

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 45.810/3
VAN 3 FEBRUARI 2009

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, derde kamer, op 9 januari 2009 door de Vlaamse minister van Welzijn, Volksgezondheid en Gezin verzocht haar, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering "houdende de voorwaarden inzake financiële ondersteuning van zelfstandige opvangvoorzieningen", heeft het volgende advies gegeven:

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 besluit van de Vlaamse Regering strekt ertoe de regels te bepalen betreffende de subsidiëring van zelfstandige onthaalouders, zelfstandige kinderdagverblijven en zelfstandige buitenschoolse opvangvoorzieningen die beschikken over een attest van toezicht ¹.

De zelfstandige onthaalouders, de zelfstandige kinderdagverblijven en de zelfstandige buitenschoolse opvangvoorzieningen kunnen een financiële ondersteuning krijgen voor inclusieve opvang, dit is opvang van kinderen met een specifieke zorgbehoefte. De voorwaarden en de procedure om die financiële ondersteuning te krijgen worden vastgesteld door de Vlaamse minister, bevoegd voor de bijstand aan personen (hierna: de minister) (artikelen 3 en 4).

Daarnaast kunnen de zelfstandige kinderdagverblijven en de zelfstandige buitenschoolse opvangvoorzieningen een jaarlijkse financiële basisondersteuning en een jaarlijkse financiële ondersteuning flexibele opvang, dit is opvang buiten de gewone uren en dagen, krijgen. Het ontwerp bepaalt het bedrag van die subsidies en de voorwaarden (artikelen 5 tot 13 en 14 tot 18), de procedure voor het aanvragen en het toekennen van de subsidies, en de regels inzake de uitbetaling, de stopzetting en de terugvordering van de subsidies (artikelen 19 tot 25).

⁽¹⁾ De regeling betreffende het attest van toezicht is opgenomen in het ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering houdende de regeling van het attest van toezicht voor zelfstandige opvangvoorzieningen, waarover de Raad van State heden advies 45.812/3 geeft.

Ten slotte bevat het ontwerp een aantal slotbepalingen, waaronder een bepaling die de inwerkingtreding van het besluit dat thans in ontwerpvorm voorligt, vaststelt op 1 januari 2009 (artikelen 26 tot 31).

Het ontwerp is bedoeld om in de plaats te komen van het besluit van de Vlaamse Regering van 23 maart 2007 houdende de voorwaarden inzake financiële ondersteuning van zelfstandige opvangvoorzieningen, dat wordt opgeheven.

3.1. Volgens de aanhef dient de rechtsgrond voor het ontworpen besluit te worden gezocht in artikel 13, § 1, van het decreet van 30 april 2004 tot oprichting van het intern verzelfstandigd agentschap met rechtspersoonlijkheid Kind en Gezin.

Luidens dat artikel 13, § 1, kan het intern verzelfstandigd agentschap Kind en Gezin (hierna: Kind en Gezin) voor het realiseren van zijn doelstellingen, al of niet binnen het raam van de regels, vermeld in artikel 12, alle mogelijke activiteiten van welke aard ook ontwikkelen, opzetten en realiseren. Die paragraaf bevat echter geen machtiging aan de Vlaamse Regering om bepaalde zaken te regelen en kan dan ook geen rechtsgrond bieden.

3.2. De rechtsgrond voor het merendeel van de bepalingen van het ontworpen besluit kan wel worden gevonden in artikel 12 van het decreet van 30 april 2004, naar luid waarvan de Vlaamse Regering wordt gemachtigd om, binnen het raam van de taken van Kind en Gezin, vermeld in de artikelen 5 tot 8 ervan, de nadere regels te bepalen met betrekking tot de normen en de voorwaarden om initiatieven toe te staan of te subsidiëren, "met dien verstande dat de toelatings- en/of erkenningsbeslissing bij het agentschap berust".

Voor de bepalingen van het ontworpen besluit die opdrachten toekennen aan Kind en Gezin, wordt de rechtsgrond geboden door artikel 8, § 2, van het decreet van 30 april 2004, waarbij de Vlaamse Regering wordt gemachtigd om binnen het raam van de missie en de taken van Kind en Gezin specifieke opdrachten aan Kind en Gezin toe te wijzen, gelezen in samenhang met de artikelen 5 en 6 van dat decreet.

3.3. Uit het voormelde advies 45.812/3 blijkt dat er geen rechtsgrond aanwezig is om een regeling betreffende het attest van toezicht uit te werken. Bijgevolg kan het voorliggende ontworpen besluit dan ook niet in ongewijzigde vorm doorgang vinden, aangezien erin is bepaald dat de voorzieningen die in aanmerking komen voor de financiële ondersteuning, moeten beschikken over een attest van toezicht.

Indien de stellers van het ontwerp de ontworpen subsidieregeling toch wensen te behouden, kunnen zij de voorwaarden die in het ontwerp 45.812/3 zijn bepaald voor het bekomen van het attest van toezicht, wel opnemen als voorwaarden voor het bekomen van de in het voorliggende ontwerp voorziene financiële ondersteuning.

ALGEMENE OPMERKING

4. Volgens de ontworpen regeling komen enkel de zelfstandige kinderdagverblijven en de zelfstandige buitenschoolse opvangvoorzieningen voor de financiële basisondersteuning en de financiële ondersteuning flexibele opvang in aanmerking, doch niet de zelfstandige onthaalouders.

Hierover om toelichting gevraagd, heeft de gemachtigde geantwoord:

"zelfstandige onthaalouders hebben recht op een gelijkaardige basisondersteuning, geregeld in een ander BVR ^[2], en dat laatste BVR is ook van toepassing op aangesloten onthaalouders (via diensten voor onthaalouders); de flexibele ondersteuning wordt volledig gekoppeld aan de basisondersteuning; een gelijke vergoeding tussen groepsopvang en gezinsopvang is verder te verantwoorden vanuit de andere kostenstructuur die de verschillende soorten opvang kennen".

⁽²⁾ Later heeft de gemachtigde meegedeeld dat het besluit van de Vlaamse Regering van 14 december 2001 betreffende de vergoeding van installatiekosten aan opvanggezinnen wordt bedoeld.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

Aanhef

5. In het eerste lid van de aanhef dient de verwijzing naar artikel 13, § 1, van het decreet van 30 april 2004 te worden weggelaten, aangezien deze paragraaf geen rechtsgrond biedt voor het ontworpen besluit. In de plaats daarvan dient te worden verwezen naar de artikelen 8, § 2, en 12 van dat decreet.

6. Aangezien thans om advies wordt gevraagd met toepassing van artikel 84, § 1, eerste lid, 1/, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, dienen het vijfde en het zesde lid van de aanhef te worden vervangen door het volgende lid:

"Gelet op advies 45.810/3 van de Raad van State, gegeven op 3 februari 2009, met toepassing van artikel 84, § 1, eerste lid, 1/, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;"

Artikel 4

7. Luidens artikel 4 worden de voorwaarden en de procedure om de financiële ondersteuning inclusieve opvang te verkrijgen, bepaald door de minister.

Die delegatie van verordenende aard is veel te ruim. De voorwaarden en de essentiële elementen van de procedure³ dienen in het ontworpen besluit zelf te worden bepaald. Aan de minister kan slechts worden overgelaten om dienaangaande aangelegenheden van bijkomstige of detailmatige aard te regelen.

⁽³⁾ Zo zal bijvoorbeeld in het ontwerpbesluit dienen te worden bepaald door wie de beslissing zal worden genomen en of hiertegen nog een beroep kan worden ingesteld.

Artikel 9

8. In artikel 9, eerste lid, wordt bepaald dat een persoon die de verantwoordelijkheid draagt voor de begeleiding van de kinderen, dient te beschikken over een door de minister "erkend" kwalificatiebewijs.

Indien die bepaling ertoe strekt aan de minister terzake bevoegdheid van verordenende aard te verlenen, dient dit uitdrukkelijk te worden bepaald.

Artikel 10

9. Luidens artikel 10 dienen alle verantwoordelijken van de opvangvoorziening kennis te hebben van het Nederlands en kan die kennis blijken uit het kwalificatiebewijs of kan dit worden bewezen via een taalexamen of een taaltest vastgelegd door de minister.

Artikel 24 van het decreet van 30 april 2004 luidt:

"Opdat een voorziening erkend of gesubsidieerd kan worden, dient al het personeel in dienst van de voorziening een grondige kennis van het Nederlands te hebben.

Deze kennis blijkt uit het diploma of studiegetuigschrift van het genoten onderwijs.

Als de in het eerste lid bedoelde persoon geen diploma of getuigschrift kan voorleggen, zal zijn grondige kennis van het Nederlands worden bewezen door een examen als bedoeld in artikel 53 van de bij koninklijk besluit van 18 juli 1966 gecoördineerde wetten op het gebruik van de talen in bestuurszaken."

Nu uit dit artikel blijkt dat de decreetgever in deze aangelegenheid zelf het vereiste van de taalkennis heeft geregeld, en dit uitdrukkelijk als een erkennings- of subsidievoorwaarde voor voorzieningen heeft bepaald, komt het de Vlaamse Regering niet toe, met toepassing van artikel 12 van het decreet van 30 april 2004, het toepassingsgebied van artikel 24 ervan verder uit te breiden. Artikel 10 van het ontwerp moet dan ook worden weggelaten.

.../...

Artikel 20

10. Naar luid van artikel 20 dienen het zelfstandig kinderdagverblijf en de zelfstandige buitenschoolse opvangvoorziening de financiële ondersteuning aan te vragen volgens de richtlijnen van Kind en Gezin, met het aanvraagformulier "opgesteld door Kind en Gezin".

In het ontwerp wordt nergens bepaald welke gegevens aan Kind en Gezin moeten worden meegedeeld. Aldus wordt het aan Kind en Gezin, dat een intern verzelfstandigd agentschap met rechtspersoonlijkheid is, overgelaten om dat op een algemene wijze te bepalen.

Met betrekking tot subdelegatie van verordenende bevoegdheid aan een openbare instelling dient eraan te worden herinnerd dat de Raad van State, afdeling wetgeving, er in het verleden al meermaals heeft op gewezen dat het toekennen van reglementaire bevoegdheid aan openbare instellingen of organen ervan, moeilijk in overeenstemming te brengen valt met de algemene principes van het Belgisch publiek recht, aangezien erdoor wordt geraakt aan het beginsel van de eenheid van de verordenende macht en terzake iedere rechtstreekse parlementaire controle ontbreekt. Verordeningen van die aard ontberen daarenboven de waarborgen waarmee de klassieke regelgeving gepaard gaat, zoals die inzake de bekendmaking en de preventieve controle van de afdeling wetgeving van de Raad van State.

Als er in het verleden al uitzonderingen op het delegatieverbod van reglementaire bevoegdheid aan openbare instellingen toelaatbaar werden geacht door de Raad van State, afdeling wetgeving, betrof het doorgaans delegaties met een beperkte draagwijdte en van een zodanig technische aard, dat ervan mocht worden uitgegaan dat de instellingen die de betrokken reglementering dienden toe te passen, ook het best geplaatst waren om deze met kennis van zaken uit te werken en de aldus gedelegeerde bevoegdheid uit te oefenen.

Er is slechts geen bezwaar tegen een bepaling die het aan Kind en Gezin overlaat om een formulier ter beschikking te stellen wanneer de gegevens die gemeld moeten worden, in het ontwerp zelf of eventueel op grond van een delegatie door de minister worden bepaald.

.../...

Artikel 25

11. In artikel 25 wordt bepaald dat de financiële ondersteuning verhoudingsgewijs wordt teruggevorderd, "als blijkt dat de financiële ondersteuning betaald werd voor een periode waarvoor niet aan de voorwaarden is voldaan".

Dat artikel 25 is een parafrasering van het bepaalde in artikel 57, eerste lid, 1/, van de wetten op de rijkscomptabiliteit, gecoördineerd op 17 juli 1991. Het geeft verkeerdelijk de indruk dan in de andere gevallen bepaald in het voornoemde artikel 57, eerste lid, geen terugvordering zal kunnen gebeuren.

Het decreet van 30 april 2004 bevat geen uitdrukkelijke rechtsgrond waarbij de Vlaamse Regering wordt gemachtigd om dergelijke regeling te bepalen. Bovendien zou met zulk een rechtsgrond de Vlaamse Regering enkel maar kunnen worden gemachtigd om, nader omschreven, strengere regels uit te vaardigen dan welke zijn vervat in de artikelen 55 tot 58 van de wetten op de rijkscomptabiliteit, gecoördineerd op 17 juli 1991, die op grond van artikel 71, § 1, van de bijzondere wet van 16 januari 1989 betreffende de financiering van de Gemeenschappen en de Gewesten nog steeds van toepassing zijn op de Vlaamse Gemeenschap.

Artikel 25 dient dan ook uit het ontwerp te worden weggelaten.

Artikel 28

12. Luidens artikel 28 kunnen de financiële basisondersteuning en de financiële ondersteuning flexibele opvang enkel worden toegekend "binnen de perken van de begroting". Dat artikel geeft verkeerdelijk de indruk dat zulks niet geldt voor de financiële ondersteuning inclusieve opvang.

Aangezien de voorziene subsidies slechts kunnen worden toegekend indien daarvoor kredieten zijn ingeschreven in de algemene uitgavenbegroting, dient in artikel 28 ook gewag te worden gemaakt van de financiële ondersteuning inclusieve opvang.

Artikel 30

13. Naar luid van artikel 30 treedt het besluit dat thans in ontwerpvorm voorligt, in werking op (lees: heeft uitwerking met ingang van) 1 januari 2009. Aldus wordt aan het besluit terugwerkende kracht verleend.

In dat verband moet worden opgemerkt dat het verlenen van terugwerkende kracht aan besluiten slechts onder bepaalde voorwaarden toelaatbaar kan worden geacht. Dat is het geval indien 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 goede werking van de diensten en daardoor, in beginsel, geen verkregen situaties worden aangetast.

Hierop gewezen, heeft de gemachtigde geantwoord:

"Het is de bedoeling de terugwerkende kracht te behouden. Bedoeling is om verhoogde financiële ondersteuning te geven met ingang van 1 januari 09. Het besluit mbt financiële ondersteuning steunt op het andere besluit mbt attest van toezicht. Gezien melding en attest van toezicht voorheen samen geregeld waren in een besluit, en nu afzonderlijk geregeld, lijkt ons een logische reden om ook dat besluit op 1 januari te laten ingaan. Er zijn geen nadelige effecten voor de rechtsonderhorigen. Als dit wel zo is, dan is een overgangsbepaling voorzien."

Gevraagd of de subsidieregeling in alle opzichten voordeliger is voor de voorzieningen dan hetgeen gold op grond van het voornoemde besluit van de Vlaamse Regering van 23 maart 2007 of dat er integendeel bepaalde voorwaarden of regels zijn die strenger zijn of meer verplichtingen opleggen, antwoordde de gemachtigde:

"enkel de voorwaarde van vorming (12 u ipv voorheen 8u) is een verzwarende; ook de diplomavereisten zijn aangepast, enerzijds soepeler en anderzijds strenger, maar daarvoor zijn overgangsbepalingen voorzien".

In zoverre de regeling strenger is, is de terugwerkende kracht op dat punt niet aanvaardbaar.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	J. SMETS,	staatsraad, voorzitter,
	B. SEUTIN, P. BARRA,	staatsraden,
	H. COUSY, J. VELAERS,	assessoren van de afdeling wetgeving,
Mevrouw	A.-M. GOOSSENS,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door Mevr. R. THIELEMANS, eerste auditeur.

DE GRIFFIER,

DE VOORZITTER,

A.-M. GOOSSENS

J. SMETS