



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 61.180/3
van 15 mei 2017

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot wijziging van het Subsidiebesluit van 22 november 2013 en van het Subsidiebesluit Buitenschoolse Opvang van 16 mei 2014, wat betreft het systeem inkomenstarief’

Op 20 maart 2017 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 17 mei 2017, een advies te verstrekken over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot wijziging van het Subsidiebesluit van 22 november 2013 en van het Subsidiebesluit Buitenschoolse Opvang van 16 mei 2014, wat betreft het systeem inkomenstarief’.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 2 mei 2017. De kamer was samengesteld uit Jan SMETS, staatsraad, voorzitter, Jeroen VAN NIEUWENHOVE en Koen MUYLLE, staatsraden, Bruno PEETERS, assessor, en Annemie GOOSSENS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Rein THIELEMANS, eerste auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 15 mei 2017.

*

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 ontwerpbesluit van de Vlaamse Regering strekt tot wijziging van het Subsidiebesluit van 22 november 2013¹ (hierna: Subsidiebesluit) en het Subsidiebesluit Buitenschoolse Opvang van 16 mei 2014².

De wijzigingen aan het eerstgenoemde besluit hebben betrekking op de wijze van uitbetaling van de subsidies (artikel 1), de invoeging van een aantal artikelen ertoe strekkende om bij wijze van experiment aan een aantal organisatoren van kinderopvang die een subsidie voor inkomenstarief ontvangen, toe te laten om ook met “vrije plaatsen” te werken (artikel 2), een aantal aspecten van de regels inzake het bepalen van het inkomenstarief (artikelen 3 tot 9) en houden ten slotte een rechtzetting in van een overgangsbepaling (artikel 10).

De wijzigingen aan het laatstgenoemde besluit betreffen de subsidie voor het inkomenstarief buitenschoolse opvang (artikelen 11 tot 13).

Het te nemen besluit heeft uitwerking met ingang van 1 april 2017, met uitzondering van de artikelen 1, 3 en 8 ervan, die uitwerking hebben met ingang van 1 januari 2016 en artikel 11 ervan, dat uitwerking heeft met ingang van 1 januari 2017 (artikel 14).

3.1. De artikelen 1 tot 10 van het ontworpen besluit strekken tot uitvoering van een aantal bepalingen van het decreet van 20 april 2012 ‘houdende de organisatie van kinderopvang van baby’s en peuters’.

3.1.1. Artikel 1 van het ontworpen besluit, dat strekt tot de vervanging van artikel 9 van het Subsidiebesluit en betrekking heeft op de wijze van uitbetaling van de subsidies, betreft een bepaling die van toepassing is op alle subsidies geregeld in het Subsidiebesluit. Het kan derhalve rechtsgrond vinden in de artikelen 7, tweede lid, en 12, § 1, tweede lid, van het decreet van 20 april 2012.³

¹ 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 Besluit van de Vlaamse Regering van 16 mei 2014 ‘houdende de subsidievoorwaarden voor buitenschoolse gezinsopvang en groepsopvang’.

³ Al wordt de Vlaamse Regering in die bepalingen zeer in het algemeen gemachtigd de “nadere regels” voor de erin vermelde subsidies te bepalen, wat neerkomt op een in herinnering brengen van de algemene uitvoeringsbevoegdheid waarover de Vlaamse Regering reeds beschikt op grond van artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’ (zie adv.RvS 49.958/1/V van 2 augustus 2011 over een voorontwerp dat geleid heeft tot het decreet van 20 april 2012, opmerking 38, *Parl.St.* VI.Parl. 2011-12, nr. 1395/1, (105) 135), kan toch worden aangenomen dat deze bevoegdheid het uitwerken van een regeling voor de uitbetaling van de subsidies kan

3.1.2. Artikel 2 van het ontworpen besluit, dat strekt tot de invoeging van de artikelen 27/1 tot 27/6 in het Subsidiebesluit teneinde het in opmerking 2, tweede alinea, omschreven experiment te kunnen organiseren,⁴ zou volgens de aanhef van het ontworpen besluit rechtsgrond moeten vinden in artikel 8, § 3, eerste lid, 1^o, van het decreet van 20 april 2012.⁵ Krachtens die bepaling stelt de Vlaamse Regering de nadere regels vast voor de prijs van de kinderopvang voor de gezinnen in het raam van de subsidie bedoeld in artikel 8 van het decreet van 20 april 2012, dit is de subsidie voor de realisatie van kinderopvang waarvoor de gezinnen betalen op basis van het inkomen en voor de realisatie van de toegang tot de kinderopvang voor gezinnen die beantwoorden aan kenmerken die bij voorrang betrekking hebben op de werksituatie, de financiële situatie, de gezinssamenstelling en de aanwezigheid van pleegkinderen (de zogenaamde subsidie voor inkomenstarief).

Er valt evenwel niet in te zien hoe op grond van artikel 8, § 3, eerste lid, 1^o, van het decreet van 20 april 2012, dat te situeren valt binnen de regels voor de subsidie voor inkomenstarief, experimenten kunnen worden geregeld waarvoor, zoals blijkt uit het ontworpen artikel 27/1, eerste lid, tweede zin, en door de gemachtigde wordt bevestigd, geen inkomenstarief geldt.

Hierover ondervraagd, verklaarde de gemachtigde dat artikel 2 van het ontworpen besluit geen rechtsgrond vindt in artikel 8, § 3, eerste lid, 1^o, van het decreet van 20 april 2012, maar wel in artikel 14 ervan. Luidens dit artikel kan de Vlaamse Regering nadere regels bepalen om vernieuwende projecten inzake kinderopvang die niet onder de toepassing van de bepalingen van het decreet van 20 april 2012 vallen, te organiseren en te laten subsidiëren door het intern verzelfstandigd agentschap met rechtspersoonlijkheid Kind en Gezin (hierna: Kind en Gezin).

In de memorie van toelichting bij het ontwerp dat heeft geleid tot het decreet van 20 april 2012⁶ wordt betreffende de delegatie aan de Vlaamse Regering in artikel 14 van dat decreet het volgende vooropgesteld:

“Dit artikel biedt een juridische basis voor het ontwikkelen van vernieuwende projecten inzake kinderopvang, die voortdurende vernieuwing en optimalisering van het kinderopvanglandschap mogelijk maken.

Het moet gaan om projecten rond ‘kinderopvang’. Dit wordt ruim omschreven zodat allerhande vernieuwingen waar nodig vorm kunnen krijgen. Zo zou het bv. kunnen gaan om een nieuwe soort vergunningsvoorwaarde, een nieuwe soort sanctionering en dergelijke.

omvatten, met inbegrip van een voorschottenregeling. Om betwisting daaromtrent te vermijden, verdient het evenwel aanbeveling om een uitdrukkelijke delegatiebepaling in het decreet van 20 april 2012 op te nemen.

⁴ De gemachtigde verschaft de volgende toelichting bij de bestaande regel en het in te voeren experiment: “Traditioneel werd om reden van administratieve aard (moeilijk om gesubsidieerde en niet gesubsidieerde plaatsen uit elkaar te houden, twee soorten contracten), de mogelijke effecten (bij IKT) op de sociale mix (wie komt op IKT en wie op vrije prijs?) en vragen omtrent concurrentie met niet IKT voorzieningen in de onmiddellijke omgeving de huidige regel gehandhaafd. Het experiment moet uitwijzen of de knelpunten effectief zijn en waar mogelijke oplossingen zijn. Om die reden wordt het experiment beperkt gehouden, met slechts tien locaties.”

⁵ Het in het eerste lid van de aanhef vermelde artikel heeft in het geheel geen uitstaans met artikel 2 van het ontworpen besluit.

⁶ *Parl.St.* VI.Parl. 2011-12, nr. 1395/1, 49.

In sommige gevallen kan voor de realisatie van een vernieuwend project subsidie noodzakelijk zijn. Dit artikel biedt hiertoe dan de basis.

Eens projecten, zoals georganiseerd door de Vlaamse Regering, positief geëvalueerd worden en ervoor geopteerd wordt om ze structureel in het kinderopvanglandschap in te passen, zal de regelgeving moeten aangepast worden.”

Uit deze toelichting blijkt dat de delegatie aan de Vlaamse Regering vervat in artikel 14 van het decreet van 20 april 2012 een ruim toepassingsgebied heeft,⁷ zodat kan worden aangenomen dat dit artikel rechtsgrond kan bieden voor artikel 2 van het ontworpen besluit.

3.1.3. De artikelen 3 tot 10 van het ontworpen besluit vinden rechtsgrond in artikel 8, § 3, eerste lid, 1°, van het decreet van 20 april 2012, onder voorbehoud van wat volgt.

3.1.3.1. Artikel 8, 2°, van het ontworpen besluit strekt tot de vervanging van artikel 36, tweede lid, van het Subsidiebesluit door een bepaling waarvan de eerste twee zinnen louter een herhaling zijn van artikel 8, § 3, derde lid, eerste en tweede zin, van het decreet van 20 april 2012.

Het overnemen in een lagere regeling van bepalingen van een hogere regeling dient te worden vermeden. Niet alleen is een dergelijke werkwijze op het normatieve vlak overbodig aangezien ze geen nieuwe norm tot stand brengt, maar bovendien kan ze tot verwarring leiden over de precieze aard van het in de lagere regeling opgenomen voorschrift en kan ze er inzonderheid aanleiding toe zijn dat later uit het oog verloren wordt dat alleen de hogere regelgever het betrokken voorschrift kan wijzigen. Het overnemen van decretale bepalingen in een besluit van de Vlaamse Regering kan dan ook alleen maar worden gedoogd in zoverre zulks noodzakelijk is voor de leesbaarheid van het besluit, in welk geval een uitdrukkelijke verwijzing naar de betrokken decreetsbepaling het geëigende middel zal zijn om de aard van de betrokken bepaling herkenbaar te houden (“overeenkomstig artikel ... van het decreet van ...”).

De overname van de eerste twee zinnen van artikel 8, § 3, derde lid, van het decreet van 20 april 2012 is in dit geval niet noodzakelijk zo in de derde zin van de ontworpen bepaling wordt aangegeven op welk geval de bepaling van het juiste inkomenstarief door Kind en Gezin betrekking heeft.

3.1.3.2. Met de derde en de vierde zin van het ontworpen artikel 36, tweede lid, van het Subsidiebesluit (artikel 8, 2°, van het ontwerp) wordt uitvoering gegeven aan de delegatie die is vervat in artikel 8, § 3, derde lid, derde zin, van het decreet van 20 april 2012.

3.1.3.3. Artikel 8, 3°, van het ontworpen besluit strekt tot de invoeging van twee leden in artikel 36 van het Subsidiebesluit die erop neerkomen dat een ander soort gevolg wordt gegeven dan bepaald in artikel 8, § 3, derde lid, van het decreet van 20 april 2012 aan het niet verstrekken van de correcte gegevens die nodig zijn voor de berekening van de prijs van de kinderopvang of aan het niet meedelen van een wijziging van die gegevens. In plaats van het juiste inkomenstarief te bepalen, wordt immers het maximumtarief opgelegd. Artikel 8, § 3, derde lid, tweede zin, van het decreet van 20 april 2012 biedt evenwel geen ruimte om andere gevolgen te bepalen dan diegene die erin vermeld zijn.

⁷ Zie hierover adv.RvS 49.958/1/V van 2 augustus 2011, *l.c.*, 140, opmerking 52.

De gemachtigde verwijst dienaangaande evenwel naar artikel 12, § 1, tweede lid, van het decreet van 20 april 2012. De delegatie in die bepaling om de “nadere regels voor de subsidies”⁸ te bepalen, laat evenwel niet toe in te gaan tegen een uitdrukkelijke decreetsbepaling.

Hierop gewezen, verschafte de gemachtigde de volgende toelichting:

“Wij zijn er van overtuigd dat we niet afwijken van de gestelde decreetbepaling uit art. 8, § 3, derde lid, tweede zin van het decreet van 20 april 2012. De twee leden die worden toegevoegd betreffen het juiste inkomenstarief voor de toekomst. Indien een contracthouder nalatig is met de juistheid van gegevens of het vernieuwen van een attest (wat gelijk staat aan het niet meedelen van een wijziging in gegevens), maar toch verder gebruik wenst te maken van de kinderopvang, dient er een attest inkomenstarief ter beschikking te zijn. Deze situeert zich zoals alle andere attesten inkomenstarief tussen het regelgevend bepaald minimum- en maximumtarief.

De contracthouder heeft op basis van correcte gegevens of een nieuw attest de kans om zijn tarief in die regelgevende vork te laten vast stellen. Indien hij dit niet doet en foute gegevens doorgeeft of nieuwe gegevens/een nieuw attest niet doorgeeft, dient het juiste inkomenstarief toch te worden bepaald, dat zich tussen deze vork bevindt.

Aangezien de contracthouder nalaat correcte gegevens of nieuwe attestering te voorzien, kan hem niet het voordeel van een lager tarief dan het maximumtarief worden toegekend. Het juiste tarief in deze is dan ook het maximumtarief. Er wordt hiermee geen boetesysteem of dergelijke ingevoerd dat de geldende tarieven overschrijdt, maar zoals decretaal bepaald wordt het, op basis van niet correcte gegevens, enig mogelijk vast te stellen juiste inkomenstarief voor de toekomst bepaald, met name het maximumtarief. Verdere delegatie op basis van art. 12/1, tweede lid (...) is dan ook eigenlijk niet nodig.”

Het is evenwel de vraag of het in de in het ontworpen artikel 36, derde lid, van het Subsidiebesluit bedoelde gevallen steeds onmogelijk is het juiste inkomenstarief voor de toekomst te bepalen. Wanneer dit wel mogelijk is doordat de correcte gegevens op een andere manier bekend zijn, dient het juiste inkomenstarief te worden toegepast en niet automatisch het maximale.

Het ontworpen artikel 36, derde lid, van het Subsidiebesluit dient derhalve te worden herbekeken.

3.2. De artikelen 11 tot 13 van het ontworpen besluit vinden rechtsgrond in artikel 12 van het decreet van 30 april 2004 ‘tot oprichting van het intern verzelfstandigd agentschap met rechtspersoonlijkheid Kind en Gezin’. Luidens dat artikel kan de Vlaamse Regering in het raam van de taken van Kind en Gezin, die zijn vermeld in de artikelen 5 tot 8 van hetzelfde decreet, nadere regels bepalen betreffende de normen en de voorwaarden om initiatieven toe te staan of te subsidiëren, met dien verstande dat de toelatings- of erkenningsbeslissing bij Kind en Gezin berust. In dit geval betreft het een taak bepaald in artikel 6 van het decreet van 30 april 2004.

3.3. Voor het opleggen van taken aan Kind en Gezin is er bijkomend rechtsgrond in artikel 8, § 2, van het decreet van 30 april 2004, gelezen in samenhang met artikel 6 van hetzelfde decreet.

⁸ Zie hieromtrent voetnoot 3.

VORMVEREISTEN

4. Er werd volgens de gemachtigde om de volgende reden geen advies gevraagd aan de Strategische Adviesraad voor het Vlaamse Welzijns-, Gezondheids-en Gezinsbeleid met toepassing van artikel 4, § 2, 2°, van het decreet van 7 december 2007 ‘houdende de oprichting van de Strategische Adviesraad voor het Vlaamse Welzijns-, Gezondheids- en Gezinsbeleid en van een Adviescommissie voor Voorzieningen van Welzijn, Volksgezondheid en Gezin en (Kandidaat-)pleegzorgers’:

“Er werd geen advies gevraagd aan de Strategische Adviesraad omdat het besluit een experiment bevat dat nog te evalueren is, en bepalingen die een rechtzetting betekenen vanuit de praktijk/enkel technische bepalingen. Het besluit is dus niet van strategisch belang, aangezien er bijvoorbeeld met betrekking tot het experiment geen algemene toepassing voorzien wordt op dit ogenblik.”

Wat artikel 2 van het ontwerp betreft, kan ermee worden ingestemd dat, aangezien het gaat om een experiment bij een beperkt aantal organisatoren, nog geen fundamentele beleidskeuzes worden gemaakt en dat bijgevolg de advisering door de genoemde raad niet vereist is. Dit zou wel moeten gebeuren indien de experimentele regeling in een definitieve regeling zou worden omgezet.

ALGEMENE OPMERKINGEN

5. In het ontworpen artikel 27/4 van het Subsidiebesluit (artikel 2 van het ontwerp) en in het ontworpen artikel 36/1 van dat besluit (artikel 9 van het ontwerp) wordt gewag gemaakt van administratieve richtlijnen van Kind en Gezin.

Volgens de gemachtigde zullen de richtlijnen bedoeld in het eerstgenoemde artikel enkel praktische toepassingsrichtlijnen zijn en is het niet de bedoeling een verordenende bevoegdheid te verlenen aan Kind en Gezin. In de richtlijnen bedoeld in het laatstgenoemde artikel zal worden bepaald dat de gezinnen via de organisator fouten op het attest inkomenstarief moeten melden, en niet rechtstreeks aan Kind en Gezin.

Voor zover de eerstgenoemde administratieve richtlijnen beperkt blijven tot praktische aspecten van aangelegenheden die in het decreet van 20 april 2012 of de uitvoeringsbesluiten ervan worden geregeld, bestaat geen bezwaar tegen een optreden van Kind en Gezin.

De laatstgenoemde richtlijnen zouden niet kunnen afwijken van wat bepaald is in het ontworpen artikel 36/1 van het Subsidiebesluit. Er dient in dat artikel zelf te worden bepaald dat de contracthouder fouten meldt aan Kind en Gezin via de organisator.

6. Sommige bepalingen van het ontwerp impliceren dat persoonsgegevens, waaronder financiële gegevens, worden verwerkt door de organisator en door Kind en Gezin, zoals toegelaten bij artikel 24, eerste lid, 1°, en tweede lid, 1°, van het decreet van 20 april 2012.

Ook de openbare centra voor maatschappelijk welzijn zullen persoonsgegevens dienen te verwerken bij de uitvoering van hen bij het te nemen besluit toevertrouwde taken. Er is evenwel geen uitdrukkelijke bepaling in het decreet van 20 april 2012 waarbij de verwerking van de betrokken persoonsgegevens door die centra wordt geregeld. Men mag evenwel aannemen dat artikel 8, § 3, tweede lid, van dat decreet impliceert dat de openbare centra voor maatschappelijk welzijn ook persoonsgegevens mogen verwerken aangezien zonder deze verwerking geen beslissing kan worden genomen over een vermindering van de prijs van de kinderopvang.

Het verdient niettemin aanbeveling artikel 24 van het decreet van 20 april 2012 wat dit betreft aan te vullen.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

Aanhef

7. In het eerste lid van de aanhef dient tevens melding te worden gemaakt van artikel 8, § 2, van het decreet van 30 april 2014.⁹
8. In het tweede lid van de aanhef dienen tevens de artikelen 7, tweede lid, 8, § 3, derde lid, 12, § 1, tweede lid, en 14 van het decreet van 20 april 2012 te worden vermeld.

Artikel 1

9. Het derde lid van het ontworpen artikel 9 van het Subsidiebesluit strekt tot het verlenen van een delegatie aan de Vlaamse minister bevoegd voor bijstand aan personen (hierna: de minister) om de nadere regels te bepalen “onder meer de gegevens die de organisator aan Kind en Gezin moet bezorgen en de manier waarop de voorschotten en het saldo worden berekend”.

Volgens de gemachtigde zal op grond van die delegatie het volgende worden bepaald:

- “- De hoogte van het voorschot, (95% van de geraamde subsidie)
- Dat er een bijkomend voorschot kan worden gevraagd en hoe
- Wanneer het voorschot wordt betaald: In de eerste maand van elk kwartaal, behalve ...
- Hoe en met welke elementen de raming van de subsidie gebeurt waarmee het voorschot wordt berekend
- Wat als er geen gegevens beschikbaar zijn over het voorgaande periode
- Dat er voor één van de subsidies geen voorschot wordt betaald, nl. voor de subsidie voor individuele inclusieve opvang.”

⁹ En eventueel van artikel 6, in samenhang waarmee artikel 8, § 2, in dit geval dient te worden gelezen.

Een delegatie aan een minister kan enkel betrekking hebben op bijkomstige of detailmatige aangelegenheden, wat impliceert dat die aangelegenheden exhaustief moeten worden vermeld.

Dat er voor de subsidie voor individuele inclusieve opvang geen voorschot wordt betaald, moet in de ontworpen bepaling zelf worden bepaald aangezien de minister niet zou kunnen afwijken van het ontworpen artikel 9, eerste lid, van het Subsidiebesluit.

Artikel 14

10. De artikelen 2, 4 tot 7, 9, 10, 12 en 13 van het te nemen besluit hebben uitwerking met ingang van 1 april 2017. De artikelen 1, 3 en 8 hebben uitwerking met ingang van 1 januari 2016. Artikel 11 heeft uitwerking met ingang van 1 januari 2017.

De gemachtigde verschafte de volgende toelichting bij de terugwerkende kracht:

“De datum 1 april wordt aangehouden, aangezien het experiment op deze datum wordt geacht in te gaan.

De terugwerking tot 1 januari 2016 is nodig omdat het OCMW sinds 1 januari 2016 zelf attesten kan afleveren, en algemeen om de nodige rechtsgrond te bieden voor de bestaande praktijk, in het belang van de gezinnen.”

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 waarbij, met inachtneming van het gelijkheidsbeginsel, voordelen worden toegekend 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.

De stellers van het ontwerp dienen per artikel van het ontwerp na te gaan of aan de genoemde voorwaarden voldaan is. Voor de artikelen die niet louter begunstigend zijn in vergelijking met de huidige regeling, waarin nieuwe verplichtingen zijn vervat of die zich uit hun aard zelf niet lenen tot retroactiviteit, dient de terugwerkende kracht achterwege te worden gelaten. Dit is alvast het geval met de procedurele bepaling vervat in het ontworpen artikel 27/1, tweede lid, van het Subsidiebesluit en met de ontworpen artikelen 27/2 tot 27/5 van het Subsidiebesluit, die ertoe strekken verplichtingen op te leggen aan de betrokken organisatoren van kinderopvang.¹⁰

¹⁰ Tevens dient in het ontworpen artikel 27/1, achtste lid, van het Subsidiebesluit de datum van 1 april 2017 te worden vervangen door een in de toekomst liggende datum, zodat de terugwerkende kracht die aan die bepaling wordt verleend, doelloos wordt.

11. Onverminderd de vorige opmerking, schrijve men in de eerste zin van artikel 14 van het ontwerp “heeft uitwerking met ingang van” in plaats “treedt in werking op”.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Annemie GOOSSENS

Jan SMETS