



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 59.291/3
van 19 mei 2016

over

een ontwerp van ministerieel besluit 'tot uitvoering van het
Vergunningsbesluit van 22 november 2013'

Op 19 april 2016 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 ministerieel besluit ‘tot uitvoering van het Vergunningsbesluit van 22 november 2013’.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 10 mei 2016. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Jeroen VAN NIEUWENHOVE en Koen MUYLLE, staatsraden, Jan VELAERS en Johan PUT, assessoren, en Greet VERBERCKMOES, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Tim CORTHAUT, auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 19 mei 2016.

*

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

*

STREKKING EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

2. Het om advies voorgelegde ontwerp van ministerieel besluit strekt tot het vaststellen van de relevante attesten en kwalificatiebewijzen ter staving van het voldoen aan de startvoorwaarden (zie hoofdstuk 1 van het ontwerp, met een overgangsregeling in hoofdstuk 3) en de werkingsvoorwaarden (hoofdstuk 2) voor het organiseren van kinderopvang, ter 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: het Vergunningsbesluit).

Het te nemen besluit zal in de plaats komen van het ministerieel besluit van 27 februari 2014 ‘ter uitvoering van artikel 8, 11, 40, 43, 45 en 73, van het Vergunningsbesluit van 22 november 2013, wat betreft de kwalificatiebewijzen en attesten’, dat wordt opgeheven (artikel 21). De regeling herneemt een aantal van de bepalingen van het op te heffen besluit en strekt er verder toe om uitvoering te geven aan de bijkomende delegaties die werden ingevoegd in het Vergunningsbesluit van 22 november 2013 bij het besluit van de Vlaamse Regering van 9 oktober 2015¹.

3. Voor het ontworpen besluit kan rechtsgrond worden gevonden in de bepalingen die zijn vermeld in de eerste twee leden van de aanhef van het ontwerp.

ALGEMENE OPMERKINGEN

4.1. Het ontwerp is in essentie een verzameling van vergunningsverplichtingen en kwalificatievereisten, waaraan vaak slechts zal kunnen worden voldaan door het voorleggen van attesten die door specifieke Vlaamse instellingen worden toegekend, en zonder dat er in een kader is voorzien voor de wederzijdse erkenning van attesten inzake eerder verworven competenties uit andere EER-lidstaten.

Daarom is aan de gemachtigde gevraagd het ontwerp te verantwoorden in het licht van de dienstenrichtlijn² en van de beroepskwalificatierichtlijn³. De gemachtigde antwoordde daarop als volgt:

¹ Besluit van de Vlaamse Regering van 9 oktober 2015 ‘tot wijziging van het Vergunningsbesluit van 22 november 2013, het Subsidiebesluit van 22 november 2013 en het Procedurebesluit van 9 mei 2014’.

² Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 ‘betreffende diensten op de interne markt’.

“Elke bepaling van het decreet van 20 april 2012 houdende de organisatie van kinderopvang van baby's en peuters, en de uitvoeringsbesluiten, wordt getoetst aan de principes uit de dienstenrichtlijn, en zijn dus getoetst aan de principes noodzakelijkheid, evenredigheid en gelijkheid.

De toetsing aan de beroepskwalificatierichtlijn is nog niet meegenomen in voorliggend ontwerp van MB, maar is voorzien bij een volgende aanpassing van besluit die binnenkort wordt voorgelegd aan de minister, met volgende motivatie:

De in het ministerieel besluit opgesomde kwalificatiebewijzen zijn in eerste instantie diploma's, certificaten, studiegetuigschriften of attesten behaald aan een Vlaamse school/opleidingsorganisatie. Ook kwalificatiebewijzen die niet aan een Vlaamse school/opleidingsorganisatie behaald zijn komen in aanmerking, als zij als gelijkwaardig erkend zijn door NARIC-Vlaanderen.

Nieuw is nu dat ingevolge de Europese richtlijn, kwalificatiebewijzen van onderdanen als gelijkwaardig erkend moeten kunnen worden, zonder dat daarbij een procedure bij NARIC nodig is. De gelijkwaardigheid wordt namelijk op een andere manier beoordeeld, vanuit het oogpunt van wat volstaat bij een andere lidstaat. Niet NARIC, maar Kind en Gezin is dan de instantie die voor het gelijkwaardigheidsattest zorgt. Concreet zal een onderdaan een aanvraag kunnen doen bij Kind en Gezin, om een conformiteitsattest te kunnen krijgen. In bepaalde gevallen is er zelfs geen conformiteitsattest nodig, en volstaat een schriftelijke verklaring (op erewoord) van de persoon in kwestie, namelijk als een onderdaan enkel tijdelijk en incidenteel komt werken in de kinderopvang, als verantwoordelijke of als kinderbegeleider. Of er in een concreet geval sprake is van een tijdelijke en incidentele tewerkstelling, wordt in de feiten beoordeeld, met name in het licht van de duur, frequentie, regelmaat en continuïteit van het werken als verantwoordelijke of als kinderbegeleider.”

4.2.1. Wat de dienstenrichtlijn betreft, moet worden opgemerkt dat het niet volstaat om te verklaren dat het ontwerp in overeenstemming is met de dienstenrichtlijn opdat dit ook werkelijk zo zou zijn. Bij gebrek aan zelfs maar een begin van verantwoording op dit punt, beperkt de Raad van State, afdeling Wetgeving, zich tot het maken van een voorbehoud met betrekking tot de verenigbaarheid met de dienstenrichtlijn.

Enkele punten die alvast te herbekijken zijn in het licht van de dienstenrichtlijn zijn de volgende.

In de eerste plaats dient melding te worden gemaakt van artikel 5, leden 1 en 3, van de dienstenrichtlijn. Het gaat om de algemene verplichting om na te gaan of de procedures en formaliteiten die van toepassing zijn voor de toegang tot en de uitoefening van dienstenactiviteiten, niet kunnen worden vereenvoudigd (lid 1) en de verplichting om gelijkwaardige documenten uit andere lidstaten te aanvaarden (lid 3).

In de tweede plaats moet worden vastgesteld dat het opleggen van attesten die enkel bij Vlaamse instellingen kunnen worden verkregen, op gespannen voet staat met het gelijkheidsbeginsel neergelegd in artikel 10, lid 2, van de dienstenrichtlijn, tenzij specifiek kan

³ Richtlijn 2005/36/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 september 2005 ‘betreffende de erkenning van beroepskwalificaties’.

worden verantwoord op grond van een dwingende reden van algemeen belang waarom een gelijkwaardig buitenlands certificaat niet kan volstaan.

De stellers zullen het ontwerp opnieuw dienen te onderzoeken in het licht van alle relevante bepalingen van de dienstenrichtlijn.

4.2.2. Wat de overeenstemming met de beroepskwalificatierichtlijn betreft, blijkt uit het antwoord van de gemachtigde dat het ontwerp ontoereikend is, en dus in strijd is met het vrije verkeer van personen. Gelet op het gegeven dat de omzettingstermijn voor de richtlijn reeds lang verstreken is,⁴ moet hieraan onverwijld tegemoet worden gekomen met een apart ontwerp dat eveneens om advies zal moeten worden voorgelegd.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 8

5. De verwijzing in artikel 8, eerste lid, 1°, en tweede lid, 2° en 3°, van het ontwerp naar “de geldende richtlijnen van de Belgische Reanimatieraad” of “de actueel geldende richtlijnen van de Belgische Reanimatieraad” is rechtsonzeker. De *Belgian Resuscitation Council (BRC)*⁵ is een vereniging zonder winstoogmerk en de reanimatierichtlijnen die de vereniging opstelt, zijn aanbevelingen en geen normen.

Er dient aan herinnerd te worden dat, gelet op artikel 190 van de Grondwet en de wet van 31 mei 1961 ‘betreffende het gebruik der talen in wetgevingszaken, het opmaken, bekendmaken en inwerkingtreden van wetten en verordeningen’, om verbindend te zijn, dergelijke “richtlijnen” in beginsel in het Belgisch Staatsblad moeten worden bekendgemaakt. De meest rechtszekere oplossing bestaat erin de bedoelde richtlijnen op te nemen in een bijlage bij het te nemen besluit. Minstens zou in het ontwerp de vindplaats van de betrokken richtlijnen moeten worden aangegeven.

Artikel 22

6.1. Luidens artikel 22 van het ontwerp zou aan de nieuwe regels terugwerkende kracht tot 1 september 2015 worden gegeven. In dat verband moet worden opgemerkt dat het verlenen van terugwerkende kracht aan besluiten slechts onder bepaalde voorwaarden toelaatbaar kan worden geacht.

Het verlenen van terugwerkende kracht aan besluiten is enkel toelaatbaar ingeval voor de retroactiviteit een wettelijke grondslag bestaat, de retroactiviteit betrekking heeft op een regeling die, met inachtneming van het gelijkheidsbeginsel, voordelen toekent of in zoverre de

⁴ De beperkingen aan het vrije verkeer kunnen derhalve worden aangevochten wegens schending van de relevante bepalingen van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.

⁵ Volgens artikel 8, derde lid, van het ontwerp moet onder “Belgische Reanimatieraad” worden verstaan: “de *Belgian Resuscitation Council*”.

retroactiviteit noodzakelijk is voor de continuïteit of de goede werking van het bestuur en daardoor, in beginsel, geen verkregen situaties worden aangetast.

Enkel indien de retroactiviteit van de ontworpen regeling in één van de opgesomde gevallen valt in te passen, kan deze worden gebillijkt.

6.2. De gemachtigde verantwoordt de retroactiviteit als volgt:

“Het MB vergunning is er in uitvoering van het BVR Vergunning. Aan dit BVR Vergunning werd met het Besluit van de Vlaamse Regering van 9 oktober 2015 tot wijziging van het Vergunningsbesluit van 22 november 2013, het Subsidiebesluit van 22 november 2013 en het Procedurebesluit van 9 mei 2014, enkele wijzigingen aangebracht, die uitwerking hebben met ingang van 1 september 2015. Het onderhavig MB volgt dezelfde datum.”

Het gaat in dit geval echter om procedurele bepalingen inzake het verkrijgen van attesten en bekwaamheidsbewijzen die niet met terugwerkende kracht kunnen worden opgelegd, aangezien ze berusten op feitelijke handelingen en gebeurtenissen waarvoor de fictie van de terugwerkende kracht niet werkzaam is.

Dat is slechts anders voor zover de bepalingen in kwestie louter een herneming zijn van de verplichtingen die thans voortvloeien uit het ministerieel besluit van 27 februari 2014.

Slotopmerking

7. De nummering van de onderverdelingen van het ontwerp klopt niet. Hoofdstuk 2 bevat telkens twee afdelingen die als “afdeling 2” en als “afdeling 3” genummerd zijn, wat dient te worden verholpen.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Greet VERBERCKMOES

Jo BAERT