarden vermeld in het tweede lid van artikel 9. Bovendien kan de afgifte van de erkenning afhankelijk worden gesteld van het voldoen aan compenserende maatregelen in het geval er wezenlijke verschillen worden vastgesteld. De bewering dat de opleidingstitel enkel afdoende moet zijn om toegang te krijgen tot het beroep in de lidstaat van oorsprong vindt geen steun in het ministerieel besluit van 25 november 2016.

In de memorie van wederantwoord geeft verzoekster een andere invulling aan het middel, namelijk dat de mogelijkheid om compenserende maatregelen op te leggen niet bestaat voor personen met een diploma van de Franse Gemeenschap.

Verzoekster verliest hierbij uit het oog dat, om als verantwoordelijke van een kinderopvang in Vlaanderen tewerkgesteld te worden, de diploma's ongeacht waar deze werden behaald aan controle worden onderworpen en aan de voorwaarden dienen te voldoen. In de mogelijkheid om compenserende maatregelen op te leggen voor personen met een diploma van een andere lidstaat wordt voorzien door artikel 14 van Richtlijn 2005/36/EG van 7 september 2005 van het Europees Parlement en de Raad betreffende de erkenning van beroepskwalificaties. Artikel 13 van het ministerieel besluit van 25 november 2016 tot uitvoering van het Vergunningsbesluit voorziet in de mogelijkheid om compenserende maatregelen op te leggen wanneer de vaststellingen uiteengezet onder 1° en 2° worden gedaan. Overeenkomstig artikel 13 van het besluit kan Kind en Gezin de afgifte van de erkenning van de beroepskwalificatie afhankelijk stellen van het voldoen aan compenserende maatregelen. Dit behoort tot de beoordelingsbevoegdheid van Kind en Gezin. Uit artikel 13 vloeit echter geen verplichting voort om compenserende maatregelen op te leggen. Verzoekster toont evenmin aan dat zij zich in één van de gevallen voorzien in artikel 13, eerste lid, 1° of 2° bevindt.

Verzoekster toont niet aan dat het diploma van een andere deelstaat aan een strengere toetsing wordt onderworpen dan een diploma van een andere lidstaat.

Wat betreft verzoeksters kritiek dat er volstrekt geen rekening werd gehouden met het advies van de Adviesraad met betrekking tot de federale loyauteit bij de appreciatie van het diploma, weze opgemerkt dat het advies van de voormelde Adviescommissie voor Voorzieningen van Welzijn, Volksgezondheid en Gezin uiteenzet dat op basis van de federale loyauteit een automatische erkenning geldt van gelijkwaardige diploma's behaald aan een onderwijsinstelling erkend door een andere Gemeenschap en dat onderzocht dient te worden of het door verzoekster behaalde kwalificatiebewijs als een equivalent kan worden beschouwd van een opleiding die wel in het ministerieel besluit voorkomt. Kind en Gezin diende aan te tonen dat het ingebracht diploma niet equivalent is aan de

diploma's die voor de betrokken periode in Vlaanderen wel worden aanvaard.

Uit de bestreden beslissing blijkt dat er wel degelijk rekening werd gehouden met het advies en dat er ten gronde werd nagegaan of het diploma gelijkwaardig is aan één van de kwalificaties die in het ministerieel besluit van 25 november 2016 opgesomd zijn.

De loutere bewering dat de lesuren onjuist werden vergeleken toont niet aan dat de beoordeling van de verwerende partij onjuist zou zijn. Uit niets blijkt dat de opleiding van verzoekster uren zelfstudie inhield. Ook de bewering dat verzoekster in de hele EU als zelfstandige onthaalouder aan de slag kan, uitgezonderd in Vlaanderen, toont niet aan dat de beoordeling van de verwerende partij onjuist zou zijn.

Verzoekster voert wel de schending van het zorgvuldigheidsbeginsel aan, maar zet haar grief niet verder uiteen.

Waar verzoekster de schending aanvoert van haar vrijheid van vestiging zoals gewaarborgd door artikel 49 en volgende van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU), gaat zij eraan voorbij dat de beperkingen van de bij het Verdrag gewaarborgde vrijheden van verkeer toelaatbaar zijn indien blijkt dat ermee een doelstelling van algemeen belang wordt nagestreefd, dat zij geschikt zijn om de verwezenlijking van het ermee beoogde doel te waarborgen, en niet verder gaan dan noodzakelijk is om dat doel te bereiken.

Volgens de memorie van toelichting bij het ontwerp dat heeft geleid tot het decreet van 20 april 2012 houdende de organisatie van kinderopvang van baby's en peuters (Parl. St. Vlaams Parlement, 2011-12, nr. 1395/1, p.24) is het doel van het vergunningsstelsel de bescherming van de rechten van jonge kinderen en gezinnen. Een vergunning is een toelating van Kind en Gezin om opvang te organiseren en een formele bevestiging dat de geldende vergunningsvoorwaarden

worden nageleefd. Dit is noodzakelijk omwille van het belang en het recht van gezinnen/kinderen op kwaliteitsvolle kinderopvang.

De bewering dat verzoeksters vrijheid van vestiging wordt geschonden volstaat niet om aan te tonen dat de nagestreefde doelstelling geen doelstelling zou zijn van algemeen belang die de beperkingen van de bij het VWEU gewaarborgde vrijheden van vestiging adequaat kan verantwoorden.

Het eerste middel is niet gegrond.

B. Tweede middel

Standpunt van verzoekster

8. In het tweede middel voert verzoekster het ontbreken aan “van aannemelijke en relevante motieven” en van een adequate motivering. Zij wijst tevens op een “manifeste beoordelingsfout” en op de schending van het zorgvuldigheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

De bestreden beslissing gaat volgens verzoekster in essentie in op een vergelijking van haar diploma met twee andere diploma's, terwijl het ministerieel besluit van 25 november 2016 “voorziet (...) in tal van diploma's die werden afgeleverd voor de inwerking van het Decreet, met beperktere studieduur”, waaronder attesten van achtdaagse cursussen.

De verwerende partij heeft volgens verzoekster ten onrechte enkel rekening hebben gehouden met de diploma's “met uitreikingsdatum tot na 2012”. De eerdere diploma's omvatten volgens haar manifest lichtere diploma's, waaronder de achtdaagse cursussen. De Adviesraad oordeelde volgens haar terecht dat soepeler diplomavereisten die in het verleden golden, ook moeten gelden voor diploma's die werden behaald aan de onderwijsinstellingen erkend door de Franse

Gemeenschap.

Bovendien zou de gemaakte vergelijking niet ernstig zijn. De bestreden beslissing zet de 30 studiepunten van de opleiding bij de Karel De Grote Hogeschool om in 750 uren studiebelasting, terwijl bij verzoeksters opleiding geen vergelijkbare correctie-coëfficiënt wordt gehanteerd.

De bestreden beslissing komt volgens verzoekster des te meer onredelijk over wanneer men in aanmerking neemt dat met toepassing van overgangsregelingen, een persoon die voor 1 april 2015 is beginnen werken in een locatie voor kinderopvang, zes jaar tijd krijgt om te voldoen aan de startvoorwaarde voor de kwalificatie als verantwoordelijke.

Verzoekster wijst erop dat zij sinds december 2012 werkzaam is in de kinderopvangsector - zelfs in een centrum voor kinderopvang met 28 kinderen, erkend door Kind en Gezin - maar dat zelfs dit klaarblijkelijk niet afdoende is om van een vergelijkbare overgangsregeling te genieten.

Verzoekster noemt het ook onredelijk dat de verwerende partij zonder motivering geen rekening heeft gehouden met haar professionele ervaring.

9. In haar laatste memorie benadrukt verzoekster nog dat de Vlaamse Gemeenschap pas met het ministerieel besluit van 27 februari 2014 diplomavereisten vaststelde, en toen rekening hield met veel lichtere opleidingen. Toen verzoekster haar diploma verkreeg zou dit wel hebben volstaan om volgens de dan geldende regelgeving toegang te krijgen tot het beroep in Vlaanderen.

Volgens verzoekster gaat het auditoraatsverslag er ten slotte aan voorbij “dat de verwerende partij geenszins aannemelijk maakt dat ze ook maar één bepaald specifiek ‘Vlaamse’ diploma’s uit het verleden zou hebben geweigerd”.

Beoordeling

10. Verzoekster meent in eerste instantie dat haar diploma diende te worden vergeleken met een attest van de achtdaagse cursus verantwoordelijke van particuliere kinderdagverblijven, georganiseerd door het centrum voor volwassenenonderwijs Vormingleergang voor Sociaal en Pedagogisch Werk in Kortrijk, of met een attest van de achtdaagse cursus dagopvang jonge kinderen, georganiseerd door het centrum voor volwassenenonderwijs Technicum Noord-Antwerpen, afdeling VLOD in Antwerpen.

Zij gaat eraan voorbij dat bij deze opleidingen uitdrukkelijk vermeld wordt dat ze behaald dienen te zijn voor 1 september 2008. Verzoekster heeft haar diploma niet behaald voor 1 september 2008, zodat een vergelijking met deze attesten zich niet opdringt.

De bewering dat de verwerende partij zich niet mocht vastpinnen op de uitreikingsdatum van het diploma mist juridische grondslag. De lijst opgesomd in bijlage 3 van het ministerieel uitvoeringsbesluit van 27 februari 2014 voorziet in 1.8 ‘Bepaalde kwalificatiebewijzen die behaald zijn tot een bepaalde einddatum, namelijk kwalificatiebewijzen: [...]’. Enkel de kwalificatiebewijzen opgesomd in b) en c) komen in aanmerking”.

Deze kwalificatiebewijzen werden uitgereikt respectievelijk tot en met 1 oktober 2015 en tot en met oktober 2018. Voor de overige kwalificatiebewijzen situeert de einddatum zich voor de datum waarop verzoekster haar diploma heeft behaald.

Voor de diploma's die binnen een bepaalde periode werden behaald aan een onderwijsinstelling erkend door de Franse Gemeenschap gelden dezelfde diplomavereisten als voor de diploma's die binnen dezelfde periode werden behaald aan een onderwijsinstelling erkend door de Vlaamse Gemeenschap. De einddata die vermeld worden gelden immers ook voor diploma's

die behaald werden in de Vlaamse Gemeenschap.

Het besluit om te vergelijken met de twee kwalificatiebewijzen waarvan de einddatum na 2012 is gelegen is dan ook niet onredelijk.

Voorts bekritiseert verzoekster de gemaakte vergelijking van haar diploma met “het ondernemersdiploma van Syntra” en met het “getuigschrift van de postgraduaatsopleiding van de Karel de Grote Hogeschool van Antwerpen”.

Verzoekster betoogt dat het aantal lesuren van de opleiding die zij heeft gevolgd ook dienen omgezet te worden in aantal uren studiebelasting door vermenigvuldiging met een bepaalde coëfficiënt. Zij voegt geen informatie toe waaruit zou blijken dat de door haar gevolgde opleiding meer uren studiebelasting vertegenwoordigt dan de opgegeven lesuren. Zij toont bijgevolg niet aan dat er sprake zou zijn van een gelijkwaardige opleiding.

Bovendien blijkt uit de bestreden beslissing dat er niet enkel een groot verschil in opleidingsuren bestaat tussen beide opleidingen maar dat het een ander type opleiding betreft en er grote verschillen bestaan tussen het aantal stage-uren, de opleidingsuren bedrijfsbeheer en de uitgebreidheid van de vakken die essentieel zijn voor een verantwoordelijke. Verzoekster weerlegt dit niet.

Verzoekster meent dat zij van een vergelijkbare overgangsregeling zoals voorzien in artikel 73 van Vergunningsbesluit van 22 november 2013 moet kunnen genieten.

Deze overgangsregeling houdt in dat vanaf de inwerkingtreding van het decreet van 20 april 2012 een overgangsperiode van zes jaar geldt voor de kinderopvanglocaties die starten met kinderopvang van baby's en peuters na de inwerkingtreding van dat decreet om te voldoen aan de startvoorwaarde en aan de werkingsvoorwaarde over de kwalificatie van de verantwoordelijke vermeld in

artikel 4 en 40, § 2, eerste lid, 5°, die gestart is met werken in de kinderopvanglocatie voor 1 april 2015. Uit de aanvraag in het administratief dossier blijkt niet dat verzoekster gestart is met werken in de kinderopvanglocatie voor 1 april 2015. Verzoekster toont dit ook niet aan.

Ten slotte meent verzoekster dat er rekening moest worden gehouden met haar professionele ervaring. Uit de aanvraag van verzoekster blijkt niet met welke professionele ervaring er rekening diende te worden gehouden. Zelfs in het bezwaarschrift waarnaar verzoekster in de memorie van wederantwoord verwijst, wordt enkel vermeld dat zij als verantwoordelijke heeft gewerkt in een crèche in Kraainem. Dit wordt evenwel niet nader uiteengezet of gestaafd, zodat niet duidelijk is op welke wijze de verwerende partij hiermee rekening diende te houden.

Het tweede middel is niet gegrond.

C. Derde middel

Standpunt van verzoekster

11. Het derde middel steunt op de schending van artikel 159 van de Grondwet, van artikel 3, § 1, van de Gecoördineerde wetten van 12 januari 1973 op de Raad van State en van de omzendbrief Wetgevingstechniek VR 2014/4 samen genomen met het beginsel “patere legem quam ipse fecisti”.

Verzoekster voert vooreerst aan dat het advies van de afdeling wetgeving van de Raad van State niet werd gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad voor de volgende besluiten:

- het Vergunningsbesluit van 22 november 2013;
- het ministerieel besluit van 27 februari 2014 ter uitvoering van artikel 8, 11, 40, 43 en 73 van het Vergunningsbesluit van 22 november 2013, wat betreft de kwalificatiebewijzen en attest;

- het ministerieel besluit van 25 november 2016 tot uitvoering van het Vergunningsbesluit van 22 november 2013.

Bij gebrek aan “geldig gepubliceerd besluit waarin de vereiste kwalificatiebewijzen werden gedefinieerd”, kon de vergunning volgens verzoekster niet geweigerd worden wegens gebrek aan equivalentie met andere diploma's.

Vervolgens zet verzoekster uiteen dat er geen advies werd gevraagd aan de afdeling Wetgeving met betrekking tot het ministerieel besluit van 27 februari 2014 en dat de motivering van de dringende noodzakelijkheid om geen advies te vragen ontbreekt, wat een miskennen betekent van een substantiële vormvereiste.

12. In haar memorie van wederantwoord vermoedt verzoekster dat de adviezen niet gepubliceerd werden omdat deze kritiek bevatten. Zij leidt uit “het niet meedelen van de bewuste adviezen in het kader van huidige procedure, samen genomen met het feit dat deze niet werden gepubliceerd” af dat haar rechten van verdediging niet worden gewaarborgd.

Ten slotte bekritiseert verzoekster de motivering van de hoogdringendheid.

Beoordeling

13. Artikel 3 van de gecoördineerde wetten van 12 januari 1973 op de Raad van State legt niet de verplichting op om het advies te publiceren. De publicatie van het advies is geen substantiële of op straffe van nietigheid voorgeschreven vormvereiste.

Punt 322 van de geschonden geachte Omzendbrief 2014/4 bepaalt:

“Het advies en het voorontwerp waarover de afdeling Wetgeving advies heeft verleend, bevestigt u aan de memorie van toelichting van de ontwerpen van decreet. Het advies wordt gevoegd bij het verslag aan de Vlaamse Regering als er een is en wordt tegelijk met de tekst van het besluit en dat verslag bekendgemaakt (zie artikel 3, §1, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973)”.

Uit de publicatie van het Vergunningsbesluit van 22 november 2013 in het Belgisch Staatsblad van 13 januari 2014 blijkt niet dat er een verslag aan de Vlaamse Regering werd opgesteld zodat voor dit besluit het advies geenszins diende gepubliceerd te worden.

De bestreden beslissing verwijst naar het ministerieel besluit van 25 november 2016 tot uitvoering van het Vergunningsbesluit van 22 november 2013 als rechtsgrond en niet naar het ministerieel besluit van 27 februari 2014.

In tegenstelling tot wat verzoekster beweert, wordt de dringende noodzakelijkheid wel gemotiveerd:

"Gelet op de dringende noodzakelijkheid;

Overwegende dat de in het besluit opgenomen instanties en de sector dringend op de hoogte moeten gebracht worden om te weten welke attesten en kwalificatiebewijzen in het kader van de vergunningsvoorwaarden in aanmerking komen,"

Daargelaten of verzoekster in de memorie van wederantwoord voor het eerst op ontvankelijke wijze kritiek kan aanvoeren op de inhoud van de motivering van de dringende noodzakelijkheid, volstaat het niet om te beweren dat de dringende noodzakelijkheid niet aannemelijk wordt gemaakt.

Het derde middel is niet gegrond.

D. Vierde middel

Standpunt van verzoekster

14. In het vierde middel roept verzoekster de schending in van de bevoegdheidsverdelende regels.

Zij betoogt dat de bestreden beslissing steunt op het decreet van 20 april 2012 houdende de organisatie van kinderopvang van baby's en peuters, dat tot stand kwam vòòr de zesde staatshervorming. Volgens verzoekster schendt het decreet de bevoegdheidsverdelende regels omdat het regels invoert met betrekking tot de toegang tot beroepen in de kinderopvang op een ogenblik dat de federale wetgever nog exclusief bevoegd was om regels vast te stellen inzake de toegang tot bepaalde beroepen of de oprichting van handelsvestigingen of bekwaamheidseisen voor te schrijven in verband met de uitoefening van sommige beroepen en om beroepstitels te beschermen.

Verzoekster stelt voor om in dat verband een prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof te stellen.

15. In haar memorie van wederantwoord voegt verzoekster toe dat de Raad van State met betrekking tot artikel 4 en artikel 40, § 2, 3° en 5° van het besluit van de Vlaamse regering zelf kan oordelen omtrent de bestaanbaarheid met de bevoegdheidsverdelende regels, en dat een schending daarvan ertoe zal leiden dat één van de fundamentele rechtsgronden voor de bestreden beslissing wegvalt.

In ondergeschikte orde stelt zij voor om, “voor zover het noodzakelijk zou worden geacht” dat ook de ongrondwettelijkheid van artikel 4 van het decreet van 20 april 2012 moet worden vastgesteld, over die bepaling een prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof.

Beoordeling

16. Verzoekster stelt in haar inleidende akte dat het decreet van 20 april 2012 houdende de kinderopvang van baby's en peuters de bevoegdheidsverdelende regels heeft geschonden. Zij vraagt om in ondergeschikte orde een prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof zonder deze vraag te formuleren.

De Raad van State is niet bevoegd om bepalingen van het decreet te toetsen.

Zoals verzoekster de mogelijkheid formuleert om in ondergeschikte orde een prejudiciële vraag te stellen laat zij het aan de Raad van State over om uit te maken of er aan het Grondwettelijk Hof een prejudiciële vraag dient gesteld te worden. De Raad van State ziet geen enkele reden tot het stellen van een dergelijke vraag.

In de memorie van wederantwoord formuleert verzoekster wel de prejudiciële vraag. Zij was eerder dan in de memorie van wederantwoord in de mogelijkheid om de Raad van State te verzoeken de in dat processtuk gesuggereerde prejudiciële vraag voor te leggen. Het verzoek tot het stellen van een prejudiciële vraag moet ter wille van de vereiste van de wapengelijkheid van de procespartijen, de verplichting tot loyale procesvoering, en om proceseconomische redenen, in limine litis worden geformuleerd, minstens in het eerste processtuk waarin de bedoelde partij dit nuttig vermag te doen. Verzoekster stelt de vraag pas na het verweer van de verwerende partij over een norm, die van in den beginne in het geding is betrokken Alleen al om die reden wordt niet ingegaan op het verzoek tot het stellen van de prejudiciële vraag.

Bovendien heeft het Grondwettelijk Hof, zoals de verwerende partij uiteenzet, reeds in het arrest nr. 97/2014 van 30 juni 2014 bevestigd dat de gemeenschappen de voorwaarden kunnen bepalen die moeten vervuld worden om

een vergunning te verkrijgen voor het organiseren van de opvang van kinderen:

"De gemeenschappen zijn, krachtens artikel 128 van de Grondwet en artikel 5, § 1, II, 1°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, bevoegd voor de aangelegenheid van de opvang van kinderen in de voorschoolse leeftijd. Bij de uitoefening van die bevoegdheid kunnen zij bepalen dat het organiseren, bij wijze van beroep en tegen betaling, van de opvang van die kinderen het verkrijgen van een voorafgaande vergunning vergt teneinde de kwaliteit van de opvang te waarborgen. Zij kunnen eveneens de voorwaarden bepalen die moeten worden vervuld om die vergunning te verkrijgen".

Het Grondwettelijk Hof blijkt aldus reeds uitspraak te hebben gedaan over de bevoegdheid van de gemeenschappen met betrekking tot de organisatie van kinderopvang van baby's en peuters. Dit komt neer op eenzelfde vraag als verzoekster gesteld wil zien. De vraag dient niet te worden gesteld.

Het vierde middel is niet gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. Verzoekster wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 200 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken op achttien mei tweeduizend twintig, door de Raad van State, VIIe kamer, samengesteld uit:

Eric Brewaeyts,	kamervoorzitter,
Pierre Lefranc,	staatsraad,
Peter Sourbron,	staatsraad,
bijgestaan door	
Bart Tettelin,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Bart Tettelin

Eric Brewaeyts