RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 75.756/16
van 2 april 2024

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 und des Erlasses der Regierung vom 22. Mai 2014 über die selbstständigen Tagesmütter/-väter’

‡LW-BFEYMCBDC-HFHFGMW‡

Op 29 februari 2024 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Onderwijs en Wetenschappelijk Onderzoek van de Duitstalige Regering 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 und des Erlasses der Regierung vom 22. Mai 2014 über die selbstständigen Tagesmütter/-väter’.

Het ontwerp is door de zestiende kamer onderzocht op 26 maart 2024. De kamer was samengesteld uit Pierre LEFRANC, wnd. kamervoorzitter, Toon MOONEN en Tim CORTHAUT, staatsraden, Jan VELAERS en Johan PUT, assessoren, en Eline YOSHIMI, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Allan MAGEROTTE, adjunct-auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 2 april 2024.

*

‡LW-BFEYMCBDC-HFHFGMW‡

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 voor advies voorgelegde ontwerp van besluit van de Regering van de Duitstalige Gemeenschap (hierna: de regering) strekt vooreerst tot wijziging van het besluit van 22 mei 2014 ‘über die Dienste und andere Formen der Kinderbetreuung’ (hierna: Kinderopvangbesluit).

2.1. Artikel 1 van het ontwerp voegt in dat besluit een nieuw artikel 56.1 in. Luidens het ontworpen artikel 56.1, § 1, behoudt een dienst voor kinderopvang die zijn activiteit stopzet zijn recht op subsidie uitsluitend om te voorzien in de financiële middelen die nodig zijn voor de vereffening van vorderingen en schulden die voortvloeien uit zijn erkenning als dienst voor kinderopvang en uiterlijk op 31 december van het jaar waarin de activiteit wordt stopgezet, zijn ontstaan.

Met toepassing van het ontworpen artikel 56.1, § 2, wordt de financiële behoefte bepaald op basis van een evenwichtige eindafrekening van de inkomsten en uitgaven die voortvloeien uit de uitvoering van de activiteiten die aan de erkenning als dienst voor kinderopvang gekoppeld was. De dienst voor kinderopvang heeft recht op de volledige uitbetaling van de nog te betalen subsidies als er een tekort is hoger dan het bedrag van de subsidies die nog moeten worden betaald voor het jaar waarin de activiteit wordt stopgezet. Als er een tekort is lager dan dat bedrag, kan de minister bevoegd voor het gezinsbeleid (hierna: de minister) het bedrag van de subsidiebetaling verlagen tot het bedrag van de financiële middelen die ontbreken om een evenwichtige eindafrekening te bereiken. Als er geen tekort is, kan de minister afzien van de subsidiebetaling.

Het ontworpen artikel 56.1, § 3, bepaalt dat de dienst voor kinderopvang voor de uitbetaling van de voormelde subsidies de eindafrekening en de desbetreffende bewijsstukken uiterlijk indient op 31 mei van het jaar dat volgt op de stopzetting van de activiteit. De minister verleent de subsidies na voorafgaand onderzoek door het departement.

2.2. Artikel 2 van het ontwerp bevat enkele wijzigingen van artikel 119.3 van het Kinderopvangbesluit, dat de door de personen belast met de opvoeding te betalen kostenbijdrage betreft.

3. Artikel 3 van het ontwerp wijzigt daarnaast artikel 29.3, § 2, eerste lid, 1°, van het besluit van 22 mei 2014 ‘über die selbstständigen Tagesmütter/-väter’. Het grensbedrag van het gezinsinkomen van de personen die een beroep doen op de opvang, dat niet mag worden overschreden om tot een subsidie voor de zelfstandige onthaalouders te kunnen leiden, wordt ter rechtzetting van een materiële fout aangepast.

‡LW-BFEYMCBDC-HFHFGMW‡

4. Artikel 4 van het ontwerp bepaalt dat het te nemen besluit uitwerking heeft met ingang van 1 januari 2024, met uitzondering van artikel 1, dat uitwerking heeft met ingang van 31 december 2023.

RECHTSGROND

5. Voor het ontwerp wordt rechtsgrond gezocht in de artikelen 12, tweede en vierde lid, van het decreet van 31 maart 2014 ‘über die Kinderbetreuung’.

Naar luid van artikel 12, eerste lid, van het decreet van 31 maart 2014 kunnen erkende dienstverrichters,[1] binnen de perken van de beschikbare begrotingsmiddelen, subsidies voor kinderopvang ontvangen. Het tweede lid machtigt de regering om de voorwaarden voor de toekenning van de subsidies, de vormen van subsidie, het bedrag van de subsidies en de procedures voor de aanvraag en de uitbetaling van de subsidies te bepalen. Deze bepaling biedt rechtsgrond voor de artikelen 1 en 3 van het ontwerp.[2]

Artikel 12, vierde lid, van het decreet van 31 maart 2014, ingevoegd bij het programmadecreet van 14 december 2023 (dat weliswaar nog niet werd bekendgemaakt), bepaalt dat de regering met behoud van de toepassing van het tweede lid de nadere regels kan bepalen voor een kostenbijdrage die de personen belast met de opvoeding moeten betalen voor de kinderopvang bij gesubsidieerde dienstverrichters en bij het centrum voor kinderopvang van de Duitstalige Gemeenschap. Deze bepaling biedt rechtsgrond voor artikel 2 van het ontwerp.

VORMVEREISTEN

6. Het te nemen besluit wijzigt de subsidieregelingen voor erkende dienstverrichters. Met betrekking tot de ontwerpen die hebben geleid tot de te wijzigen besluiten van 22 mei 2014 suggereerde de Raad van State om na te gaan of die ontwerpen voldeden aan de voorwaarden bepaald in verordening (EU) nr. 1407/2013 van de Commissie van 18 december 2013 ‘betreffende de toepassing van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op de-minimissteun’[3] of in verordening nr. 360/2012 van de Commissie van 25 april 2012 ‘betreffende de toepassing van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op de-minimissteun verleend aan diensten van algemeen economisch belang verrichtende ondernemingen’, in welk geval de ontwerpen waren vrijgesteld van aanmelding.[4]

[1] Een dienstverrichter is de “natürliche oder juristische Person bzw. nicht rechtsfähige Vereinigung, die haupt-, nebenoder ehrenamtlich eine Kinderbetreuung anbietet” (artikel 2, 3°, van het decreet van 31 maart 2014).

[2] Zie echter opmerkingen 8 en 9.

[3] Sedert 1 januari 2024 is ter zake de nieuwe verordening (EU) nr. 2023/2831 van de Commissie van 13 december 2023 ‘betreffende de toepassing van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op de-minimissteun’ van toepassing.

[4] Adv.RvS 55.981/3 van 15 mei 2014 over een ontwerp dat heeft geleid tot het besluit van de Regering van de Duitstalige Gemeenschap van 22 mei 2014 ‘über die selbstständigen Tagesmütter/-väter’, opmerking 4;

‡LW-BFEYMCBDC-HFHFGMW‡

Gevraagd of het voorliggende ontwerp werd aangemeld bij de Europese Commissie, antwoordde de gemachtigde:

> "Nein, eine Anmeldung gemäß Artikel 108 Absatz 3 AEUV ist nicht vonnöten. Tatsächlich handelt es sich bei den verschiedenen Formen der Kinderbetreuung, die nicht durch die selbstständigen Tagesmütter/-väter angeboten werden, nach Einschätzung der Deutschsprachigen Gemeinschaft um „Dienstleistungen von Allgemeinem Wirtschaftlichen Interesse" (DAWI). Die durch vorliegenden Erlass bezuschussten Dienste müssen als Bedingung für jegliche Bezuschussung, die im Erlass vom 22. Mai 2014 über die Dienste und andere Formen der Kinderbetreuung vorgesehenen Sozialtarife anwenden. Auch wenn die Ausgleichsleistungen des Erlasses in der DG über den de-minimis-Beiträgen liegen werden, ohne jedoch den Betrag von jährlich 15 Mio. EUR zu überschreiten (Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe a) des Beschlusses 2012/21/EU), so werden dennoch die weiteren Bedingungen des Beschlusses, der mitunter die Kriterien des Altmark-Urteils des EuGH übernimmt, eingehalten, sodass gemäß Artikel 3 des Beschlusses, keine Anmeldung erforderlich ist."

Met betrekking tot artikel 3 van het ontwerp voegde hij daar nog het volgende aan toe:

> "Die Bestimmungen des vorliegenden Entwurfes bezüglich der Auszahlung von Zuschüssen an die selbstständigen Tagesmütter/-väter wurden der Europäischen Kommission nicht notifiziert. Wie der Staatsrat in seinen Gutachten Nr. 55.981/3 und 62.987/1 richtig anmerkt, ist der Entwurf von der Anmeldepflicht befreit, insofern die Bedingungen der Verordnung (EU) Nr. 1407/2013 der Kommission vom 18. Dezember 2013 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf De-minimis-Beihilfen oder der Verordnung (EU) Nr. 360/2012 der Kommission vom 25. April 2012 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf De-minimis-Beihilfen an Unternehmen, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringen, erfüllt sind. Ersteres ist unseres Erachtens der Fall, da die Höhe der Zuschüsse, die ein einzelner Empfänger in einem Zeitraum von 3 Steuerjahren erhält, 200.000 Euro nicht übersteigen wird (Artikel 3 Absätze 1 und 2 der Verordnung (EU) Nr. 1407/2013)."

ALGEMENE OPMERKING

7. De rechtsgrond voor artikel 2 van het ontwerp is nog niet bekendgemaakt, evenmin als de tekst die artikel 2 beoogt te wijzigen.[5] Ook de bepaling die artikel 3 beoogt te wijzigen is nog niet bekendgemaakt.[6] De stellers van het ontwerp zullen erover moeten waken dat, los van de uitwerking in de tijd ervan, de bekendmaking van de betrokken teksten op elkaar worden afgestemd.

---

adv.RvS 55.982/3 van 15 mei 2014 over een ontwerp dat heeft geleid tot het besluit van de Regering van de Duitstalige Gemeenschap van 22 mei 2014 'über die Dienste und andere Formen der Kinderbetreuung', opmerking 5.

[5] Die werd ingevoegd bij besluit van de Regering van de Duitstalige Gemeenschap van 14 december 2023 '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 selbständigen Tagesmütter/-Väter'.

[6] Die werd vervangen bij hetzelfde besluit van 14 december 2023.

‡LW-BFEYMCBDC-HFHFGMW‡

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikelen 1 en 4

8.1. Artikel 4 van het ontwerp bepaalt dat artikel 1 uitwerking heeft met ingang van 31 december 2023. 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.

8.2. Aan de gemachtigde gevraagd om de draagwijdte van het ontworpen artikel 56.1 van het Kinderopvangbesluit te verduidelijken. Volgens de gemachtigde betreft het in het ontworpen artikel 56.1 bedoelde recht op subsidie alle subsidies die worden toegekend met toepassing van het Kinderopvangbesluit (met name voor erkende diensten voor onthaalouders, crèches, locaties voor buitenschoolse opvang en centra voor kinderopvang). Het is de bedoeling dat na de stopzetting van de subsidiabele activiteiten voor geen van die subsidies nog uitbetalingen worden gedaan, behoudens met toepassing van het ontworpen artikel 56.1. De omschrijving van “Forderungen und Verbindlichkeiten im Rahmen der bisherigen Anerkennung als Dienst der Kinderbetreuung”, ter vereffening waarvan dan wel nog subsidie kan worden uitgekeerd, sluit uit dat uitbetalingen worden gedaan voor vorderingen en schulden die niet zijn ontstaan als gevolg van de kinderopvangactiviteit maar als gevolg van andere activiteiten. Ook kosten die zijn gemaakt voorafgaand aan de stopzetting, maar die betrekking hebben op perioden na de stopzetting, zijn niet gemaakt als onderdeel van de erkenning en komen niet in aanmerking. De kosten moeten met andere woorden betrekking hebben op de periode waarin de dienst voor kinderopvang activiteiten heeft uitgevoerd in overeenstemming met de wettelijke vereisten.[7] Het ontworpen artikel 56.1 is erop gericht die “Modalitäten zur Berechnung des verbleibenden Zuschussanrechts” te verduidelijken.

Nader bevraagd over hoe de subsidies worden toegekend en of het gaat om subsidies toegekend op basis van effectief geleverde prestaties, antwoordde de gemachtigde:

> “z.B. für die Bezuschussung der Standorte der außerschulischen Betreuung in Anwendung des Art. 116 oder für die Personalbezuschussung im Tagesmütterdienst in Anwendung von Art. 72 werden im laufenden Jahr und für das gesamte laufende Jahr Vorschüsse gewährt und gezahlt. Es erfolgte bisher im Folgejahr eine Abrechnung aufgrund der Zuschusskriterien der einzelnen Zuschüsse. Für Art. 116 ist das Zuschusskriterium die effektiv gelieferte Leistung. Für Art. 72 ist das Kriterium die Personalkosten.

[7] De gemachtigde wees wat dat betreft ook op artikel 11 van de wet van 16 mei 2003 ‘tot vaststelling van de algemene bepalingen die gelden voor de begrotingen, de controle op de subsidies en voor de boekhouding van de gemeenschappen en de gewesten, alsook voor de organisatie van de controle door het Rekenhof’.

‡LW-BFEYMCBDC-HFHFGMW‡

Aufgrund der Abrechnung erfolgte ggf. eine Nachzahlung von Zuschüssen.

Vorliegende Änderung sorgt dafür diese Zuschusszahlungen nur noch in der Höhe der benötigten Mittel erfolgen."

De Raad van State begrijpt de bedoeling van het ontworpen artikel 56.1 bijgevolg zo dat wanneer de activiteiten van een dienst voor kinderopvang worden stopgezet, de uitbetaling van een eventueel subsidiesaldo afhankelijk wordt gemaakt van een analyse van diens financiële toestand, dat de uitbetaling van dat saldo desgevallend door de minister kan worden beperkt tot wat noodzakelijk is "für die ausgeglichene Gesamtabrechnung" en dat, als er geen tekort is, de minister zelfs kan afzien van de navolgende uitbetaling.

8.3. In het licht van het voorgaande kan de terugwerkende kracht die aan artikel 1 van het ontwerp wordt verleend geen doorgang vinden. Voor de regeling bestaat geen wettelijke grondslag. De retroactiviteit heeft evenmin betrekking op een regeling waarbij, met inachtneming van het gelijkheidsbeginsel, voordelen worden toegekend – wel integendeel. Er is ook niet aangetoond waarom ze noodzakelijk zou zijn voor de continuïteit of de goede werking van het bestuur: ze tast immers de verkregen subsidierechten aan van de diensten voor kinderopvang die hun activiteiten stopzetten.

9. De Raad van State ziet in het licht van de grondwettelijke beginselen van gelijkheid en niet-discriminatie op het eerste gezicht bovendien niet in hoe kan worden verantwoord dat diensten voor kinderopvang hun subsidie, waarop ze voor de betrokken periodes in beginsel recht hebben omdat daar al geleverde opvangdiensten tegenover stonden, desgevallend ingekort zouden (kunnen)[8] zien om de enkele reden dat ze hun activiteit navolgend stopzetten.

Volgens de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof is een verschil in behandeling slechts verenigbaar met de grondwettelijke beginselen van gelijkheid en niet-discriminatie, wanneer dat verschil op een objectief criterium berust en het redelijk verantwoord is. Het bestaan van een dergelijke verantwoording moet worden beoordeeld, rekening houdend met het doel en de gevolgen van de betrokken maatregel en met de aard van de ter zake geldende beginselen; het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie is geschonden wanneer er geen redelijk verband van evenredigheid bestaat tussen de aangewende middelen en het beoogde doel.[9]

[8] Het ontworpen artikel 56.1, § 2, derde en vierde lid, bepaalt dat de minister in de daar bedoelde gevallen het bedrag van de subsidiebetaling *kan* verlagen of *kan* afzien van de subsidiebetaling. Nog afgezien van de vaststelling dat die vrijheid voor de minister in strijd lijkt te zijn met het beginsel dat wordt uiteengezet in de eerste paragraaf, namelijk dat de dienst voor kinderopvang zijn recht op subsidie uitsluitend behoudt om te voorzien in de financiële middelen die nodig zijn voor de vereffening van vorderingen en schulden die voortvloeien uit zijn erkenning, is niet duidelijk op basis van welke criteria de minister die beslissing zou nemen, hetgeen op zich reeds vragen oproept in het licht van het de grondwettelijke beginselen van gelijkheid en niet-discriminatie. Het zou aangewezen zijn om af te zien van die keuzevrijheid van de minister.

[9] Vaste rechtspraak van het Grondwettelijk Hof. Zie bijvoorbeeld: GwH 17 juli 2014, nr. 107/2014, B.12; GwH 25 september 2014, nr. 141/2014, B.4.1; GwH 30 april 2015, nr. 50/2015, B.16; GwH 18 juni 2015, nr. 91/2015, B.5.1; GwH 16 juli 2015, nr. 104/2015, B.6; GwH 16 juni 2016, nr. 94/2016, B.3; GwH 18 mei 2017, nr. 60/2017, B.11; GwH 15 juni 2017, nr. 79/2017, B.3.1; GwH 19 juli 2017, nr. 99/2017, B.11; GwH 28 september 2017, nr. 104/2017, B.8.

‡LW-BFEYMCBDC-HFHFGMW‡

Mochten de stellers van het ontwerp de regeling waarin wordt voorzien in artikel 1 van het ontwerp willen implementeren voor de toekomst – dus derwijze dat de nieuwe regeling slechts van toepassing is op subsidiabele periodes en activiteiten die nog moeten aanvangen op het ogenblik van de inwerkingtreding ervan – dan zou dat verschil in behandeling in elk geval moeten worden verantwoord.

DE GRIFFIER DE VOORZITTER

Eline YOSHIMI Pierre LEFRANC

‡LW-BFEYMCBDC-HFHFGMW‡