RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 62.987/1
van 14 maart 2018

over

een ontwerp van besluit van de Regering van de Duitstalige Gemeenschap ‘zur Abänderung des Erlasses der Regierung vom 22. Mai 2014 über die Dienste und andere Formen der Kinderbetreuung und des Erlasses der Regierung vom 22. Mai 2014 über die selbstständigen Tagesmütter/-väter’

‡LW-CHDSOEFEI-GCJIHVT‡

Op 12 februari 2018 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Gezin, Gezondheid en Sociale Aangelegenheden van de Duitstalige Gemeenschap verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een ontwerp van besluit van de Regering van de Duitstalige Gemeenschap ‘zur Abänderung des Erlasses der Regierung vom 22. Mai 2014 über die Dienste und andere Formen der Kinderbetreuung und des Erlasses der Regierung vom 22. Mai 2014 über die selbstständigen Tagesmütter/-väter’.

Het ontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 8 maart 2018. De kamer was samengesteld uit Wilfried VAN VAERENBERGH, staatsraad, voorzitter, Chantal BAMPS en Wouter PAS, staatsraden, Michel TISON en Johan PUT, assessoren, en Greet VERBERCKMOES, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Rein THIELEMANS, eerste auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 14 maart 2018.

*

‡LW-CHDSOEFEI-GCJIHVT‡

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 strekt ertoe diverse wijzigingen aan te brengen in het besluit van de Regering van 22 mei 2014 ‘betreffende de kinderopvangdiensten en andere vormen van kinderopvang’ en in het besluit van de Regering van 22 mei 2014 ‘betreffende de zelfstandige onthaalouders’.

Het ontworpen besluit heeft uitwerking met ingang van 1 januari 2018, met uitzondering van sommige artikelen die uitwerking hebben met ingang van 1 januari 2017, 1 juli 2017 of 1 oktober 2017 en sommige artikelen die in werking treden op de dag van bekendmaking van het ontworpen besluit.

3. De artikelen 1 tot 38 van het ontwerp, die het besluit van de Regering van 22 mei 2014 ‘betreffende de kinderopvangdiensten en andere vormen van kinderopvang’ wijzigen, vinden rechtsgrond in de artikelen 7, tweede lid, tweede zin, derde lid en vierde lid, 8, § 3, 2°, 9, tweede lid, en 12, tweede lid, 1°, 2° en 3°, van het decreet van 31 maart 2014 ‘betreffende de kinderopvang’.

De artikelen 39 tot 50 van het ontwerp, die het besluit van de Regering van 22 mei 2014 ‘betreffende de zelfstandige onthaalouders’ wijzigen, vinden rechtsgrond in de artikelen 7, tweede lid, tweede zin, en vierde lid, 9, tweede lid, en 12, tweede lid, 1°, 2° en 3°, van hetzelfde decreet.

VORMVEREISTEN

4. Gevraagd of de artikelen van de beide te wijzigen besluiten die de subsidiëring regelen en de artikelen van het ontwerp die betrekking hebben op de subsidiëring, werden aangemeld bij de Europese Commissie op grond van artikel 108, derde lid, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU), antwoordde de gemachtigde:

> “Nach Durchsicht der damaligen Dekret- und Erlassentwürfe kam man zu der Schlussfolgerung, dass eine Anmeldung gemäß Artikel 108 Absatz 3 AEUV nicht vonnöten war. Tatsächlich handelt es sich bei den verschiedenen Formen der Kinderbetreuung, die nicht durch die selbstständigen Tagesmütter/-väter angeboten werden, nach Einschätzung der Deutschsprachigen Gemeinschaft um ‚Dienstleistungen von Allgemeinem Wirtschaftlichen Interesse‘ (DAWI). Der Erlass vom 22. Mai 2014 sieht in der Tat jeweils als Bedingung für jegliche Bezuschussung vor, dass ein Sozialtarif vorgesehen sein muss. Auch wenn die Ausgleichsleistungen des Erlasses in der DG über den de-minimis-Beiträgen liegen, ohne jedoch den Betrag von jährlich 15 Mio. EUR zu

‡LW-CHDSOEFEI-GCIIHVT‡

> überschreiten (Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe a) des Beschlusses 2012/21/EU), so werden dennoch die weiteren Bedingungen des Beschlusses, der mitunter die Kriterien des Altmark-Urteils des EuGH übernimmt, eingehalten, sodass gemäß Artikel 3 des Beschlusses, keine Anmeldung erforderlich ist."

In advies 57.708/3 van 17 juli 2015 over een ontwerp dat heeft geleid tot het besluit van de Regering van 3 september 2015 'tot wijziging van het besluit van de Regering van 22 mei 2014 betreffende de kinderopvangdiensten en andere vormen van kinderopvang' heeft de Raad van State, afdeling Wetgeving, dienaangaande de volgende opmerking geformuleerd:

> "Opdat effectief tot vrijstelling van de aanmeldingsverplichting op grond van besluit 2012/21/EU van de Commissie zou kunnen worden besloten, dient evenwel voldaan te zijn aan alle voorwaarden bepaald in de artikelen 4 tot 9 van dat besluit. De stellers van het ontwerp dienen de bepalingen inzake de subsidiëring uit het decreet van 31 maart 2014 en uit het besluit van de Regering van de Duitstalige Gemeenschap van 22 mei 2014 (samen met het besluit van de Regering van de Duitstalige Gemeenschap van 22 mei 2014 'betreffende de zelfstandige onthaalouders'), alsmede uit het ontwerp, wat dit betreft door te lichten en eventueel aan te passen, dan wel alsnog tot aanmelding over te gaan.[1]"

In de adviezen 55.981/3 en 55.982/3 van 15 mei 2014 over de ontwerpen die hebben geleid tot de besluiten van de Regering van 22 mei 2014 respectievelijk betreffende de zelfstandige onthaalouders en betreffende de kinderopvangdiensten en andere vormen van kinderopvang, heeft de Raad van State, afdeling Wetgeving, opgemerkt dat eventueel kon worden nagegaan of het ontwerp van uitvoeringsbesluit voldeed aan de voorwaarden bepaald in verordening (EU) nr. 1407/2013 van de Commissie van 18 december 2013 'betreffende de toepassing van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op *de-minimis*steun' (hierna: *de-minimis*verordening) of in verordening (EU) nr. 360/2012 van de Commissie van 25 april 2012 'betreffende de toepassing van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op *de-minimis*steun verleend aan diensten van algemeen economisch belang verrichtende ondernemingen' in welk geval het ontwerp zou zijn vrijgesteld van aanmelding.[2]

In zoverre dat de gemachtigde aanvoert dat de vormen van kinderopvang geregeld in het eerste te wijzigen besluit, diensten van algemeen economisch belang (DAEB) zijn, en onder het besluit 2012/21/EU van de Commissie van 20 december 2011 'betreffende de toepassing van artikel 106, lid 2, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst, verleend aan bepaalde met het beheer van diensten van algemeen economisch belang belaste ondernemingen', het zogenaamde

---

[1] *Voetnoot 4 van het geciteerde advies:* In dit verband dient te worden opgemerkt dat een aanmelding op grond van artikel 15, lid 7, van richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 'betreffende diensten op de interne markt' niet gelijk te stellen is met een aanmelding op grond van artikel 108, lid 3, van het VWEU.

[2] Met betrekking tot het besluit van de Regering van 10 december 2015 'tot wijziging van het besluit van de Regering van 22 mei 2014 betreffende de kinderopvangdiensten en andere vormen van kinderopvang' werd geen advies gegeven. Adv.RvS 60.585/3 over een ontwerp dat heeft geleid tot het besluit van 19 januari 2017 'tot wijziging van het besluit van de Regering van 22 mei 2014 betreffende de kinderopvangdiensten en andere vormen van kinderopvang en het besluit van de Regering van 22 mei 2014 betreffende de zelfstandige onthaalouders', bevatte geen wijzigingen aan de bepalingen inzake de subsidiëring.

‡LW-CHDSOEFEI-GCIIHVT‡

DAEB-vrijstellingsbesluit, vallen, moet worden opgemerkt dat opdat een subsidiëring effectief onder de vrijstelling van aanmeldingsverplichting kan vallen, aan alle voorwaarden bepaald in het genoemde besluit dient te zijn voldaan.

Wat de artikelen van het ontwerp betreft die wijzigingen aanbrengen inzake de subsidiëring van kinderopvang door zelfstandige onthaalouders, is de gemachtigde van oordeel dat deze vorm van kinderopvang niet valt te beschouwen als DAEB. Bijgevolg kan een vrijstelling van de aanmeldingsplicht enkel mogelijk zijn voor zover voldaan is aan de voorwaarden bedoeld in de *de-minimis*verordening.

Het staat aan de stellers van het ontwerp om na te gaan of de ontworpen regeling al naar gelang het geval voldoet aan de voorwaarden bepaald enerzijds in het DAEB-vrijstellingsbesluit, anderzijds in de *de-minimis*verordening, in welk geval ze zou zijn vrijgesteld van aanmelding.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

ALGEMENE OPMERKING

5.1. De bepalingen van het ontwerp die erkenningsvoorwaarden regelen, dienen te worden getoetst aan richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 ‘betreffende diensten op de interne markt’ (hierna: dienstenrichtlijn), meer bepaald aan de artikelen 10 tot 12, 14 en 15 ervan en de erin opgenomen erkenningsprocedure aan artikel 13 van die richtlijn en aan de overeenkomstige bepalingen van het dienstendecreet van 15 maart 2010. Het ontwerp dient eveneens te worden getoetst aan de artikelen 16 tot 21 van de dienstenrichtlijn en aan de overeenkomstige bepalingen van het dienstendecreet.[3]

De gemachtigde geeft dienaangaande de volgende toelichting:

> “Es wird auf die Stellungnahme verwiesen, die dem Staatsrat bei der Überprüfung des Erlasses der Regierung vom 22. Mai 2014 übermittelt wurde (siehe Gutachten Nr. 55.982/3, in dem auch auf das Gutachten Nr. 48.162/3 verwiesen wird). Die Deutschsprachige Gemeinschaft ist weiterhin der Meinung, dass die Dienste der Kinderbetreuung, mit Ausnahme der selbstständigen Tagesmütter/-väter, in den Anwendungsbereich der Ausnahmeregelung gemäß Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe j) der Dienstleistungsrichtlinie 2006/123/EG fallen.
>
> Dieser Standpunkt wurde dem Staatsrat bereits in der Vergangenheit mitgeteilt.
>
> Da sich in der Zwischenzeit keine neuen Elemente ergeben haben, die Zweifel an dem damaligen Standpunkt vorbringen würden, soll an dieser Position festgehalten werden.”

In zijn toelichting voegt de gemachtigde geen nieuwe elementen toe die niet reeds vroeger naar aanleiding van de adviesaanvragen over de ontwerpen van besluit die geleid hebben tot de besluiten van de Regering van 22 mei 2014 respectievelijk betreffende de

[3] *Cfr*. adv.RvS 55.981/3 en 55.982/3 van 15 mei 2014 en 57.708/3 van 17 juli 2015 voor wat betreft de toepasselijkheid van de dienstenrichtlijn en de vereiste toetsing.

‡LW-CHDSOEFEI-GCIIHVT‡

kinderopvangdiensten en andere vormen van kinderopvang en betreffende de zelfstandige onthaalouders, werden aangevoerd.

5.2. In zoverre dat de ontworpen regeling betrekking heeft op kinderopvangvoorzieningen door zelfstandige onthaalouders, dient vooreerst te worden opgemerkt dat in artikel 1 van het besluit van de Regering van 22 mei 2014 'betreffende de zelfstandige onthaalouders' wordt bepaald dat het besluit voorziet in de gedeeltelijke omzetting van de dienstenrichtlijn. In advies 55.981/3 van 15 mei 2014 over een ontwerp van besluit dat heeft geleid tot voornoemd besluit, heeft de Raad van State, afdeling Wetgeving, met verwijzing naar advies 54.213/3 van 31 oktober 2013[4] en naar het daarin aangehaalde arrest C-57/12 van het Hof van Justitie van 11 juli 2013[5] opgemerkt dat alle dienstverrichters in de kinderopvang, met inbegrip van louter particuliere dienstverrichters die niet kunnen worden geacht "door de staat te zijn gemachtigd", onder het toepassingsgebied van de dienstenrichtlijn vallen.

5.3. In zoverre dat de ontworpen regeling betrekking heeft op kinderopvangdiensten en andere vormen van kinderopvang, geldt nog steeds de conclusie uit advies 55.982/3 van 15 mei 2014 over een ontwerp dat heeft geleid tot het besluit van de Regering van 22 mei 2014 'betreffende de kinderopvangdiensten en andere vormen van kinderopvang':

> "Het is bijgevolg weinig aannemelijk dat andere vormen van kinderopvang dan die verstrekt door zelfstandige onthaalouders, per definitie niet onder de dienstenrichtlijn zouden vallen. De diensten verricht door particuliere dienstverrichters die niet geacht kunnen worden 'door de staat te zijn gemachtigd' (en het loutere gegeven van erkend te zijn om een bepaalde activiteit te mogen uitoefenen, op grond van een door de overheid ingevoerde erkenningsverplichting, volstaat niet om te besluiten dat de dienstverrichter door de staat is gemachtigd), vallen wel degelijk onder het toepassingsgebied van de dienstenrichtlijn."

5.4. De erkenningsvoorwaarden dienen bijgevolg te worden getoetst aan de artikelen 10 tot 12, 14 en 15 van de dienstenrichtlijn en de erin opgenomen erkenningsprocedure aan artikel 13 van die richtlijn en aan de overeenkomstige bepalingen van het dienstendecreet van 15 maart 2010. Het ontwerp dient eveneens te worden getoetst aan de artikelen 16 tot 21 van de dienstenrichtlijn en aan de overeenkomstige bepalingen van het dienstendecreet.

---

[4] Adv.RvS 54.213/3 van 31 oktober 2013 over een voorontwerp dat geleid heeft tot het decreet van 31 maart 2014 'betreffende de kinderopvang', *Parl.St.* D.Parl. 2013-14, nr. 209/1.

[5] HvJ 11 juli 2013, C-57/12, *vzw Fédération des maisons de repos privées de Belgique (Femarbel)*. 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, wat de aard van de uitgeoefende activiteit betreft, moet het 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 (punt 43), en, anderzijds, wat de status van de verrichter van de diensten betreft, moet 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 machtigingssbesluit bestaat waarbij een particuliere dienstverrichter duidelijk en transparant met de door hem uit te voeren socialedienstverplichting wordt belast (punten 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 (punt 49).

‡LW-CHDSOEFEI-GCJIHVT‡

6. In de ontworpen artikelen 91, § 4 en 108.1, § 2, van het besluit van de Regering van 22 mei 2014 ‘betreffende de kinderopvangdiensten en andere vormen van kinderopvang’ (artikelen 13 en 17 van het ontwerp) wordt het ontbreken van een beslissing binnen de gestelde termijn gelijkgesteld met een weigering respectievelijk van de goedkeuring van een uitbreiding van het aantal plaatsen van de crèche en van de aanvraag betreffende de locaties voor buitenschoolse opvang.

Zoals de Raad van State, afdeling Wetgeving, er reeds meerdere malen heeft op gewezen, dient het procedé van de stilzwijgende weigeringsbeslissing te worden afgeraden. Stilzwijgende beslissingen worden immers gekenmerkt door het ontbreken van een formele motivering, waardoor aan de betrokkenen een waarborg wordt ontnomen. Het procedé is daarenboven niet bevorderlijk voor de rechtszekerheid, al was het maar omdat een schriftelijke beslissing ontbreekt en de stilzwijgende beslissing niet op dezelfde wijze zal worden medegedeeld of bekendgemaakt als gewone beslissingen, met alle daarmee gepaard gaande gevolgen voor de kenbaarheid en de aanvechtbaarheid van dergelijke beslissingen. Bovendien is het invoeren van een systeem van stilzwijgende weigeringsbeslissing moeilijk verzoenbaar met de beginselen van behoorlijk bestuur nu erdoor de mogelijkheid wordt gecreëerd dat beslissingen tot stand komen zonder zorgvuldige voorbereiding en afweging van alle betrokken belangen.

Het procedé van het stilzwijgende negatieve advies in het ontworpen artikel 91, § 4, van voornoemd besluit van de Regering van 22 mei 2014 (artikel 13 van het ontwerp) heeft voornamelijk als nadeel dat geen voorafgaande beoordeling over de aanvraag heeft plaatsgevonden en bijgevolg de vraag zich opdringt in hoeverre de minister zonder deze voorbereidende inzichten met kennis van zaken over de aanvraag zal kunnen beslissen.

De genoemde bepalingen worden derhalve het best herbekeken.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

Aanhef

7. De aanhef dient in overeenstemming te worden gebracht met hetgeen *sub* 3 in verband met de rechtsgrond is opgemerkt.

In het eerste lid van de aanhef dient een verwijzing naar de artikelen 7, tweede lid, tweede zin, derde lid en vierde lid, en 12, tweede lid, 1°, 2° en 3°, van het decreet van 31 maart 2014 te worden toegevoegd.

Artikel 14

8. Er dient te worden geschreven “artikel 93, § 1, eerste lid,” in plaats van “artikel 93, eerste lid”.

‡LW-CHDSOEFEI-GCJIHVT‡

Artikel 23

9. Om tegemoet te komen aan de opmerking onder randnummer 3.1.6 in het advies 55.982/3 van 15 mei 2014, waarbij werd benadrukt dat de artikelen zelf zo moeten worden geredigeerd dat erbij een regel wordt opgelegd aan de erkende dienst voor onthaalouders, en niet aan de aangesloten onthaalouders zelf, dient het ontworpen artikel 124 van het besluit van de Regering van 22 mei 2014 te worden geredigeerd als volgt:

"De dienst voor onthaalouders zorgt ervoor dat de aangesloten onthaalouders de kinderen opvangen overeenkomstig het opvangconcept van de dienst voor onthaalouders vermeld in artikel 59."

Artikel 51

10. Met uitzondering van de artikelen genoemd in artikel 51, 4°, van het ontwerp treden alle bepalingen van het ontwerp in werking met terugwerkende kracht (op 1 januari 2018 of 1 januari 2017 of 1 juli 2017 of 1 oktober 2017).

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 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.

De bepalingen van het ontwerp die het bedrag van een subsidie verlagen of die het bedrag van een vergoeding verlagen, kunnen niet met terugwerkende kracht genomen worden omdat ze nadelig zijn voor de rechtsonderhorigen of verkregen situaties aantasten.

De bepalingen van het ontwerp die nieuwe erkenningsvoorwaarden of nieuwe verplichtingen opleggen, kunnen niet met terugwerkende kracht worden genomen omdat rechtsonderhorigen niet geacht kunnen worden de voorwaarden of verplichtingen al te hebben toegepast op een moment dat de voorwaarden of verplichtingen nog niet waren bekendgemaakt. Dit geldt des te meer aangezien de niet-naleving van hoofdstuk 2 van het decreet van 31 maart 2014 strafbaar is gesteld door artikel 18 van het decreet, gelet op het verbod van retroactiviteit van de strafwet, gewaarborgd bij artikel 7 van het Europees Verdrag over de rechten van de mens en artikel 15 van het Internationaal Verdrag inzake burgerlijke en politieke rechten.

Hierop gewezen, antwoordde de gemachtigde:

"Wir haben die Bemerkung zur Kenntnis genommen und werden Artikel 51 anpassen. Dabei werden wir das Prinzip, dass rückwirkende Bestimmungen keine nachteilige Situation, weder für die Dienstleister noch für die Familien darstellen dürfen, beachten."

‡LW-CHDSOEFEI-GCJIHVT‡

In zoverre de gemachtigde met zijn toelichting bedoelt dat artikel 51 van het ontwerp derwijze zal worden aangepast dat rekening zal worden gehouden met het principe dat de retroactiviteit betrekking heeft op een regeling die, met inachtneming van het gelijkheidsbeginsel, geen nadelige gevolgen met zich meebrengt, kan met die aanpassing van het ontwerp worden ingestemd.

11. Gevraagd naar de bijzondere redenen om in artikel 51, 4°, van het ontwerp af te wijken van de overeenkomstig artikel 53, vierde lid, van de wet van 31 december 1983 ‘tot hervorming der instellingen voor de Duitstalige Gemeenschap’, gewone regel van inwerkingtreding van besluiten van de Regering (tien dagen na bekendmaking), antwoordde de gemachtigde:

> “Artikel 51 wird angepasst. Es wird nicht von dem gewohnten Termin des Inkrafttretens (10 Tage nach Bekanntmachung) abgewichen werden, mit Ausnahme der unter Artikel 51 Nummer 1-3 des Entwurfs erwähnten Artikel, die zu einem früheren Zeitpunkt in Kraft treten (dies unter Berücksichtigung des oben unter Frage 6.1. genannten Prinzips).”

Met deze toelichting kan worden ingestemd.

DE GRIFFIER DE VOORZITTER

Greet VERBERCKMOES Wilfried VAN VAERENBERGH

‡LW-CHDSOEFEI-GCJIHVT‡