



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 65.838/1

van 6 mei 2019

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse minister van Welzijn, Volksgezondheid en Gezin ‘tot wijziging van het ministerieel besluit van 23 april 2014 tot uitvoering van het Subsidiebesluit van 22 november 2013, wat betreft het opvragen van gegevens over de flexibele openingstijden en dringende kinderopvang en wat betreft het individuele verminderde tarief voor tienermoeders, en tot wijziging van het ministerieel besluit van 25 november 2016 tot uitvoering van het Vergunningsbesluit van 22 november 2013, wat betreft de kwalificaties’

Op 2 april 2019 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Welzijn, Volksgezondheid en Gezin verzocht binnen een termijn van dertig dagen, verlengd tot 6 mei 2019, een advies te verstrekken over een ontwerp van ministerieel besluit ‘tot wijziging van het ministerieel besluit van 23 april 2014 tot uitvoering van het Subsidiebesluit van 22 november 2013, wat betreft het opvragen van gegevens over de flexibele openingstijden en dringende kinderopvang en wat betreft het individuele verminderde tarief voor tienermoeders, en tot wijziging van het ministerieel besluit van 25 november 2016 tot uitvoering van het Vergunningsbesluit van 22 november 2013, wat betreft de kwalificaties’.

Het ontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 25 april 2019. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Wilfried VAN VAERENBERGH en Wouter PAS, staatsraden, Michel TISON, assessor, en Helena KETS, toegevoegd griffier.

Het verslag is uitgebracht door Reinhilde THIELEMANS, eerste auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 6 mei 2019.

*

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 beperkt tot 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.

2. Het om advies voorgelegde ontwerp van ministerieel besluit wijzigt enerzijds het ministerieel besluit van 23 april 2014 ‘tot uitvoering van het Subsidiebesluit van 22 november 2013’¹, teneinde het aan te passen aan de invoering van de subsidie voor dringende opvangplaatsen en de subsidie voor ruimere openingsmomenten² en aan de invoering van de regel dat de financiële bijdrage van het gezin in het kader van het systeem inkomenstarief voor het gezin van een minderjarige pleegmoeder overeenstemt met het laagst mogelijke inkomenstarief³. Daarnaast worden de regels inzake de berekening van het inkomenstarief vervat in artikel 25 van het Subsidiebesluit aangepast.

Het ontwerp wijzigt anderzijds het ministerieel besluit van 25 november 2016 ‘tot uitvoering van het Vergunningsbesluit van 22 november 2013’⁴, wat betreft het vereisen van een vertaling in het Nederlands van documenten die worden voorgelegd met het oog op de erkenning van beroepskwalificaties van onderdanen van andere EU-lidstaten, wat betreft de opleidingstitels en bekwaamheidsattesten die in aanmerking komen om te voldoen aan de kwalificatievereisten voor de verantwoordelijke van de kinderopvang en voor de kinderbegeleider en wat betreft de actieve kennis van het Nederlands in hoofde van de verantwoordelijke en de kinderbegeleider.

3.1. Artikel 1 van het ontwerp vindt rechtsgrond in artikel 9, derde lid, van het Subsidiebesluit en die bepaling vindt rechtsgrond in artikel 10, 1° en 3°, van het decreet van 20 april 2012 ‘houdende de organisatie van kinderopvang van baby’s en peuters’, gelezen in samenhang met artikel 12, § 1, tweede lid, van hetzelfde decreet.

Artikel 2 van het ontwerp vindt rechtsgrond in artikel 34, § 3, van het Subsidiebesluit, dat op zijn beurt rechtsgrond vindt in artikel 8, § 3, eerste lid, 1°, van het decreet van 20 april 2012.

¹ Het Subsidiebesluit van 22 november 2013 is het besluit van de Vlaamse Regering van 22 november 2013 ‘houdende de subsidies en de eraan gekoppelde voorwaarden voor de realisatie van specifieke dienstverlening door gezinsopvang en groepsopvang van baby’s en peuters’.

² Zie het besluit van de Vlaamse Regering van 9 november 2018 ‘tot wijziging van het Subsidiebesluit van 22 november 2013, wat betreft flexibele openingstijden en dringende kinderopvang’.

³ Zie het decreet van 23 maart 2018 ‘houdende wijziging van artikel 8 van het decreet van 20 april 2012 houdende de organisatie van kinderopvang van baby’s en peuters, wat betreft de invoering van het laagste tarief van de ouderbijdrage voor kinderopvang voor kinderen van minderjarige tienermoeders’ en het besluit van de Vlaamse Regering van 22 februari 2019 ‘tot wijziging van het Subsidiebesluit van 22 november 2013, voor wat betreft de openingsdagen, de verhoging van de onkostenvergoeding voor kinderbegeleider gezinsopvang, het inkomenstarief en het realiseren van het groeipad en tot opheffing van het besluit van de Vlaamse Regering van 14 december 2018 tot toekenning van een eenmalige subsidie in 2018 voor de informatisering in het kader van de kinderopvangtoeslag’.

⁴ Het Vergunningsbesluit van 22 november 2013 is 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’.

Artikel 3 van het ontwerp vindt rechtsgrond in artikel 34, § 3, van het Subsidiebesluit, dat zelf rechtsgrond vindt in artikel 8, § 3, eerste lid, 1°, van het decreet van 20 april 2012. Dit veronderstelt wel dat artikel 34, § 1, 4°, reeds is ingevoegd in het Subsidiebesluit. Die invoeging gebeurt door het besluit van de Vlaamse Regering van 22 februari 2019 (vermeld in voetnoot 3), met inwerkingtreding op 1 juli 2018. Dit is dezelfde dag als deze waarop artikel 3 van het ontwerp in werking moet treden (zie verder *sub* 4) en waarop ook het (eveneens in voetnoot 3 vermelde) decreet van 23 maart 2018 dat artikel 8, § 1, van het decreet van 20 april 2012 wijzigt, in werking treedt. Er moet dus over worden gewaakt dat de inwerkingtreding van artikel 3 van het ontwerp wordt aangepast zoals bij artikel 6 wordt voorgesteld (zie *sub* 4).

3.2.1. Artikel 4 van het ontwerp wijzigt artikel 14 van het ministerieel besluit van 25 november 2016.

Zoals de Raad van State, afdeling Wetgeving, in het verleden heeft opgemerkt, is er evenwel geen rechtsgrond voorhanden voor artikel 14 van het ministerieel besluit van 25 november 2016, en dus evenmin voor de wijziging ervan.⁵

Het Vergunningsbesluit bevat immers geen uitdrukkelijke delegatie aan de minister om de richtlijn 2005/36/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 september 2005 ‘betreffende de erkenning van beroepskwalificaties’ (de beroepskwalificatierichtlijn) wat betreft de kinderopvang om te zetten, onder meer door het invoeren van een systeem van erkenning van beroepskwalificaties en in het toevertrouwen in het raam hiervan van taken aan Kind en Gezin. Hierbij dient eraan te worden herinnerd dat een minister enkel beschikt over de hem uitdrukkelijk toegewezen bevoegdheden, en niet over een algemene uitvoeringsbevoegdheid zoals de Vlaamse Regering die wel heeft op grond van artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’. Daarenboven dienen delegaties aan een minister beperkt te blijven tot het regelen van aangelegenheden van bijkomstige of detailmatige aard.

De artikelen 9 tot 16 van het ministerieel besluit van 25 november 2016 (dit waren de artikelen 7 tot 14 van ontwerp waarover de Raad van State het advies 60.032/3 heeft uitgebracht), alsmede bijlage 1 bij het besluit (waarnaar wordt verwezen in de artikelen 9, tweede lid, 1°, en 13, derde lid, 1°, en vierde lid, van het ministerieel besluit) ontberen dan ook rechtsgrond.

3.2.2. In het reeds vermelde advies 60.032/3 werd erop gewezen dat ofwel de beroepskwalificatierichtlijn in zijn geheel moest worden omgezet voor wat betreft de kinderopvang, ofwel een beroep kon worden gedaan op de in voorbereiding zijnde regeling die zou leiden tot het decreet van 24 februari 2017 ‘tot gedeeltelijke omzetting van richtlijn 2005/36/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 september 2005 betreffende de erkenning van beroepskwalificaties’, eventueel gecombineerd met specifieke bepalingen voor de sector van de kinderopvang.

⁵ Adv.RvS 60.032/3 van 19 oktober 2016 over een ontwerp dat heeft geleid tot het ministerieel besluit van 25 november 2016 ‘tot uitvoering van het Vergunningsbesluit van 22 november 2013’.

De Raad van State merkte op:

“5. In opmerking 3.3 is vastgesteld dat er geen afdoende rechtsgrond bestaat voor de artikelen 7 tot 14 van het ontworpen besluit. Desalniettemin kan reeds het volgende worden opgemerkt omtrent de wijze waarop de beroepskwalificatierichtlijn zou kunnen worden omgezet wat de kinderopvang betreft.

De gemachtigde verschaft de volgende toelichting over de omzetting van de genoemde richtlijn:

‘De termijnen voor omzetting van de betreffende richtlijn zijn reeds verstreken. Het horizontale decreet, dat de omzetting van de richtlijn voor Welzijn regelt, is er nog niet, waardoor geen uitvoering gegeven kan worden aan dat decreet, wat betreft kinderopvang. Er wordt voor geopteerd om de omzetting toch al te implementeren voor kinderopvang, via onderhavig MB dat kwalificatie regelt, in afwachting van de uitvoering van het horizontale decreet, om zo toch al een rechtsgrond te hebben voor de behandeling van die aanvragen van burgers. Eens het horizontale decreet in werking treedt, zal in een BVR definitief uitvoering gegeven worden aan dat decreet.

De redenering is dus dat voorliggend ontwerp van MB tijdelijk de omzetting moet vormen van de richtlijn in afwachting van de uitvoering van het horizontale decreet. Er is daarbij voor gekozen om enkel de voor kinderopvang relevante bepalingen van de richtlijn in het MB over te nemen, waarbij we er van uitgaan dat een verwijzing naar de richtlijn in deze fase volstaat.’

Indien men de beroepskwalificatierichtlijn, op grond van artikel 6, § 5, van het decreet van 20 april 2012, gelezen in samenhang met artikel 6, § 1, 4°, van hetzelfde decreet, specifiek beoogt om te zetten in een besluit van de Vlaamse Regering wat betreft de beroepen van verantwoordelijke en van kinderbegeleider in de kinderopvang van baby's en peuters, zoals geregeld bij het decreet van 20 april 2012, volstaat het evenwel niet bepalingen op te nemen inzake een procedure voor het indienen en het behandelen van een schriftelijke verklaring (in geval van tijdelijk en incidenteel werken als verantwoordelijke of als kinderbegeleider) en een procedure voor de erkenning van beroepskwalificaties (in geval van vestiging), maar moeten alle bepalingen van de genoemde richtlijn die van toepassing zijn op de genoemde beroepen worden omgezet.(...)

Ook moet worden onderzocht of die omzetting niet eveneens dient te gebeuren ten aanzien van andere personen werkzaam in de kinderopvang, zoals de organisatoren van de kinderopvang.

Wanneer men, zodra het decreet ‘tot gedeeltelijke omzetting van richtlijn 2005/36/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 september 2005 betreffende de erkenning van beroepskwalificaties’(...) tot stand is gekomen, een beroep zou willen doen op de in dat decreet (en zijn uitvoeringsbesluiten) vervatte algemene regeling, zoals de gemachtigde in het vooruitzicht stelt, dient te worden nagegaan of, en zo ja in hoeverre, er dan nog specifieke bepalingen voor de sector van de kinderopvang noodzakelijk zijn.”

Gevraagd naar de mogelijke toepassing van het decreet van 24 februari 2017 ‘tot gedeeltelijke omzetting van richtlijn 2005/36/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 september 2005 betreffende de erkenning van beroepskwalificaties’, antwoordt de gemachtigde:

“Het klopt dat ondertussen deze bepalingen van het decreet van kracht zijn. Anderzijds biedt het M.B. wel duidelijkheid over wat de bevoegde autoriteit, zijnde

Opgroeien Regie, als documenten vraagt voor te leggen. Het decreet voorziet immers in een aantal mogelijkheden voor de bevoegde Vlaamse autoriteit, zoals vb. in art. 18 van het decreet, waarbij het M.B. van 25 november 2016 verduidelijkt van welke mogelijkheden gebruik gemaakt werden.”

Artikel 5, § 3, van het decreet van 24 februari 2017 bepaalt dat als voor een bepaald gereguleerd beroep in een rechtsinstrument van het Vlaamse Gewest of de Vlaamse Gemeenschap een andere specifieke regeling die in rechtstreeks verband staat met de erkenning van beroepskwalificaties, is vastgesteld, de overeenkomstige bepalingen van dit decreet niet van toepassing zijn.

Gelet op het feit dat er geen voldoende rechtsgrond voorhanden is voor de artikelen 9 tot 16 van het ministerieel besluit van 25 november 2016 moeten de stellers van het ontwerp deze specifieke regeling opheffen, zodat het decreet van 24 februari 2017 zal worden toegepast.

Indien men de huidige regeling, vervat in de artikelen 9 tot 16 van het ministerieel besluit van 25 november 2016, wil behouden en aanpassen, zoals in het voorliggende ontwerp, zal dit in beginsel moeten gebeuren in de vorm van een besluit van de Vlaamse Regering en zal de regeling moeten worden aangepast teneinde te voorzien in een volledige omzetting van de beroepskwalificatierichtlijn.

3.3. De rechtsgrond voor artikel 5, 1° tot 10°, van het ontwerp wordt geboden door artikel 40, § 2, eerste lid, 5°, van het Vergunningsbesluit en de rechtsgrond voor artikel 5, 11°, van het ontwerp ligt in artikel 43, § 2, eerste lid, 4°, a), van het Vergunningsbesluit. De rechtsgrond voor artikel 5, 12°, van het ontwerp wordt gevormd door de artikelen 40, § 2, eerste lid, 3°, en 43, § 3, van het Vergunningsbesluit.

De genoemde bepalingen van het Vergunningsbesluit vinden zelf rechtsgrond in artikel 6, § 1, 4°, a) en b), en artikel 6, § 5, van het decreet van 20 april 2012.

3.4. De verwijzing naar de artikelen in de eerste drie aanhefbepalingen moet worden aangepast aan hetgeen in verband met de rechtsgrond werd opgemerkt.

4. Artikel 6 van het ontwerp bepaalt de inwerkingtreding van het ontwerpbesluit.

De gemachtigde geeft in dit verband volgende toelichting:

“Artikel 2, 1°, heeft uitwerking met ingang van 1 januari 2015. De terugwerkende kracht wordt gehandhaafd omdat er eerst een fout bedrag stond. Het betreft een juridisch-technische rechtzetting om voor die bepaalde periode het juiste bedrag in te schrijven. Dit bedrag werd in de praktijk echter steeds correct toegepast, het ministerieel besluit wordt hierbij in overeenstemming gebracht.

Artikel 2, 2° heeft uitwerking vanaf 1 januari 2018. Verder bouwend op het foutieve bedrag uit artikel 2, 1° bleek ook hier een verkeerd bedrag te zijn ingeschreven in het ministerieel besluit van 23 april 2014. Dit bedrag werd in de praktijk echter steeds correct toegepast, het ministerieel besluit wordt hierbij in overeenstemming gebracht.

De inwerkingtreding van artikel 1 dient in overeenstemming met de inwerkingtreding van het Besluit van de Vlaamse Regering van 9 november 2018 tot wijziging van het Subsidiebesluit van 22 november 2013, wat betreft flexibele openingstijden en dringende kinderopvang, op 1 januari 2019 te worden gebracht. Ingevolge het advies van de Raad van State kan deze aanpassing worden doorgevoerd.

De verwijzing naar artikel 2, 3° is niet correct en moet een verwijzing zijn naar artikel 3. Deze wijziging zal in gevolge het advies van de Raad van State worden doorgevoerd.

De inwerkingtreding wordt in overeenstemming gebracht met de inwerkingtreding van het decreet van 23 maart 2018 houdende wijziging van artikel 8 van het decreet van 20 april 2012 houdende de organisatie van kinderopvang van baby's en peuters, wat betreft de invoering van het laagste tarief van de ouderbijdrage voor kinderopvang voor kinderen van minderjarige tienermoeders. De toekenning van het laagst mogelijke inkomenstarief aan deze categorie van rechtsonderhorigen, is in hun voordeel.”

Met de door de gemachtigde voorgestelde wijzigingen inzake de inwerkingtreding kan worden ingestemd. Artikel 1 moet aldus uitwerking hebben op 1 januari 2019 i.p.v. op 1 januari 2018 en het artikel dat uitwerking heeft met ingang van 1 juli 2018 is niet artikel 2, 3°, maar artikel 3 van het ontwerp.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Helena KETS

Marnix VAN DAMME