



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 69.353/1

van 3 juni 2021

over

een ontwerp van besluit van de Duitstalige Regering ‘zur
Abänderung des Erlasses der Regierung vom 22. Mai 2014 über
die Dienste und andere Formen der Kinderbetreuung’

Op 5 mei 2021 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Onderwijs en Wetenschappelijk Onderzoek van de Duitstalige Gemeenschap verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een ontwerp van besluit van de Duitstalige Regering ‘zur Abänderung des Erlasses der Regierung vom 22. Mai 2014 über die Dienste und andere Formen der Kinderbetreuung’.

Het ontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 27 mei 2021. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Chantal BAMPS en Bert THYS, staatsraden, Michel TISON 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 3 juni 2021.

*

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 VAN HET ONTWERP

2. Het om advies voorgelegde ontwerp van besluit van de Regering van de Duitstalige Gemeenschap strekt ertoe een aantal wijzigingen aan te brengen in het besluit van de Regering van 22 mei 2014 ‘über die Dienste und andere Formen der Kinderbetreuung’.

Het ontworpen besluit strekt onder meer tot het opheffen van de bepalingen aangaande de erkenning en de subsidiëring van mini-crèches, het wijzigen van sommige erkenningsvoorwaarden voor de diensten voor onthaalouders en van de bepalingen betreffende hun subsidiëring, evenals het wijzigen van de regeling inzake de kostenbijdrage voor de personen belast met de opvoeding, het wijzigen van sommige erkenningsvoorwaarden voor de crèches en van de bepalingen betreffende hun subsidiëring, het wijzigen van de subsidiëring van locaties voor buitenschoolse opvang, het wijzigen van de toelatingsvoorwaarden voor de bij een dienst voor onthaalouders aangesloten onthaalouders en hun vergoeding en het wijzigen van de regeling inzake de verplichtingen voor de centra voor kinderopvang en hun subsidiëring.

Het ontwerp voorziet erin dat het besluit in werking treedt op de dag waarop het wordt bekendgemaakt, behoudens sommige bepalingen die uitwerking hebben met terugwerkende kracht.

RECHTSGROND

3.1. Het ontwerp vindt als volgt rechtsgrond in bepalingen van het decreet van 31 maart 2014 ‘über die Kinderbetreuung’:

- de artikelen 4, 6, 12 en 22 betreffen erkenningsvoorwaarden of verplichtingen tot behoud van de erkenning en vinden rechtsgrond in de artikelen 7, vierde lid, en 9, tweede lid,¹ van het decreet;
- de artikelen 2, 7 tot 10, 13 tot 15, 17, 18, 23 tot 27 en 29 regelen de subsidiëring en vinden rechtsgrond in artikel 12, tweede lid, 1° tot 4°, van het decreet;
- de artikelen 3, 5 en 16, die de bepalingen inzake de mini-crèches opheffen, vinden rechtsgrond in de decreetsbepalingen die de rechtsgrond vormden voor de op te heffen bepalingen, namelijk de artikelen 7, vierde lid, 8, § 3, 2°, 9, tweede lid, en 12, tweede lid, van het decreet.

¹ Wat artikel 4 van het ontwerp betreft, gelezen in samenhang met artikel 7, tweede lid, derde zin, van het decreet, waarin de medewerking van de bevoegde commandant van de brandweerdienst wordt geregeld.

3.2. De artikelen 11 en 28 van het ontwerp betreffen de kostenbijdrage te betalen door de personen belast met de opvoeding aan de dienst voor onthaalouders.

In advies 57.708/3 van 17 juli 2015² merkte de Raad van State, afdeling Wetgeving, in dit verband op:

“Volgens de gemachtigde kunnen ook de met de artikelen 3 en 4 van het ontwerp beoogde wijzigingen, die betrekking hebben op de kostenbijdrage van de personen belast met de opvoeding, rechtsgrond vinden in artikel 12, tweede lid, van het decreet van 31 maart 2014. Al zou men de bepalingen die betrekking hebben op die kostenbijdrage kunnen beschouwen als bepalingen waarbij subsidievoorwaarden worden geregeld (zie in dit verband artikel 79 van het te wijzigen besluit), zou het bij nader toezien toch aanbeveling verdienen ter zake een meer expliciete rechtsgrond te creëren.”

Daarover bevraagd, stelt de gemachtigde thans:

“Nein, es wurde bisher keine neue dekretale Rechtsgrundlage geschaffen. Dies ist dadurch begründet, dass die Deutschsprachige Gemeinschaft momentan an einer grundlegenden Reform im Bereich der Kinderbetreuung arbeitet. Vor zwei Jahren wurde dieser Prozess der Restrukturierung der Kinderbetreuung von der Regierung angestoßen. Diese Umstrukturierung wird die Rolle der verschiedenen Akteure grundlegend abändern und somit eine vollständige Überarbeitung des Dekrets zur Folge haben. Zu diesem Zeitpunkt wird der Bemerkung des Staatsrats Rechnung getragen und die fehlende Rechtsgrundlage geschaffen werden. In der Zwischenzeit stellen Artikel 12 Absatz 2 in Kombination mit Artikel 16 Absatz 3 des Dekrets vom 31. März 2014 über die Kinderbetreuung eine ausreichende Rechtsgrundlage dar.”

De Raad van State, afdeling Wetgeving, neemt akte daarvan.

Met de gemachtigde kan worden aangenomen dat, in afwachting van een meer expliciete rechtsgrond, de artikelen 11 en 28 van het ontwerp, voor zover ze te beschouwen zijn als bepalingen waarbij subsidievoorwaarden worden geregeld, rechtsgrond kunnen vinden in artikel 12, tweede lid, van het decreet van 31 maart 2014. Anders dan de gemachtigde het ziet, vinden de betrokken bepalingen evenwel niet mede rechtsgrond in artikel 16, derde lid, van het voormelde decreet.³

3.3. Artikel 19 van het ontwerp vervangt artikel 125 van het besluit van de Regering van 22 mei 2014 en heeft betrekking op de toelatingsvoorwaarden voor de bij een dienst voor onthaalouders aangesloten onthaalouders.

In advies 55.982/3 van 15 mei 2014⁴ over het ontwerp van besluit dat geleid heeft tot het te wijzigen besluit, merkte de Raad van State, afdeling Wetgeving, het volgende op:

² Adv.RvS 57.708/3 van 17 juli 2015 over een ontwerp dat heeft geleid tot het besluit van de Regering van 3 september 2015 ‘zur Abänderung des Erlasses der Regierung vom 22. Mai 2014 über die Dienste und andere Formen der Kinderbetreuung’, opmerking 3.2.

³ Vgl. adv.RvS 69.152/1 van 29 april 2021 over een ontwerp van besluit van de Regering ‘zur Abänderung des Erlasses der Regierung vom 22. Mai 2014 über die selbstständigen Tagesmütter/-väter’, opmerking 3.3.

⁴ Adv.RvS 55.982/3 van 15 mei 2014 over een ontwerp dat heeft geleid tot het besluit van de Regering van 22 mei 2014 ‘über die Dienste und andere Formen der Kinderbetreuung’.

“(…)

Er kan mee worden ingestemd het zo te beschouwen dat de dienstverrichter (in de zin van artikel 2, eerste lid, 3°, van het decreet van 31 maart 2014) de dienst voor onthaalouders is, dat de aangesloten onthaalouders personen zijn die werkzaam zijn in de kinderopvang (in de zin van artikel 2, eerste lid, 4°, van het decreet), dat de aangesloten onthaalouders niet zelf erkend worden in de zin van het decreet van 31 maart 2014, en dat de regeling inzake de toelating en inzake de verplichtingen die moeten worden vervuld om de toelating te kunnen behouden, een onderdeel is van de regeling van de verplichtingen waaraan de erkende dienst voor onthaalouders moet voldoen om zijn erkenning te kunnen behouden.

Rechtsgrond voor de artikelen 118 tot 148 van het ontworpen besluit is dan artikel 9, tweede lid, van het decreet van 31 maart 2014.

Dit vereist evenwel dat het ontwerp wordt aangepast om duidelijk te maken dat bij de genoemde artikelen van het ontwerp enkel verplichtingen worden opgelegd aan de erkende dienst voor onthaalouders en dat niet rechtstreeks verplichtingen worden opgelegd aan de aangesloten onthaalouders of aan personen die aangesloten onthaalouder wensen te worden. Het decreet van 31 maart 2014 biedt immers enkel rechtsgrond voor het opleggen van erkenningsvoorwaarden aan dienstverrichters die erkend willen worden en voor het opleggen van verplichtingen in hoofde van de dienstverrichters, maar biedt geen rechtsgrond voor het opleggen van regels en verplichtingen aan de personen die in de kinderopvang werkzaam zijn.

Er wordt dan het best in titel 3 van het ontwerp een bepaling ingevoegd ertoe strekkende dat aan de artikelen 118 tot 148 van het te nemen besluit voldaan moet zijn opdat de erkende dienst voor onthaalouders zijn erkenning kan behouden. Tevens dienen de artikelen zelf zo te worden geredigeerd dat erbij een regel wordt opgelegd aan de erkende dienst voor onthaalouders, en niet aan de aangesloten onthaalouders zelf (zo bijvoorbeeld in artikel 118 van het ontwerp: ‘De dienst voor onthaalouders verzoekt de persoon die zich als onthaalouder wenst aan te sluiten om volgende stukken voor te leggen’, in artikel 119, § 1, van het ontwerp: ‘De dienst voor onthaalouders verleent alleen een toelating aan onthaalouders die minstens eenentwintig en hoogstens vijfenzestig jaar oud zijn’, in artikel 119, § 2, van het ontwerp: ‘De dienst voor onthaalouders kan een afwijking van de bovenste leeftijdsgrens verlenen op aanvraag van de onthaalouder. De dienst verzoekt de onthaalouder een schriftelijke aanvraag in te dienen met daarbij gevoegd een positief medisch attest ...’, in artikel 120 van het ontwerp: ‘In de overeenkomst die de dienst voor onthaalouders sluit met de onthaalouder wordt bepaald dat de aangesloten onthaalouder ...’, en in artikel 123 van het ontwerp: ‘De dienst voor onthaalouders waakt erover dat de kinderopvang plaatsvindt in ...’).”

In het licht van die opmerking en mede gelet op artikel 120 van het te wijzigen besluit, naar luid waarvan de bepalingen van de desbetreffende titel “uitsluitend als bijzondere verplichtingen (...) van toepassing [zijn] op de dienst voor onthaalouders”, kan worden aangenomen dat artikel 19 van het ontwerp rechtsgrond vindt in 9, tweede lid, van het decreet van 31 maart 2014.

Om dezelfde redenen kunnen ook de artikelen 20, 21 en 30 van het ontwerp, die betrekking hebben op de door de erkende dienst voor onthaalouders aan de aangesloten onthaalouders te betalen vergoeding, worden beschouwd als verplichtingen voor de dienst voor onthaalouders, zodat ze rechtsgrond vinden in artikel 9, tweede lid, van het voormelde decreet.

3.4. In de aanhef van het ontwerp wordt ook verwezen naar artikel 13 van het decreet van 31 maart 2014.

Volgens de gemachtigde vormt die bepaling de rechtsgrond voor het ontworpen artikel 160, § 7, van het besluit van de Regering van 22 mei 2014 (artikel 23 van het ontwerp).

Op de vraag of die ontworpen bepaling nodig is, gelet op artikel 13 van het voormelde decreet, waarin reeds is bepaald dat de Regering en de betrokken erkende dienstverrichter de subsidiëring en de taakomschrijving kunnen vastleggen in een beheerscontract als bedoeld in artikel 105 van het decreet van 25 mei 2009 ‘über die Haushaltsordnung der Deutschsprachigen Gemeinschaft’, antwoordde de gemachtigde:

“Im entworfenen Artikel 160 § 7 wird erwähnt, dass die Voraussetzungen zur Bezuschussung der vorher erwähnten Personalkosten in einem Geschäftsführungsvertrag näher definiert werden können. Ziel ist es, einen spezifischen Bezug zu der Bezuschussung der Personalkosten herzustellen.

Jedoch könnte Artikel 13 des Dekrets effektiv eine ausreichende Rechtsgrundlage bieten. Sollte dies der Fall sein, könnte § 7 des Entwurfs gestrichen werden.”

In beginsel kunnen alle voorwaarden met betrekking tot alle subsidies – niet alleen deze bedoeld in het ontworpen artikel 160 – nader worden bepaald in de beheersovereenkomst. Door dit specifiek en uitdrukkelijk met betrekking tot deze laatste subsidies te bepalen, ontstaat op zijn minst de indruk dat het met betrekking tot de andere subsidies niet zou kunnen – wat de Regering uiteraard niet zou vermogen te bepalen, gelet op artikel 13 van het decreet 31 maart 2014.

Het ontworpen artikel 160, § 7, van het besluit van de Regering van 22 mei 2014 wordt bijgevolg beter uit het ontwerp weggelaten.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

ALGEMENE OPMERKING

4. Op de vraag of de artikelen die voorwaarden bepalen voor het verkrijgen of het behouden van een erkenning (artikelen 4, 6, 11, 12, 19, 22 en 28 van het ontwerp) werden getoetst aan richtlijn 2006/123/EG⁵, antwoordde de gemachtigde:

“Es wird auf die Stellungnahme verwiesen, die dem Staatsrat bei der Überprüfung des Erlasses der Regierung vom 22. Mai 2014 übermittelt wurde (siehe Gutachten Nr. 55.982/3, in dem auch auf das Gutachten Nr. 48.162/3 verwiesen wird). Die Deutschsprachige Gemeinschaft ist weiterhin der Meinung, dass die Dienste der Kinderbetreuung, mit Ausnahme der selbstständigen Tagesmütter/-väter, in den Anwendungsbereich der Ausnahmeregelung gemäß Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe j) der Dienstleistungsrichtlinie 2006/123/EG fallen.

⁵ Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 ‘betreffende diensten op de interne markt’.

Da sich in der Zwischenzeit keine neuen Elemente ergeben haben, die Zweifel an dem damaligen Standpunkt vorbringen würden, soll an dieser Position festgehalten werden.”

Deze zienswijze van de gemachtigde kan evenwel niet worden bijgevalen.

De Raad van State, afdeling Wetgeving, herhaalt in dit verband hetgeen hij onder meer in zijn advies 62.987/1 van 14 maart 2018⁶ heeft opgemerkt:

“5.3. In zoverre dat de ontworpen regeling betrekking heeft op kinderopvangdiensten en andere vormen van kinderopvang, geldt nog steeds de conclusie uit advies 55.982/3 van 15 mei 2014 over een ontwerp dat heeft geleid tot het besluit van de Regering van 22 mei 2014 ‘betreffende de kinderopvangdiensten en andere vormen van kinderopvang’:

‘Het is bijgevolg weinig aannemelijk dat andere vormen van kinderopvang dan die verstrekt door zelfstandige onthaalouders, per definitie niet onder de dienstenrichtlijn zouden vallen. De diensten verricht door particuliere dienstverrichters die niet geacht kunnen worden ‘door de staat te zijn gemachtigd’ (en het loutere gegeven van erkend te zijn om een bepaalde activiteit te mogen uitoefenen, op grond van een door de overheid ingevoerde erkenningsverplichting, volstaat niet om te besluiten dat de dienstverrichter door de staat is gemachtigd), vallen wel degelijk onder het toepassingsgebied van de dienstenrichtlijn.’

5.4. De erkenningsvoorwaarden dienen bijgevolg te worden getoetst aan de artikelen 10 tot 12, 14 en 15 van de dienstenrichtlijn en de erin opgenomen erkenningsprocedure aan artikel 13 van die richtlijn en aan de overeenkomstige bepalingen van het dienstendecreet van 15 maart 2010. Het ontwerp dient eveneens te worden getoetst aan de artikelen 16 tot 21 van de dienstenrichtlijn en aan de overeenkomstige bepalingen van het dienstendecreet.”

Deze opmerkingen gelden evenzeer ten aanzien van de voormelde artikelen van het thans om advies voorgelegde ontwerp.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

Aanhef

5. De aanhef van het ontwerp moet in overeenstemming worden gebracht met wat hiervóór *sub* 3 met betrekking tot de rechtsgrond werd opgemerkt.

Artikel 1

6. Het “webportaal”, dat wordt gedefinieerd in het ontworpen artikel 1, 20°, van het besluit van de Regering van 22 mei 2014 (artikel 1, 3°, van het ontwerp), is volgens de

⁶ Adv.RvS 62.987/1 van 14 maart 2018 over een ontwerp dat heeft geleid tot het besluit van de Regering van 19 april 2018 ‘zur Abänderung des Erlasses der Regierung vom 22. Mai 2014 über die Dienste und andere Formen der Kinderbetreuung und des Erlasses der Regierung vom 22. Mai 2014 über die selbstständigen Tagesmütter/-väter’, opmerkingen 5.3 en 5.4.

gemachtigde hetzelfde als datgene waarvan sprake in het ontwerp van besluit van de Regering ‘zur Abänderung des Erlasses der Regierung vom 22. Mai 2014 über die selbstständigen Tages-mütter/-väter’, waarover de Raad van State advies 69.152/1 van 29 april 2021 heeft uitgebracht.

Bijgevolg herhaalt de Raad van State, afdeling Wetgeving, de aanbeveling die hij in dat advies heeft gedaan en die evenzeer geldt voor de thans ontworpen bepaling:

“Met betrekking tot dat webportaal verklaarde de gemachtigde:

‘Das Onlineportal wird von der Regierung der Deutschsprachigen Gemeinschaft zur Verfügung gestellt. Die Verwaltung des Portals wird durch das Ministerium – Fachbereich Familie und Soziales gewährleistet.’

In het licht van die verklaring is het raadzaam om in de ontworpen definitie te preciseren dat het webportaal door de diensten van de Regering ter beschikking wordt gesteld.”

Artikel 16

7. De opheffing van de artikelen 99 tot 107 van het besluit van de Regering van 22 mei 2014 waarin artikel 16 van het ontwerp voorziet, moet in het ontwerp een plaats krijgen ná de bepaling van het huidige artikel 17, dat de invoeging betreft van een artikel 94.1 in datzelfde besluit, wat betekent dat het huidige artikel 16 dient te worden vernummerd tot artikel 17 en dat het huidige artikel 17 artikel 16 moet worden.

Artikel 23

8. Zoals de gemachtigde bevestigde, dient met betrekking tot het in het ontworpen artikel 160, § 3, tweede lid, 4° en 5°, vermelde diploma telkens te worden bepaald dat ook “een daarmee gelijkgesteld diploma” in aanmerking komt.

9. Zoals de gemachtigde eveneens bevestigde, dient in het ontworpen artikel 160, § 6, tweede en derde lid, te worden bepaald dat deze regeling geldt in afwijking van artikel 5 van het besluit van de Regering van 22 juni 2001, waarnaar in het eerste lid van dezelfde paragraaf wordt verwezen.

Artikel 26

10. Gelet op hetgeen is bepaald in artikel 162 van het te wijzigen besluit, dient in het ontworpen artikel 160.3 niet te worden bepaald dat het de Minister is die de subsidie verleent, tenzij de delegatie aan de Minister bedoeld zou zijn om hem te machtigen een verordenend besluit te nemen, maar dan moet die bedoeling ook duidelijk uit de ontworpen bepaling blijken.

Deze opmerking geldt ook voor artikel 27 van het ontwerp (het ontworpen artikel 160.4).

Artikel 31

11. Luidens artikel 31 van het ontwerp treedt het besluit in werking op de dag dat het wordt bekendgemaakt, behoudens de artikelen die met terugwerkende kracht in werking treden.

Tenzij er een specifieke reden bestaat om af te wijken van de gangbare termijn van inwerkingtreding van besluiten van de Regering, namelijk tien dagen na de bekendmaking in het *Belgisch Staatsblad*, dient te worden afgezien van de onmiddellijke inwerkingtreding, teneinde eenieder een redelijke termijn te geven om kennis te nemen van de nieuwe bepalingen.

12. De gemachtigde geeft volgende toelichting bij de terugwerkende kracht van sommige bepalingen:

“Artikel 2 Nummer 1, Artikel 6, Artikel 7 und Artikel 8: das rückwirkende Inkrafttreten zum 1. September 2019 ist notwendig, da eine Beibehaltung der bisherigen Regelung ab dem 1. September 2019 eine Kürzung der Bezuschussung von 0,5 Vollzeitäquivalent zur Folge gehabt hätte, da die Referenzperiode sich auf das Vorjahr bezogen hätte. Dies hätte zu einer bedeutenden Qualitätsminderung in der Kinderbetreuung geführt.

Artikel 2 Nummern 3 und 5, Artikel 9, Artikel 10 Nummern 1 und 2, Artikel 12, Artikel 13, Artikel 14 Nummern 1 und 2, Artikel 15, Artikel 17, Artikel 18, Artikel 19, Artikel 21, Artikel 24, Artikel 25, Artikel 26, Artikel 27: Die Rückwirkung zu den in Artikel 31 des Entwurfs festgelegten Zeitpunkten ist im allgemeinen auf die 1. Phase der erforderlichen Refinanzierung der Zentren für Kinderbetreuung zurückzuführen. Diese Refinanzierung ist ebenfalls notwendig, um Qualitätsminderungen in der Kinderbetreuung zu vermeiden.

Artikel 23: Artikel 23 sieht die Bezuschussung einer Reihe von zusätzlichen Personalressourcen vor, die nach Bedarf an unterschiedlichen Perioden in Kraft treten müssen, um dem effektiven Bedarf zu entsprechen. Diese Bezuschussung wurde den Zentren für Kinderbetreuung vorläufig (unter Vorbehalt der Schaffung der entsprechenden Rechtsgrundlage) bereits zugesagt.

Artikel 28: Die bisherige Übergangsregelung endete zum 1. Januar 2021. Bis zu diesem Zeitpunkt sollte ursprünglich eine Reform der Elternbeteiligung in der Kinderbetreuung eingeführt werden. Da diese aufgrund der grundlegenden Reform der Strukturen in der Kinderbetreuung verschoben wurde, muss die Übergangsbestimmung erneut verlängert werden. Da die alte Übergangsregelung zum 1. Januar 2021 endete, ist es notwendig, die neue Übergangsregelung zu diesem Zeitpunkt in Kraft treten zu lassen.

Durch das rückwirkende Inkrafttreten der oben genannten Bestimmungen werden keinerlei erworbene Rechte beeinträchtigt; es entstehen keinerlei Nachteile für die Betroffenen.”

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.

Bij ontstentenis van een voldoende kennis van en inzicht in het geheel van de ter zake relevante feitelijke gegevens, kan de Raad van State, afdeling Wetgeving, zich niet uitspreken over de door de gemachtigde gegeven verantwoording.

De stellers van het ontwerp zullen voor elk van de betrokken artikelen dienen na te gaan of de terugwerkende kracht aanvaardbaar is. Daarbij dienen zij voor ogen te houden dat het opleggen van nieuwe verplichtingen of voorwaarden niet mogelijk is met terugwerkende kracht en dat de terugwerking van bepalingen die de rechtsonderhorigen in een minder gunstige situatie plaatsen – bijvoorbeeld een vermindering van subsidiebedragen –, evenmin aanvaardbaar is.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Greet VERBERCKMOES

Marnix VAN DAMME