

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 46.218/3
VAN 31 MAART 2009

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling Wetgeving, derde kamer, op 13 maart 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 regeling van inkomensgerelateerde opvang bij 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

2.1. Het om advies voorgelegde ontwerpbesluit strekt ertoe de voorwaarden te bepalen waaronder zelfstandige onthaalouders en zelfstandige kinderdagverblijven, die beschikken over een attest van toezicht en die voorschoolse opvang aanbieden, ten laste van het intern verzelfstandigd agentschap met rechtspersoonlijkheid Kind en Gezin (hierna: Kind en Gezin) een vergoeding kunnen ontvangen wanneer zij aan alle gezinnen inkomensgerelateerde opvang aanbieden en aan een aantal voorwaarden voldoen.

Het besluit dat thans in ontwerpvorm voorligt, komt in de plaats van het grotendeels gelijklopende besluit van de Vlaamse Regering van 13 februari 2009 houdende regeling van inkomensgerelateerde opvang bij zelfstandige opvangvoorzieningen, dat nog niet in het Belgisch Staatsblad is bekendgemaakt en dat wordt opgeheven.

2.2. Hoofdstuk I bevat een aantal definities (artikel 1) en bepaalt het toepassingsgebied van de ontworpen regeling (artikel 2).

In hoofdstuk II worden de voorwaarden bepaald waaraan de voorzieningen dienen te voldoen om voor de vergoeding in aanmerking te komen, op het vlak van de te vragen bijdragen (artikelen 3 tot 5), van open dienstverlening en voorrangsregeling (artikel 6), van taalkennis, bijscholing en kwaliteitsbewaking (artikelen 7 en 8) en van samenwerking met het coördinatiepunt voor vrije opvangplaatsen (artikel 9).

.../...

In hoofdstuk III wordt geregeld op welke wijze de voorzieningen een aanvraag moeten indienen (artikel 10) en wordt de wijze bepaald waarop Kind en Gezin over die aanvraag beslist (artikel 11).

Hoofdstuk IV bevat bepalingen met betrekking tot het zogenaamde "systeem", dit is de regeling die wordt gevolgd voor het berekenen van de financiële bijdrage van de gezinnen (artikelen 12 tot 16 en 18) en voor het uitbetalen van de vergoeding aan de voorzieningen (artikel 17).

In hoofdstuk V wordt bepaald op welke vergoedingen ten laste van Kind en Gezin de voorzieningen aanspraak kunnen maken, namelijk op een vaste vergoeding en een extra vaste vergoeding, die verschilt naargelang het gaat om een zelfstandig kinderdagverblijf (artikel 19), dan wel een zelfstandige onthaalouder (artikel 20), en op een eenmalige lanceringspremie (artikel 21).

In hoofdstuk VI worden een aantal bepalingen gegroepeerd die betrekking hebben op de financiële afwikkeling indien de voorziening niet meer kan (artikel 22) of wil (artikel 23) meewerken aan het systeem van inkomensgerelateerde opvang en op de financiële sanctie voor de gezinnen die valse verklaringen afleggen of niet tijdig de bewijsstukken voorleggen (artikel 24).

In hoofdstuk VII wordt in een klachtenprocedure voorzien, terwijl hoofdstuk VIII voorziet in een soort van georganiseerd willig beroep bij Kind en Gezin, voor de voorzieningen van wie de aanvraag is afgewezen.

Hoofdstuk IX bevat slotbepalingen, met onder meer een overgangsbepaling voor voorzieningen die in het "systeem" stappen (artikel 28) en een toezichtsregeling (artikel 33). De regeling treedt in werking op de dag van de bekendmaking ervan in het Belgisch Staatsblad (artikel 34).

3.1. Volgens de aanhef dient de rechtsgrond van het ontworpen besluit te worden gezocht in de artikelen 6, 12, 13 en 20, 9/, van het decreet van 30 april 2004 tot oprichting van het intern verzelfstandigd agentschap met rechtspersoonlijkheid Kind en Gezin.

De artikelen 6, 13 en 20, 9/, van dat decreet bevatten geen delegatie aan de Vlaamse Regering of geen delegatie die kan worden betrokken op het ontworpen besluit en kunnen derhalve op zich geen rechtsgrond vormen voor het ontworpen besluit.

3.2. De rechtsgrond voor het merendeel van de bepalingen van het ontworpen besluit kan 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 [Kind en Gezin] berust".

3.3. Voor de bepalingen van het ontworpen besluit waarbij opdrachten worden toegekend aan Kind en Gezin, namelijk de artikelen 6, derde lid, 11, 13, derde lid, 14, 16, 17, 19 tot 24, 26 en 33, eerste lid, van het ontworpen besluit, wordt daarenboven 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, §§ 1 en 2, van dat decreet.

3.4. Voor artikel 25 van het ontworpen besluit kan rechtsgrond worden gevonden in de algemene uitvoeringsbevoegdheid van de Vlaamse Regering, bedoeld in artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, gelezen in samenhang met artikel 9 van het decreet van 30 april 2004 naar luid waarvan Kind en Gezin "klachten tegen partners en door hen geregistreerde voorzieningen [moet] opnemen en behandelen".

3.5. Voor artikel 33, tweede lid, van het ontworpen besluit, voor zover het betrekking heeft op de Inspectie Welzijn, Volksgezondheid en Gezin, kan rechtsgrond worden gevonden in artikel 14, tweede en derde lid, van het decreet van 30 april 2004.

3.6. In zoverre de artikelen 10, 13, tweede lid, en 33, tweede en derde lid, van het ontwerp betrekking hebben op het meedelen van (identificatie- of administratieve) gegevens van de gezinnen van de opgevangen kinderen, hetgeen gegevens zijn die onder de toepassing vallen van het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer, is op

.../...

grond van artikel 22 van de Grondwet een voldoende uitgewerkte rechtsgrond vereist. Artikel 10, vijfde en zesde lid, van het decreet van 30 april 2004 kan hiervoor rechtsgrond bieden, voor zover de verwerking van de identificatiegegevens van de gezinnen noodzakelijk is om de taken bedoeld in de artikelen 5 en 6 van het decreet uit te voeren.

3.7. Uit artikel 1, 3/ en 4/, volgt dat de ontworpen regeling beperkt blijft tot zelfstandige voorzieningen "met een attest van toezicht". Wat betreft dit attest van toezicht wordt verwezen naar advies 45.812/3 van 3 februari 2009 van de Raad van State, afdeling Wetgeving, over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering "houdende de regeling van het attest van toezicht voor zelfstandige opvangvoorzieningen".

ALGEMENE OPMERKINGEN

4. In artikel 2, tweede lid, van het ontwerp wordt bepaald dat de toepassing van de inkomensgerelateerde opvang en van het "systeem" niet mogelijk is voor zelfstandige onthaalouders wat de opvang van de eigen kinderen betreft; *a contrario* vloeit hieruit voort dat de kinderen van een persoon die op zelfstandige basis een zelfstandig kinderdagverblijf uitbaat, niet kunnen vallen onder de inkomensgerelateerde opvang wanneer deze in dit kinderdagverblijf worden opgevangen; zo ook geniet een zelfstandige onthaalouder een inkomensgerelateerde opvang wanneer zijn kind wordt opgevangen door een andere zelfstandige onthaalouder.

Het is de Raad van State niet duidelijk of dit verschil in behandeling wel kan worden verantwoord in het licht van het grondwettelijke beginsel van de gelijkheid en de niet-discriminatie. De stellers van het ontwerp zullen het ontwerp op dit punt aan een nieuw onderzoek dienen te onderwerpen.

5. In de artikelen 3, 4 en 5 van het ontwerp wordt verwezen naar bepalingen van het ministerieel besluit van 17 maart 2008 tot bepaling van de financiële bijdrage van de gezinnen voor de opvang van kinderen in kinderdagverblijven en diensten voor onthaalouders.

Daardoor krijgt de betrokken minister onrechtstreeks de bevoegdheid om te bepalen welke de verschillende opvangkosten zijn, en in welke gevallen een sanctionerende vergoeding kan worden gevraagd.

Uit de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof, weliswaar ten aanzien van het verwijzen in een wettelijke bepaling naar een verordenende bepaling, lijkt te kunnen worden afgeleid dat een verwijzing naar een "lagere" rechtsnorm impliceert dat die norm in die zin dient te worden geïnterpreteerd dat wordt verwezen naar de "lagere" norm zoals hij van toepassing was op de datum van de totstandkoming van de "hogere" norm. Er anders over oordelen zou *in casu* met zich brengen dat de minister bij machte is om de draagwijdte van een besluit van de Vlaamse Regering te wijzigen, wat op gespannen voet zou komen te staan met het algemeen beginsel betreffende de hiërarchie der rechtsnormen ¹.

Het lijkt dan ook raadzaam om in het ontwerp zelf de bepalingen vervat in het ministerieel besluit vast te stellen, dan wel de voorwaarden te bepalen waaronder de bevoegde minister gemachtigd wordt om deze vast te stellen.

6. In verschillende bepalingen van het ontwerp wordt Kind en Gezin belast met een opdracht. Zo stelt Kind en Gezin het zelfevaluatie-instrument Ziko-Vo op (artikel 8, derde lid) en het aanvraagformulier (artikel 10).

¹Zie Grondwettelijk Hof, nr. 159/2008, 20 november 2008, B.4.2: "Wanneer de normatieve draagwijdte van een wettelijke norm, door verwijzing, wordt bepaald door wat in een koninklijk besluit is geregeld, dient die wettelijke norm in die zin te worden geïnterpreteerd dat wordt verwezen naar het koninklijk besluit zoals het van toepassing was op de datum van de bekrachtiging en de afkondiging door de Koning van de door de wetgevende Kamers aangenomen wettekst. Er anders over oordelen zou met zich meebrengen dat de Koning bij machte is om de draagwijdte van de wettelijke norm te wijzigen, wat op gespannen voet zou staan met het algemeen beginsel betreffende de hiërarchie der rechtsnormen. (...) " In dezelfde zin, Grondwettelijk Hof, nr. 126/2008, 1 september 2008, B.6.

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.

Zo zou er geen bezwaar bestaan 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. Nu evenwel die gegevens in het aanvraagformulier betrekking kunnen hebben op persoonsgegevens, dienen in artikel 10 van het ontwerp zelf die contactgegevens nader te worden omschreven.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

Aanhef

7. In de aanhef dient een lid, dat het eerste lid wordt, te worden ingevoegd waarin wordt verwezen naar artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980.

.../...

8. Het huidige eerste lid van de aanhef (dat het tweede lid wordt) dient te worden aangepast conform hetgeen is opgemerkt omtrent de rechtsgrond voor het ontworpen besluit.

9. Het besluit dat wordt vermeld in het huidige derde lid van de aanhef wordt niet gewijzigd, en de vermelding ervan is ook niet nodig voor een goed begrip van de ontworpen regeling. Dat lid dient dan ook te worden weggelaten.

Artikel 3

10. In artikel 3, tweede lid, van het ontwerp wordt bepaald dat de voorziening de gezinnen informeert over de belangrijkste principes op basis waarvan de bijdrage berekend wordt, en te dien einde de nodige bepalingen dient op te nemen in het contract met de gezinnen of in het huishoudelijk reglement.

Met het oog op de rechtszekerheid dienen deze "belangrijkste principes" nader te worden omschreven.

Artikel 6

11. In artikel 6, eerste lid, 5/, van het ontwerp wordt bepaald dat de voorziening haar dienstverlening openstelt voor alle kinderen maar voorrang verleent aan kinderen van wie een broertje of zusje in de voorziening wordt opgevangen.

Gelet op de diversiteit van mogelijke gezinssamenstellingen dienen de stellers van het ontwerp er over te waken dat de verwijzing naar "broertje of zusje" te verenigen valt met het grondwettelijke beginsel van de gelijkheid en de niet-discriminatie. De Raad van State, afdeling Wetgeving, geeft de stellers van het ontwerp daarom ter overweging om de term "leefeenheid" te gebruiken, zoals gedefinieerd in artikel II.1 van het decreet van 28 juni 2002 betreffende gelijke onderwijskansen-I.

Artikel 8

12. Luidens artikel 8 dienen de zelfstandige onthaalouders 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 Vlaamse minister, bevoegd voor de bijstand aan personen.

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 het toepassingsgebied van artikel 24 van het decreet van 30 april 2004 te wijzigen. Artikel 8 van het ontwerp moet dan ook worden weggelaten.

Artikelen 12 en 29

13. Luidens artikel 12 "wordt" voor de voorziening die een aanvraag heeft ingediend en bekomen "vanaf 16 februari 2009 gewerkt volgens het systeem". De tekst van die bepaling is overgenomen uit artikel 11 van de regeling waarvan de opheffing bij artikel 27 wordt beoogd.

De precieze draagwijdte van artikel 12, en in het bijzonder het temporele element ervan, is onduidelijk. Terwijl luidens artikel 34 van het ontwerp de regeling pas in werking treedt op de dag van de bekendmaking ervan in het Belgisch Staatsblad, volgt uit artikel 12 dat het "systeem" retroactief zal worden toegepast op elke voorziening,

.../...

ongeacht het tijdstip waarop zij in de regeling stapt. Volgens de gemachtigde is dat niet de bedoeling. Een dergelijke regeling zou trouwens onaanvaardbaar zijn, aangezien zowel aan de gezinnen als aan de voorzieningen verplichtingen zouden worden opgelegd die zij moesten nakomen op een ogenblik waarop zij nog niet konden weten dat zij aan die verplichtingen zouden zijn onderworpen.

De bepaling is bovendien overbodig. Het besluit dat thans in ontwerpvorm voorligt, komt immers in de plaats van het besluit van de Vlaamse Regering van 13 februari 2009, wat inhoudt dat alle voorzieningen die aan de vigerende regeling zijn onderworpen voor het verleden aan die regeling blijven onderworpen, ook al wordt daar in het huidige ontwerp niets over bepaald.

Het verdient dus aanbeveling om de woorden "vanaf 16 februari 2009" in artikel 12 te schrappen.

Om voormelde redenen dient ook artikel 29 te worden geschrapt.

Artikel 26

14. Met het oog op de rechtszekerheid verdient het aanbeveling dat de kennisgeving van de beslissing met een ter post aangetekende brief zou worden betekend ².

²Zie inzake rechtszekerheid en de *dies a quo* van een beroepstermijn bovendien de arresten nr. 170/2003 van 17 december 2003, nr. 166/2005 van 16 november 2005, nr. 34/2006 van 1 maart 2006, nr. 43/2006 van 15 maart 2006, nr. 85/2007 van 7 juni 2007 en nr. 123/2007 van 26 september 2007 van het Grondwettelijk Hof.

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 de H. B. STEEN, auditeur.

DE GRIFFIER,

DE VOORZITTER,

A.-M. GOOSSENS

J. SMETS