



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 53.682/3
van 4 oktober 2013

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering 'houdende de subsidies en de eraan gekoppelde voorwaarden voor de realisatie van specifieke dienstverlening door gezinsopvang en groepsopvang van baby's en peuters'

Op 9 juli 2013 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 4 oktober 2013, een advies te verstrekken over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘houdende de subsidies en de eraan gekoppelde voorwaarden voor de realisatie van specifieke dienstverlening door gezinsopvang en groepsopvang van baby’s en peuters’.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 24 september 2013. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Jan SMETS en Jeroen VAN NIEUWENHOVE, staatsraden, Jan VELAERS en Johan PUT, assessoren, en Annemie GOOSSENS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Rein THIELEMANS, eerste auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 4 oktober 2013.

*

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 ertoe een regeling in te voeren betreffende het subsidiëren van organisatoren van kinderopvang van baby's en peuters, ter uitvoering van het decreet van 20 april 2012 'houdende de organisatie van kinderopvang van baby's en peuters'.

De subsidies worden toegekend voor het realiseren van specifieke dienstverlening, zoals bepaald in de subsidievoorwaarden voor de basissubsidie, de "subsidie voor inkomenstarief" (een subsidie voor kinderopvang waarbij de gezinnen een prijs betalen op basis van hun inkomen en waarbij een voorrangregeling geldt voor gezinnen met bepaalde noden), de plussubsidie (een subsidie voor kinderopvang waarbij voorrang wordt gegeven aan kwetsbare gezinnen) en de subsidie voor individuele of structurele inclusieve kinderopvang (een subsidie voor kinderopvang van kinderen met een specifieke zorgbehoefte). Het ontwerp bepaalt telkens de bedragen van de subsidie en de voorwaarden van de specifieke dienstverlening.

Het ontwerp strekt tevens tot de opheffing van een aantal besluiten van de Vlaamse Regering (artikel 46 van het ontwerp).

Tot slot bevat het ontwerp overgangsbepalingen betreffende de omzetting van bestaande subsidies, bepalingen inzake een overgangsperiode in verband met het bedrag van de subsidies en een overgangsperiode betreffende de voorwaarden voor specifieke dienstverlening.

Het te nemen besluit treedt in werking op 1 april 2014.

3.1. Het ontworpen besluit vindt in de eerste plaats rechtsgrond in het decreet van 20 april 2012, meer bepaald in de artikelen 7, tweede lid, 8, § 3, 9, tweede lid, 12, § 1, tweede lid, en 36, derde lid, gelezen in samenhang met artikel 36, tweede lid.¹

Daarnaast dient ervoor rechtsgrond te worden gezocht in artikel 8, § 2, van het decreet van 30 april 2004 'tot oprichting van het intern verzelfstandigd agentschap met rechtspersoonlijkheid Kind en Gezin', gelezen in samenhang met artikel 6 van dat decreet (in de

¹ Tegen de artikelen 7, tweede lid, en 8, §§ 2 en 3, 2°, van het decreet van 20 april 2012 (evenals tegen artikel 6, § 1, 4°, ervan) zijn twee beroepen tot vernietiging hangende bij het Grondwettelijk Hof (zaken met rolnummers 5538 en 5539). Uiteraard kan niet worden vooruitgelopen op het oordeel van het Hof en dient ermee te worden volstaan vast te stellen dat de genoemde bepalingen thans rechtsgrond bieden voor het ontworpen besluit.

versie die zal gelden op 1 april 2014),² en in artikel 6, § 1, van het decreet van 17 oktober 2003 ‘betreffende de kwaliteit van de gezondheids- en welzijnsvoorzieningen’.³

3.2. Enkele bepalingen van het ontwerp vergen op het vlak van de rechtsgrond een nader onderzoek.

3.2.1. In artikel 5, tweede lid, 1° en 2°, van het ontwerp wordt bepaald dat de subsidie voor individuele inclusieve kinderopvang kan worden toegekend onder meer van zodra de organisator minstens een basissubsidie krijgt, en de subsidie voor structurele inclusieve kinderopvang van zodra hem minstens een subsidie voor inkomenstarief wordt toegekend.

In artikel 10 van het decreet van 20 april 2012 worden de subsidies opgesomd die bovenop de subsidies “vermeld in artikel 7, 8 en 9” kunnen worden toegekend door het intern verzelfstandigd agentschap met rechtspersoonlijkheid “Kind en Gezin” (hierna: Kind en Gezin). Vraag is of het hanteren van het woord “en” in artikel 10 van het decreet van 20 april 2012 impliceert dat de betrokken organisator alle in de artikelen 7, 8 en 9 ervan bedoelde subsidies dient te genieten om de subsidies voor inclusieve kinderopvang te kunnen ontvangen.

Hierover ondervraagd, verklaarde de gemachtigde dat het woord “en” louter opsommend, en bijgevolg niet cumulatief is bedoeld. Het is slechts wanneer deze interpretatie wordt gevolgd dat er voldoende rechtsgrond is voor artikel 5, tweede lid, van het ontwerp.

3.2.2. In artikel 21 van het ontwerp wordt het vereiste bedoeld in artikel 8, § 2, van het decreet van 20 april 2012 geconcretiseerd. Krachtens die laatste bepaling geldt ten aanzien van kinderopvanglocaties in het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad een voorrang voor kinderen waarvan minstens één ouder het Nederlands voldoende machtig is, en dit ten belope van maximaal 55 % van de opvangcapaciteit. In artikel 21, tweede lid, van het ontwerp wordt bepaald dat de organisator van kinderopvang ervoor zorgt dat minstens een door de organisator bepaald percentage kinderen, met een maximum van 55 % van alle op jaarbasis opgevangen kinderen, behoren tot de zo-even vermelde categorie met een minimum van één kind. Het percentage wordt vastgesteld “vanuit de noodzaak en de evenredigheid (...) ten opzichte van het te bereiken doel en volgens de lokale noden”.

De gemachtigde verschaft de volgende toelichting bij deze regeling:

“Er zal inderdaad een evaluatie zijn, desnoods met handhaving tot gevolg, samen met de evaluatie van de andere voorrangsregels vermeld in dit BVR. De organisator zal dus moeten aantonen welk opname- en voorrangsbeleid hij hanteert, en dit moet duidelijk gemaakt worden naar de gezinnen toe via het huishoudelijk reglement.

In tegenstelling tot de voorrangsregels voor werkenden/de eerder kwetsbare groepen, heeft de voorrangsregel voor Brussel een andere focus en doelstelling. De Nederlandstaligen in Brussel zijn immers niet gelijk te stellen met dgl groepen die bij voorrang een plaats in de kinderopvang nodig hebben in het kader van hun werksituatie of in het kader van hun precaire situatie. Wel gaat het decreet ervan uit dat er een voorrang

² Rechtsgrond voor de bepalingen waarbij taken worden opgelegd aan het intern verzelfstandigd agentschap met rechtspersoonlijkheid “Kind en Gezin”.

³ Rechtsgrond voor artikel 34 van het ontworpen besluit. Het ontwerp bevat evenwel geen bepalingen ter uitvoering van de artikelen 6, § 2, en 9 van het decreet van 17 oktober 2003.

nodig is voor Nederlandstaligen op zich, dus los van hun werksituatie of al dan niet preciaire situatie. Gezien de nood aan kinderopvang voor die Nederlandstaligen niet overal even groot is, kan aan een organisator geen resultaatsverbintenis in de zin van een vast te behalen percentage opgelegd worden, zoals dat wel het geval is voor de andere voorrangsregels in dit BVR. Wat Brussel betreft heeft de organisator dus de verantwoordelijkheid om zelf zijn lokale situatie te beoordelen, en het te bereiken percentage af te stemmen op de noodzaak aan kinderopvang voor Nederlandstaligen. Deze specifieke voorrang voor Nederlandstaligen kan ten belope van max 55 %, er is geen minimum van 1 % opgenomen omdat ook dit niet steeds overal gehaald kan worden, terwijl het toch mogelijk moet zijn dat er binnen de subsidiegroep 1 kind aan die voorrangsgroep beantwoordt.”

In het decreet van 20 april 2012 is geen uitdrukkelijke machtiging opgenomen om de in artikel 8, § 2, ervan opgenomen voorrangsregel verder uit te werken, maar de nadere regeling ervan zou kunnen worden gebaseerd op de meer algemene machtigingen vervat in de artikelen 8, § 3, 2°, en 12, § 1, tweede lid, van dat decreet. Dan nog rijst de vraag of het aan de organisator van kinderopvang kan worden overgelaten om ten aanzien van zichzelf, bij wijze van een vooraf bepaalde regel, het percentage te bepalen van kinderen waarvoor de voorrangsregel geldt, dan wel of het percentage kinderen van de genoemde categorie dat moet worden opgenomen, het gevolg moet zijn van een loutere toepassing van artikel 8, § 2, van het decreet van 20 april 2012.

3.2.3. In artikel 28, eerste lid, van het ontwerp wordt bepaald dat het openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn beslist over het individueel verminderde inkomenstarief.

De Raad van State, afdeling Wetgeving, ziet niet welke de rechtsgrond is om de openbare centra voor maatschappelijk welzijn, die instellingen zijn met rechtspersoonlijkheid waarvan de taken bij wet of decreet zijn geregeld, met zulke opdracht te belasten.⁴

VORMVEREISTEN

4. Krachtens artikel 4, § 2, 2°, van het decreet van 7 december 2007 ‘houdende de oprichting van de Strategische Adviesraad voor het Vlaamse Welzijns- Gezondheids- en Gezinsbeleid en van een Adviescommissie voor Voorzieningen van Welzijn, Volksgezondheid en Gezin en (Kandidaat)-pleegzorgers’ is de Vlaamse Regering verplicht om aan de Strategische Adviesraad voor het Vlaamse Welzijns-, Gezondheids- en Gezinsbeleid advies te vragen over de ontwerpen van besluit van de Vlaamse Regering die van “strategisch belang” zijn.

Al heeft de Vlaamse Regering een appreciatieruimte om te bepalen welke besluiten van strategisch belang zijn, in dit geval kan bezwaarlijk worden ontkend dat het om zulk een besluit gaat nu het een basisbesluit betreft inzake de kinderopvang van baby’s en peuters. Over het ontwerp diende derhalve het advies van de genoemde adviesraad te worden gevraagd.

⁴ Zo zulke rechtsgrond toch voorhanden zou zijn, dient hij in de aanhef van het ontworpen besluit te worden vermeld.

Volgens de gemachtigde werd geen advies gevraagd “omdat hun advies al gevraagd is in het kader van het decreet”. In het ontwerp wordt evenwel een inhoudelijke invulling gegeven aan machtigingen betreffende de subsidiëring van gezinsopvang en groepsopvang die in het decreet van 20 april 2012 slechts in het algemeen zijn geformuleerd. Ook over het ontwerp is derhalve het advies van de genoemde strategische adviesraad vereist.

Mocht het vervullen van dit vormvereiste aanleiding geven tot wijzigingen aan het ontwerp, dan dienen die wijzigingen nog om advies te worden voorgelegd aan de Raad van State, afdeling Wetgeving.

5.1. In de nota aan de Vlaamse Regering wordt bevestigd dat kinderopvang een economische activiteit is (of althans kan zijn) en dat rekening moet worden gehouden met de regelgeving van de Europese Unie inzake staatssteun. Het ontwerp valt volgens de nota onder 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’ (hierna: besluit 2012/21/EU), en werd volgens de gemachtigde om die reden niet aangemeld.

Compensatie ten behoeve van het verrichten van diensten van algemeen economisch belang waarmee wordt voldaan aan sociale behoeften wat betreft onder meer kinderopvang, behoort luidens artikel 2, lid 1, c), van besluit 2012/21/EU tot de categorieën van staatssteun die onder de toepassing van dat besluit vallen.

Bij artikel 4 van het genoemde besluit wordt vereist dat in een besluit de inhoud en de duur van de openbare dienstverplichtingen worden vermeld.

5.2. Er kan worden aangenomen dat de openbaredienstverplichtingen zijn omschreven onder de hoofdstukken “voorwaarden specifieke dienstverlening” van het ontwerp en dat die voorwaarden aspecten van het algemeen belang regelen. Wat betreft de duur van de openbare dienstverplichtingen verwijst de gemachtigde naar artikel 4 van het ontwerp, waarin wordt bepaald dat de subsidie geldt voor een duur van tien jaar, zodat de subsidievoorwaarden even lang gelden.

5.3. Het ontwerp bevat geen “beschrijving van het compensatiemechanisme en de parameters voor berekening, monitoring en herziening van de compensatie”, zoals nochtans wordt vereist bij artikel 4, d), van besluit 2012/21/EU.

De gemachtigde verklaarde in dat verband wat volgt:

“Uitgangspunt bij de berekening van de bedragen, is dat elk bedrag overeenstemt met het kunnen voldoen aan de specifieke dienstverlening. Daarom zijn de bedragen ook getrapd opgebouwd. Monitoring zal er zijn, organisatoren zullen regelmatig gegevens moeten doorgeven cf art 8, en zullen zich moeten kunnen verantwoorden cf art 6 mbt opbouw reserves. Op die manier voldoen we, via dit BVR en het uitvoerend MB, aan de Europese verplichtingen. Het BVR handhaving zal criteria bevatten om zo nodig compensatie te herzien.”

Het is evenwel de vraag of de in de verklaring van de gemachtigde aangehaalde elementen volstaan om te voldoen aan het vereiste opgelegd bij artikel 4, d), van het genoemde besluit.

5.4. Krachtens artikel 4, e), van besluit 2012/21/EU dienen de besluiten waarin de openbare dienstverplichtingen zijn opgenomen, regelingen te bevatten om eventuele overcompensatie te vermijden en terug te vorderen.

Artikel 6 van het ontwerp bevat weliswaar een regeling inzake het opbouwen van reserves en de terugstorting van gelden bij overschrijding van bepaalde grenzen, maar deze regeling is minder streng dan deze bepaald in artikel 6, lid 2, van besluit 2012/21/EU.

Hierover ondervraagd, antwoordde de gemachtigde dat artikel 6 van het te nemen besluit nader zal worden uitgevoerd in een ministerieel besluit gesteund op de in het tweede lid van dat artikel vervatte delegatie, waarin nadere criteria, onder meer betreffende de berekeningswijze van de reserves, zullen worden opgenomen.

Een nadere uitvoering in een ministerieel besluit volstaat evenwel niet om de in het ontwerp opgenomen regeling conform artikel 6 van besluit 2012/21/EU te maken. Een aanpassing van artikel 6 van het ontwerp is derhalve noodzakelijk.

5.5. Bij artikel 5, lid 9, van besluit 2012/21/EU wordt een interne boekhouding vereist waarin de kosten en de inkomsten die verband houden met de diensten van algemeen economisch belang en die van de andere door dezelfde organisator verrichte diensten, gescheiden opgenomen zijn.

De gemachtigde verwees in dat verband naar artikel 24 van het ontwerp en verklaarde:

“Deze voorwaarde wordt pas opgelegd vanaf een zekere grootte, omdat we dit een te zware specifieke verplichting vinden voor kleine voorzieningen (oa boekhouder inschakelen). Deze kleine voorzieningen moeten sowieso voldoen aan de vergunningsvoorwaarde, art 56 BVR vergunningen, om hun financiële werking te volgen.”

Artikel 24 van het ontwerp houdt evenwel niet in dat een gescheiden boekhouding moet worden gevoerd waarin een onderscheid wordt gemaakt tussen de diensten van algemeen economisch belang en de andere diensten, en is bovendien niet van toepassing op alle subsidiegenieters.

5.6. Het ontwerp dient ofwel op de punten vermeld *sub* 5.3, 5.4 en 5.5 in overeenstemming met besluit 2012/21/EU te worden gebracht,⁵ ofwel, indien men het ontwerp ongewijzigd wenst te behouden, alsnog te worden aangemeld bij de Europese Commissie aangezien dan niet voldaan is aan de voorwaarden om de vrijstelling van aanmelding te genieten. Die aanmelding is noodzakelijk om de sanctie te vermijden in geval van een onterechte

⁵ In dat geval dient krachtens artikel 4, f), van besluit 2012/21/EU in het ontwerp melding te worden gemaakt van dat besluit.

niet-aanmelding, namelijk dat de steun *per se* nietig is (zelfs indien ze verenigbaar verklaard zou kunnen worden als ze correct werd aangemeld).

ALGEMENE OPMERKINGEN

6. Het ontwerp bevat verschillende delegaties van verordenende bevoegdheid aan de Vlaamse minister, bevoegd voor bijstand aan personen (hierna: de minister). Dergelijke delegaties zijn, op grond van artikel 22 van het bijzonder decreet van 7 juli 2006 ‘over de Vlaamse instellingen’ weliswaar geoorloofd, doch enkel voor zover de bevoegdheid die aan de minister wordt opgedragen, betrekking heeft op detailmaatregelen of op uitvoeringsmaatregelen van bijkomstige aard.

Door de eerste auditeur-verslaggever om toelichting gevraagd omtrent een aantal delegaties die op het eerste gezicht niet beantwoorden aan de zo-even in herinnering gebrachte voorwaarde, antwoordde de gemachtigde wat volgt:

Voor al deze artikels geldt dat de hoofdprincipes opgenomen zijn in het BVR:

- art 3, zesde lid, art 6, tweede lid, 8, derde lid: de uitvoering is een zeer detailmatige, eerder technische aangelegenheid;

- art 11, tweede lid, art 12, derde lid, art 15, vierde lid, 16, vierde lid, 17, derde lid, 19, derde lid, art 40, tweede lid, artikel 43, derde lid, art 48, tweede lid: de berekening/verrekening/omzetting/bepaling van een verhouding is een zeer technische aangelegenheid;

- art 20 en 32, vierde lid, vierde lid: in het BVR is duidelijk dat het om een laag bedrag gaat, het bedrag zelf is een evolutief gegeven;

- art 24: het bij te voegen rekeningsstelsel is eerder detail;

- art 26, vierde lid, art 27, derde lid, art 29, tweede lid, art 30, tweede lid: het gaat om details, zoals concretisering van welke dagen gerechtvaardigde afwezigheidsdagen zijn en waarvoor een bijkomend tarief gevraagd kan worden en welk inkomen telt bij gebrek aan Belgisch aanslagbiljet;

- art 57, derde lid: eenmalige compensatie, saldoafrekening en rechtzetting is een detailmatige aangelegenheid.”

Vooreerst dient te worden opgemerkt dat die bepalingen, doordat aan de minister de bevoegdheid wordt verleend de “nadere regels” betreffende een aangelegenheid vast te stellen, te algemeen en te vaag zijn geformuleerd, wat het in een aantal gevallen moeilijk maakt om te beoordelen of de delegaties binnen de perken van het toelaatbare blijven. Overigens dient het omwille van de duidelijkheid en de rechtszekerheid te worden vermeden een delegatiebepaling op die manier te formuleren.

Los daarvan dient te worden opgemerkt dat alvast de in de artikelen 26, vierde lid, 27, derde lid, en 28, tweede lid,⁶ van het ontwerp opgenomen delegaties in geen geval kunnen worden geacht betrekking te hebben op detailmaatregelen of uitvoeringsmaatregelen van

⁶ Zie met betrekking tot artikel 28, eerste lid, opmerking 3.2.3.

bijkomstige aard, en derhalve minstens nader omschreven zouden moeten worden of aan criteria verbonden.

7. In artikel 8, tweede lid, van het ontwerp wordt aan Kind en Gezin de bevoegdheid toegekend om administratieve richtlijnen uit te vaardigen betreffende gegevens of informatie die hem dienen te worden bezorgd. In artikel 27 van het ontwerp wordt bovendien bepaald dat het inkomenstarief door de contracthouder wordt berekend met het berekeningsinstrument op de website van Kind en Gezin, en aan de hand van een document opgesteld door Kind en Gezin wordt doorgegeven aan de organisator.

Voor zover de administratieve richtlijnen, het berekeningsinstrument en het document waarvan zo-even gewag is gemaakt, beperkt blijven tot praktische aspecten van aangelegenheden die in het decreet van 20 april 2012 of de uitvoeringsbesluiten ervan worden geregeld, bestaat geen bezwaar tegen een optreden van Kind en Gezin ter zake.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

AANHEF

8. De aanhef dient in overeenstemming te worden gebracht met hetgeen is opgemerkt betreffende de rechtsgrond voor het ontworpen besluit.

9. In het huidige twaalfde lid van de aanhef dient het woord “advies” te worden vervangen door het woord “akkoord”.

10. Aangezien om advies is gevraagd met toepassing van artikel 84, § 1, eerste lid, 1°, van de wetten op de Raad van State, redigere men het huidige dertiende lid van de aanhef als volgt:

“Gelet op advies 53.682/3 van de Raad van State, gegeven op 4 oktober 2013, met toepassing van artikel 84, § 1, eerste lid, 1°, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;”.

DISPOSITIEF

Artikel 21

11. De gemachtigde bevestigde dat in artikel 21, eerste lid, van het ontwerp moet worden verwezen naar artikel 8, § 1, in plaats van naar artikel 8, § 2.

12. Onverminderd opmerking 3.2.2, dient te worden verduidelijkt wat in artikel 21, tweede lid, van het ontwerp wordt bedoeld met de zinsnede “is gemotiveerd vanuit de noodzaak en de evenredigheid daarvan ten opzichte van het te bereiken doel”.

Artikel 46

13. Aan de in artikel 46, 1° en 3°, van het ontwerp vermelde besluiten van de Vlaamse Regering van 14 december 2001 ‘betreffende de vergoeding van installatiekosten aan opvanggezinnen’ en van 13 februari 2009 ‘houdende de voorwaarden inzake financiële ondersteuning van zelfstandige opvangvoorzieningen” werd, respectievelijk aan artikel 10 en artikel 26, een zin toegevoegd bij artikel 77 van het decreet van 23 december 2010 ‘houdende bepalingen tot begeleiding van de begroting 2011’. De opheffing van die zin kan dan ook niet bij besluit van de Vlaamse Regering gebeuren, maar dient bij decreet tot stand te komen.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Annemie GOOSSENS

Jo BAERT