



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 59.292/3
van 24 mei 2016

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’

Op 19 april 2016 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 26 mei 2016, 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’.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 17 mei 2016. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Jan SMETS en Jeroen VAN NIEUWENHOVE, staatsraden, Jan VELAERS 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 24 mei 2016.

*

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 strekt tot wijziging van het ministerieel besluit van 23 april 2014 ‘tot uitvoering van het Subsidiebesluit van 22 november 2013’. De aanpassingen betreffen de wijze van indexering van het berekende inkomenstarief, het individueel verminderde inkomenstarief en de in het te wijzigen besluit vermelde bedragen, de uitbetaling van voorschotten inzake de subsidies, de saldoafrekening en de betaling of de terugvordering van het saldo, de mededeling van gegevens door de organisator van kinderopvang aan het intern verzelfstandigd agentschap met rechtspersoonlijkheid Kind en Gezin (hierna: Kind en Gezin) en de facturatie van het inkomenstarief.

Het te nemen besluit heeft uitwerking met ingang van 1 september 2015.

3.1. Het ontworpen ministerieel besluit vindt een rechtstreekse rechtsgrond in de artikelen 9, tweede lid, 10, tweede lid, 33, § 3, 34, § 3, 34/1, vierde lid, en 35, tweede lid, van 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’ (hierna: Subsidiebesluit).

3.2. De genoemde artikelen van het Subsidiebesluit vinden op hun beurt rechtsgrond in de artikelen 7, tweede lid, 8, § 3, 1°, 9, tweede lid, en 12, § 1, tweede lid, van het decreet van 20 april 2012 ‘houdende de organisatie van kinderopvang van baby's en peuters’.

VORMVEREISTEN

4. In de adviezen 53.682/3¹ en 57.704/3² werd erop gewezen dat kinderopvang een economische activiteit is of kan zijn en dat gelet daarop rekening moet worden gehouden met de regelgeving van de Europese Unie inzake staatssteun. Meer bepaald werd onderzocht of de ontworpen regelingen kunnen vallen onder de vrijstellingsregeling bedoeld in 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’, en werden wat dit laatste

¹ Adv.RvS 53.682/3 van 4 oktober 2013 over een ontwerp dat heeft geleid tot het Subsidiebesluit van 22 november 2013.

² Adv.RvS 57.704/3 van 14 juli 2015 over een ontwerp dat heeft geleid tot het besluit van de Vlaamse Regering van 9 oktober 2015 ‘tot wijziging van het Vergunningsbesluit van 22 november 2013, het Subsidiebesluit van 22 november 2013 en het Procedurebesluit van 9 mei 2014’.

betreft een aantal aanpassingen gesuggereerd. Het is slechts voor zover het Subsidiebesluit thans is aangepast aan de bij het besluit 2012/21/EU gestelde vereisten dat het ontworpen besluit, dat ertoe strekt nadere uitvoering te geven aan het Subsidiebesluit, van aanmelding bij de Europese Commissie is vrijgesteld.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Aanhef

5. De aanhef dient te worden aangepast gelet op hetgeen *sub* 3.1 en 3.2 is vermeld omtrent de (rechtstreekse en onrechtstreekse) rechtsgrond voor het ontworpen besluit.

Artikel 2

6. Luidens het ontworpen artikel 7, § 2, van het ministerieel besluit van 23 april 2014 kan Kind en Gezin in afwijking van artikel 7, § 1, van dat besluit bij ernstige problemen bij de organisator, en minstens als er een risico is op plotse stopzetting van de specifieke dienstverlening of bij vermoeden van fraude door de organisator van de kinderopvang, beslissen om een specifieke “regeling toe te passen” (lees: specifieke maatregelen te nemen) voor de uitbetaling van de voorschotten.

De gemachtigde verklaarde hieromtrent:

“Het ontworpen artikel 7, § 2 is een toepassing van artikel 9, tweede lid, Subsidiebesluit. Bij een vermoeden van plotse stopzetting of ernstige financiële problemen willen we voorkomen dat er grote negatieve saldi zouden ontstaan als de activiteiten midden in een kwartaal worden stopgezet. Daartoe kunnen de kwartaalvoorschotten worden aangepast of eventueel worden opgedeeld in maandelijkse bedragen, maar blijven zij behouden als kwartaalvoorschotten. Daarmee blijven we binnen de contouren van artikel 9, eerste lid van het Subsidiebesluit, en waarborgen we financiële voorzichtigheid en tegelijkertijd blijvende ondersteuning van kinderopvanginitiatieven in financiële moeilijkheden.”

Bij het uitoefenen van de hem bij artikel 9, tweede lid, van het Subsidiebesluit toegekende bevoegdheid vermag de Vlaamse minister bevoegd voor bijstand aan personen (hierna: de minister) evenwel niet af te wijken van de in artikel 9, eerste lid, van dat besluit opgenomen regels. Zo kunnen op grond van deze delegatie kwartaalvoorschotten niet worden omgevormd tot maandelijkse voorschotten of kunnen ze niet worden verminderd.³ Zo de in artikel 9, eerste lid, van het Subsidiebesluit opgenomen regels niet adequaat zouden zijn in geval de in het ontworpen artikel 7, § 2, van het ministerieel besluit van 23 april 2014 bedoelde problemen rijzen, dient het Subsidiebesluit te worden aangepast. De in artikel 9, § 2, van dat besluit vervatte delegatie vermag niet te worden aangewend om eventuele lacunes in het Subsidiebesluit op te vullen.

³ Eventueel kunnen wel in andere regelgeving bepaalde mechanismen worden toegepast, maar dit staat los van wat de minister vermag te regelen op grond van de hem bij artikel 9, tweede lid, van het Subsidiebesluit verleende delegatie.

Artikel 3

7. In het ontworpen artikel 8, tweede lid, van het ministerieel besluit van 23 april 2014 is de zinsnede “De saldoafrekening gebeurt uiterlijk op 1 april van het jaar dat volgt op het kalenderjaar in kwestie” een herhaling van wat reeds is bepaald in artikel 9, eerste lid, van het Subsidiebesluit van 22 november 2013.

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 inzonderheid aanleiding ertoe zijn dat later uit het oog verloren wordt dat alleen de hogere regelgever het betrokken voorschrift kan wijzigen.

Het overnemen van bepalingen uit een besluit van de Vlaamse Regering in een ministerieel besluit 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 bepaling van het besluit van de Vlaamse Regering het gepaste middel zal zijn om de aard van de betrokken bepaling herkenbaar te houden (“Overeenkomstig artikel 9, eerste lid, van het Subsidiebesluit van 22 november 2013 ...”).

Artikel 6⁴

8. Luidens artikel 9 van het ontwerp heeft het te nemen besluit uitwerking met ingang van 1 september 2015.

Volgens de artikelsgewijze toelichting in de nota van Kind en Gezin aan de Vlaamse minister van Welzijn, Volksgezondheid en Gezin, die is gevoegd bij de adviesaanvraag, is het de bedoeling “het besluit gelijktijdig van kracht te laten worden als de wijzigingen die gebeurd zijn aan het Subsidiebesluit bij wijzigingsbesluit van 9 oktober 2015, gezien de samenhang”.

De gemachtigde verschaft de volgende toelichting bij de terugwerkende kracht:

“[Artikel 1] betreft een loutere technische aanpassing aan het indexmechanisme zoals doorgevoerd door de Vlaamse regering met art. 89 van het Decreet van 18 december 2015 houdende bepalingen tot begeleiding van de begroting 2015. Er wordt geen afbreuk gedaan aan verworven rechten, aangezien het betrokken decreet in werking trad op 27 april 2015 met betrekking tot haar art. 89. Deze aanpassing is louter redactioneel, waardoor haar terugwerkende geen minder voordelige regeling instelt. De toepassing van de afgevlakte gezondheidsindex is immers meer voordelig voor ouders, aangezien het oude indexmechanisme tot een grotere verhoging van het inkomenstarief zou hebben geleid.

Met betrekking tot de artikelen 2 tot en met 4 van onderhavig besluit kunnen we u bevestigen dat de betrokken regelingen reeds werden toegepast sinds 1 september 2015.

⁴ De vermelding “Hoofdstuk 3. Inwerkingtredingsbepaling” voor artikel 6 van het ontwerp dient te worden weggelaten aangezien er geen hoofdstukken 1 en 2 zijn en het ontwerp gelet op zijn beperkte omvang geen indeling in hoofdstukken behoeft.

Zeker voor artikel 4 leidde dit tot een minder zware belasting voor de organisatoren, die minder details moeten doorgeven dan voorheen.

Met betrekking tot artikel 5 van onderhavig besluit kunnen wij u melden dat deze bepaling enkel zal toegepast worden vanaf publicatie van het besluit.”

In dat verband moet worden opgemerkt dat het verlenen van terugwerkende kracht aan besluiten slechts onder bepaalde voorwaarden toelaatbaar kan worden geacht.

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.

Enkel indien de retroactiviteit van de ontworpen regeling in één van de opgesomde gevallen valt in te passen, kan deze worden gebillijkt.

Wat betreft artikel 1 van het ontwerp, is er geen bezwaar tegen de terugwerkende kracht aangezien, zoals de gemachtigde verklaarde, het gewijzigde indexeringsmechanisme voordeliger is voor de gezinnen dan het huidige.

Wat betreft artikel 2 van het ontwerp, hangt de toelaatbaarheid van de retroactiviteit af van de invulling door de minister van de hem verleende delegatie, maar gelet op de doelstelling van de ontworpen bepaling, lijkt het waarschijnlijk dat in vele gevallen de betrokken organisatoren van kinderopvang minder gunstig zullen worden behandeld. Terugwerkende kracht dient dan te worden vermeden.

Sommige bepalingen die zijn opgenomen in artikel 3 van het ontwerp, zijn strenger dan de bestaande. Het verlenen van terugwerkende kracht aan dat artikel is derhalve niet mogelijk.

De frequentie voor het meedelen van de gegevens in artikel 4 van het ontwerp is minder groot dan in de bestaande regeling, zodat er wat dit betreft geen bezwaar bestaat tegen de terugwerkende kracht. Voor zover evenwel nieuwe verplichtingen worden opgelegd inzake de mededeling van gegevens, is de retroactiviteit problematisch en dient minstens een nieuwe kans te worden gegeven om de vereiste gegevens alsnog mee te delen.

Artikel 5 van het te nemen besluit moet, gelet op de verklaring van de gemachtigde, in elk geval worden uitgezonderd van de terugwerkende kracht. Het best wordt niet in een onmiddellijke inwerkingtreding voorzien, zodat het artikel in werking kan treden tien dagen na de bekendmaking van het te nemen besluit in het Belgisch Staatsblad (artikel 84, 2°, eerste lid, van de bijzondere wet van 8 augustus ‘tot hervorming der instellingen’). Die wijze van inwerkingtreding kan ook worden aanbevolen voor de hiervoor aangehaalde gevallen waarin de terugwerkende kracht problematisch of onmogelijk werd geacht.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Greet VERBERCKMOES

Jo BAERT