



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 56.032/3
van 8 mei 2014

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘houdende de
subsidievoorwaarden voor buitenschoolse gezinsopvang en
groepsopvang’

Op 9 april 2014 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Welzijn, Volksgezondheid en Gezin verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘houdende de subsidievoorwaarden voor buitenschoolse gezinsopvang en groepsopvang’.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 29 april 2014. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Jan SMETS en Kaat LEUS, 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 8 mei 2014.

*

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.¹

*

STREKKING EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

2. Het om advies voorgelegde ontwerpbesluit strekt ertoe de subsidiëring te regelen van de buitenschoolse kinderopvang (“buitenschoolse gezinsopvang of groepsopvang”).

Uit de nota aan de leden van de Vlaamse Regering die bij de adviesaanvraag is gevoegd, blijkt dat het ontwerp is tot stand gekomen omdat, ten gevolge van het decreet van 20 april 2012 ‘houdende de organisatie van kinderopvang van baby’s en peuters’ en zijn uitvoeringsbesluiten,² de bestaande besluiten inzake de kinderopvang, die thans mede van toepassing zijn op de buitenschoolse kinderopvang, zijn of zullen worden opgeheven en het derhalve nodig is om nieuwe regelingen inzake de buitenschoolse kinderopvang vast te stellen.

3.1.1. Het ontworpen besluit vindt grotendeels rechtsgrond in artikel 12 van het decreet van 30 april 2004 ‘tot oprichting van het intern verzelfstandigd agentschap met rechtspersoonlijkheid Kind en Gezin’. Luidens dat artikel kan de Vlaamse Regering in het raam van de taak van het agentschap, die is vermeld in de artikelen 5, 6, 7 en 8 van hetzelfde decreet, nadere regels bepalen betreffende de normen en de voorwaarden om initiatieven toe te staan of te subsidiëren, met dien verstande dat de toelatings- of erkenningsbeslissing bij het Agentschap Kind en Gezin berust. *In casu* betreft het een taak bepaald in artikel 6 van het decreet van 30 april 2004.

3.1.2. In de mate voor sommige subsidies als subsidievoorwaarde wordt gesteld dat de organisator beschikt over een attest van toezicht, moet worden herinnerd aan advies 45.812/3 van 3 februari 2009 over het ontwerp dat heeft geleid tot het (thans opgeheven) besluit van de Vlaamse Regering van 13 februari 2009 ‘houdende de regeling van het attest van toezicht voor zelfstandige opvangvoorzieningen’. In dat advies (zie opmerking 3) kwam de Raad van State tot de conclusie dat noch artikel 12 van het decreet van 30 april 2004, noch enige andere bepaling van hetzelfde decreet, noch de algemene uitvoeringsbevoegdheid van de Vlaamse Regering rechtsgrond kan bieden voor een regeling inzake het verkrijgen van een attest van toezicht.³

¹ Gelet op de aanhoudende overbevraging van de afdeling Wetgeving en de toegemeten termijn, heeft de Raad van State geen diepgaand onderzoek over elk van de bepalingen van het ontwerp kunnen verrichten, zelfs niet met betrekking tot de genoemde punten. Het advies dient dan ook met dit voorbehoud te worden gelezen.

² Besluit van de Vlaamse Regering van 22 november 2013 ‘houdende de vergunningsvoorwaarden en het kwaliteitsbeleid voor gezinsopvang en groepsopvang van baby’s en peuters’, 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’ en ontwerp van de Vlaamse Regering ‘houdende de procedures voor de aanvraag en de toekenning van de vergunning en de subsidies voor gezinsopvang en groepsopvang van baby’s en peuters’.

³ Zie ook adv.RvS 46.281/3 van 15 april 2009 over het ontwerp dat heeft geleid tot het besluit van de Vlaamse Regering van 30 april 2009 ‘tot wijziging van het besluit van de Vlaamse Regering van 30 maart 2007 betreffende de oprichting van een technische commissie voor de brandveiligheid in de kinderdagverblijven, de initiatieven voor buitenschoolse opvang en de mini-crèches, en de uitbreiding ervan naar de samenwerkende onthaalouders’.

Daaruit volgt dat ook geen rechtsgrond bestaat voor het opleggen van de genoemde subsidievoorwaarde.

3.1.3. Artikel 93 van het ontwerp vindt in beginsel rechtsgrond in artikel 13, § 4, eerste lid, van het decreet van 30 april 2004. Aangezien de bevoegdheden van de ambtenaren belast met het toezicht in artikel 13, § 4, tweede lid, van dat decreet worden bepaald, zonder dat daarbij nog een verdere delegatie aan de Vlaamse Regering wordt gegeven, dient de tweede zin van artikel 93, tweede lid, van het ontwerp, waarin bepaalde toezichtsbevoegdheden worden toegekend aan de betrokken personeelsleden van het agentschap Zorginspectie, te worden weggelaten.⁴ De toegekende toezichtsbevoegdheden sporen overigens niet geheel met de in de genoemde decretale bepaling toegekende bevoegdheden.

3.1.4. Wat betreft het opleggen van taken aan Kind en Gezin, wordt de rechtsgrond geboden door artikel 8, § 2, van het decreet van 30 april 2004, gelezen in samenhang met artikel 6 ervan.

3.2. De artikelen 52, tweede lid, 59, 68, 81, tweede lid, en 84 van het ontwerp regelen aspecten die door de organisatoren van de opvang in het kwaliteitshandboek moeten worden opgenomen. De gemachtigde is het ermee eens dat deze bepalingen mede uitvoering geven aan artikel 6, § 1, van het decreet van 17 oktober 2003 ‘betreffende de kwaliteit van de gezondheids- en welzijnsvoorzieningen’, zodat deze bepaling mede rechtsgrond biedt voor het ontworpen besluit.

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.

Volgens de gemachtigde werd het advies van de genoemde strategische adviesraad niet gevraagd, om volgende reden:

“Er werd geen advies gevraagd van de Strategische Adviesraad, aangezien deze ontwerpen inderdaad niet van strategisch belang zijn. Er is, zoals u weet een groot transitieproces doorgevoerd in de kinderopvangsector voor baby's en peuters. Veel

(opmerking 3.1, derde alinea), adv.RvS 48.029/3 van 27 april 2010 over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot wijziging van de regelgeving betreffende kinderopvang, wat betreft de bestrijding van discriminatie in de kinderopvang’ (opmerking 3.1, derde alinea), adv.RvS 50.026/1/V van 6 september 2011 over het ontwerp dat heeft geleid tot het besluit van de Vlaamse Regering van 21 oktober 2011 ‘tot wijziging van diverse besluiten van de Vlaamse Regering met betrekking tot kinderopvang’, (opmerking 3.3) en adv.RvS 51.088/3 van 27 maart 2013 over het ontwerp dat heeft geleid tot het besluit van de Vlaamse Regering van 27 april 2012 ‘houdende de voorwaarden voor een attest van toezicht van Kind en Gezin voor vakantieopvang van kleuters en lagere schoolkinderen’(opmerking 3).

⁴ Zie voorts opmerking 21.

regelgeving voor de buitenschoolse opvang zat echter vervat in dezelfde besluiten, zodat deze besluiten ook aangepast moesten worden. Er is voor gekozen om deze besluiten op te heffen en ter vervanging nieuwe besluiten te maken, zonder echter de inhoud aan te passen. De verplichtingen, het toekennen van attesten van toezicht en erkenningen en de wijze van subsidiëring blijft dus grotendeels onveranderd. Waar er toch wijzigingen zijn, betreft het wijzigingen die noodzakelijk zijn voor de afstemming op de nieuwe regelgeving van de baby's en peuters. Er worden met andere nu geen nieuwe beleidskeuzes gemaakt. De eventuele hervorming van de buitenschoolse opvangsector is mogelijk een project voor de komende jaren, waarbij dan uiteraard de nodige stappen gezet zullen worden. Nu betreft het louter een herwerken van de bestaande regelgeving naar aanleiding van de hervormingen in de kinderopvangsector van baby's en peuters.”

In de mate inderdaad geen nieuwe beleidskeuzes worden gemaakt in het ontwerp,⁵ is het advies van de genoemde adviesraad niet vereist.

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. Uit de artikelen 4 tot 7 van het ontwerp en uit de nota aan de Vlaamse Regering blijkt dat de stellers van het ontwerp ervan uitgaan dat het ontwerp valt onder de toepassing van 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’. Het ontwerp 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 ervan vallen.

5.2. Bij artikel 4, a), van besluit 2012/21/EU wordt evenwel vereist dat in een besluit de inhoud en de duur van de openbare dienstverplichtingen worden vermeld.

Er kan worden aangenomen dat de openbaredienstverplichtingen zijn omschreven onder de afdelingen “Voorwaarden voor specifieke dienstverlening” van het ontwerp en dat die voorwaarden aspecten van het algemeen belang regelen. Wat betreft de duur van de openbaredienstverplichtingen bepaalt artikel 5 van het ontwerp dat, zolang de organisator voldoet aan de voorwaarden voor de realisatie van specifieke dienstverlening, de subsidie geldt voor een duur van tien jaar, zodat de subsidievoorwaarden even lang gelden.

Aan de vereisten van artikel 4, a), van besluit 2012/21/EU is derhalve voldaan.

⁵ Binnen de beschikbare tijd kon niet worden nagegaan in hoeverre het ontwerp bestaande regelingen herneemt dan wel nieuwe elementen invoert.

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:

“Er zijn een aantal parameters aanwezig, met name bepaalde subsidies zijn gekoppeld aan het aantal plaatsen, aan de effectieve prestaties die men levert, er vindt een bezettingsevaluatie plaats waarbij een te lage bezetting impact heeft op de toekenning van de subsidie...

Zoals echter reeds gesteld, betreft deze regelgeving louter een coördinatie van de regelgeving die van kracht was voor 1 april 2014 en die ontstaan is voor het grootste stuk in de periode tussen 2001 en 2010, zijnde voor het besluit van de Commissie van kracht was. [... Er komt] ook voor de buitenschoolse opvang een hervormingsproject [aan] (zie Staten-Generaal die hierover doorging afgelopen weken - <http://www.kindengezin.be/kinderopvang/nieuw-decreet/mijn-veranderingen/buitenschoolse/> en ook <http://www.jovandeurzen.be/nl/staten-generaal-buitenschoolse-kinderopvang>). In het kader daarvan zal uiteraard gestreefd worden naar een regelgeving die volledig Europa-conform is en die volledig voldoet aan de regels mbt compensatie en parameters.”

Het voornemen om de regelgeving naderhand aan te passen, volstaat uiteraard niet om te voldoen aan de vereisten van, met name, artikel 4, d), van besluit 2012/21/EU. Het ontwerp dient nu reeds op dit punt te worden aangevuld wil men de toepassing van dat besluit genieten.

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 7 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.

Ook wat dit betreft kan niet worden volstaan met voorgenomen latere wijzigingen van de regelgeving, waarnaar de gemachtigde verwijst, maar dient het ontwerp te worden aangepast om een beroep te kunnen doen op het genoemde besluit.

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 de kosten en de inkomsten van de andere door dezelfde organisator verrichte diensten, gescheiden opgenomen zijn.

Artikel 6, tweede lid, van het ontwerp strekt ertoe op te leggen dat de organisator van de kinderopvang een boekhouding hanteert waarin de inkomsten en de uitgaven die verband houden met de activiteiten van buitenschoolse opvang, voor de toerekening van kosten en inkomsten transparant worden afgezonderd. Bij deze bepaling wordt derhalve een afsplitsing vereist inzake de activiteiten van buitenschoolse opvang (globaal genomen), en niet van de activiteiten die de specifieke dienstverlening uitmaken, wat niet in overeenstemming is met artikel 5, lid 9, van besluit 2012/21/EU.

De gemachtigde verklaarde dat eventueel de woorden “activiteiten van buitenschoolse opvang en meer bepaald met de specifieke dienstverlening waarvoor men subsidies ontvangt” kunnen worden toegevoegd. Indien men evenwel schrijft “een boekhouding die inkomsten en uitgaven die verband houden met de specifieke dienstverlening als bepaald in dit besluit, voor de toerekening (...)”, zou het ontwerp nog beter in overeenstemming zijn met besluit 2012/21/EU.

5.6. Zo men het ontwerp wat de punten vermeld *sub* 5.3 en 5.4 betreft niet in overeenstemming brengt met besluit 2012/21/EU, zal het alsnog dienen 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 niet-aanmelding, namelijk dat de steun *per se* nietig is (zelfs indien ze verenigbaar met het recht van de Europese Unie verklaard zou kunnen worden als ze correct werd aangemeld).

6. Voor de bepalingen van het ontwerp waarbij uitvoering wordt gegeven aan artikel 6, § 1, van het decreet van 17 oktober 2003 ‘betreffende de kwaliteit van de gezondheids- en welzijnsvoorzieningen’ (zie opmerking 3.2), wordt bij artikel 6, § 3, van hetzelfde decreet overleg met de sector voorgeschreven.

De gemachtigde verklaarde:

“Aangezien de verplichtingen mbt het kwaliteitsbeleid geen nieuwe verplichtingen zijn, maar gewoon overgenomen werden uit de voorgaande regelgeving, geldig voor 1 april 2014, was een consultatie niet nodig. Bij de invoering destijds werd de sector wel betrokken.”

Voor zover het inderdaad gaat om verplichtingen die reeds bestaan (hetgeen binnen de toegemeten tijd niet kon worden nagegaan) en erover effectief overleg met de sector werd gepleegd, kan worden aangenomen dat inderdaad geen nieuw overleg nodig is.

ALGEMENE OPMERKINGEN

7. Bij een aantal artikelen van het ontwerp wordt aan de Vlaamse minister bevoegd voor de bijstand aan personen de bevoegdheid toegekend om “de nadere regels” vast te stellen met betrekking tot de erin bedoelde aangelegenheden, waarbij slechts bij wijze van voorbeeld (“onder meer”) wordt aangegeven waarop de delegatie slaat (artikelen 7, tweede lid, 8, tweede lid, 10, tweede lid, en 80, derde lid). Aangezien delegaties aan ministers beperkt dienen te blijven tot aangelegenheden van detailmatige aard of van bijkomstig belang en ministers niet beschikken over een algemene uitvoeringsbevoegdheid ten aanzien van besluiten van de Vlaamse Regering, noch hen zulke bevoegdheid kan worden toegekend, dienen de delegaties aan de genoemde minister steeds nauwkeurig en op een limitatief omschreven wijze te worden toegekend.

De gemachtigde verschafte de volgende toelichting bij de onderscheiden delegaties aan de genoemde minister:

“- artikel 7 tweede lid: het MB zal louter de criteria vermelden waaraan de plannen moeten voldoen. Het betreft: wanneer uiterlijk de goedkeuring van de plannen moet

bekomen zijn, binnen welke termijn uiterlijk de aanwending van de middelen moet gebeuren, voor hoeveel jaar verlies het aanzuiveringsplan mag dienen

- artikel 8 tweede lid: mbt het voorbehoud zal de minister louter bepalen dat het per subsidie geldt, voor hoe lang het voorbehoud geldt en dat het in bepaalde gevallen automatisch geldt en in andere gevallen op verzoek en hoe het voorbehoud afloopt

- artikel 10 tweede lid: de minister zal bepalen hoeveel het voorschot bedraagt (95% van geraamd bedrag), wanneer het betaald wordt en op welke wijze een raming gemaakt wordt van het voorschot, en dus op basis van welke gegevens, hoe de saldoafrekening gebeurt en hoe de rechtzetting gebeurt.

- artikel 14 tweede lid: de formule van hoe de verhouding berekend wordt

- artikel 17 eerste lid: lijst van kwalificatiebewijzen die in aanmerking komen

- artikel 21 tweede lid: de formule van hoe de verhouding berekend wordt

- artikel 62 tweede lid: idem vorige

- artikel 77 tweede lid: idem vorige

- artikel 80 derde lid: idem vorige.”

Wanneer de delegaties worden beperkt tot de genoemde aangelegenheden, rijst ertegen geen bezwaar.

8.1. In artikel 11, eerste lid, van het ontwerp wordt gewag gemaakt van administratieve richtlijnen opgesteld door Kind en Gezin.

Gevraagd of die richtlijnen de loutere vertaling zullen zijn van wat reeds bij het nemen besluit en het ministerieel uitvoeringsbesluit is bepaald, dan wel of erin ook elementen zullen voorkomen die Kind en Gezin zelf toevoegt, verklaarde de gemachtigde:

“Het MB zal concreet opsommen welke gegevens op welke frequentie bezorgd moeten worden. Kind en Gezin zal louter administratieve richtlijnen geven op welke wijze, met welke formulieren deze gegevens bezorgd kunnen worden, dus het betreft een loutere vertaling van de regelgeving.”

Indien de genoemde bepaling zo wordt opgevat, rijst ertegen geen bezwaar.

8.2. In artikel 34, tweede lid, van het ontwerp wordt een delegatie van verordenende bevoegdheid gegeven aan Kind en Gezin om de nadere regels te bepalen voor de afbakening van de achtergestelde gebieden.

Het verlenen van verordenende bevoegdheid aan een openbare instelling is in beginsel niet in overeenstemming met de algemene publiekrechtelijke beginselen omdat erdoor geraakt wordt aan het beginsel van de eenheid van de verordenende macht en een rechtstreekse parlementaire controle ontbreekt. Bovendien ontbreken de waarborgen waarmee de klassieke regelgeving gepaard gaat, zoals die inzake de bekendmaking en de preventieve controle van de Raad van State, afdeling Wetgeving.

Dergelijke delegaties kunnen dan ook enkel worden gebillijkt om praktische redenen en in de mate zij een zeer beperkte of een hoofdzakelijk technische draagwijdte hebben, en ervan uitgegaan mag worden dat de instellingen die de betrokken reglementering dienen toe te

passen of er toezicht op uitoefenen, ook het best geplaatst zijn om deze met kennis van zaken uit te werken.

Gevraagd om nadere toelichting bij artikel 34, tweede lid, van het ontwerp, verklaarde de gemachtigde:

“Het betreft achtergestelde buurten zoals gedefinieerd in de ‘Atlas van achtergestelde buurten in Vlaanderen en Brussel’ van prof. Kesteloot. ((bron: Kesteloot Christian, Meys Sarah (2008), <http://geo.kuleuven.be/geography/projects/atlasdeprivednbh/>).”

en, betreffende de delegatie aan Kind en Gezin,

“Het betreft een subsidie voor kinderen uit achtergestelde gebieden, waarbij Kind en Gezin louter de rol toebedeeld krijgt om te beoordelen op basis van de Atlas van achtergestelde buurten van Vlaanderen en Brussel van Prof Kesteloot of een aanvraag tot subsidie in aanmerking kan komen.”

De bepaling zoals ze thans is geformuleerd, kan niet behouden blijven omdat erbij een bevoegdheid wordt verleend aan Kind en Gezin die niet is gebonden aan enig criterium en ze niet inpasbaar is in de gevallen waarin een delegatie aan dat agentschap zou kunnen worden gebillijkt. Ook kan niet worden gerefereerd aan de in het antwoord van de gemachtigde vermelde atlas, aangezien de beoordeling door Kind en Gezin dan zou gebeuren aan de hand van een norm die niet volgens de geëigende regels is tot stand gekomen en bekendgemaakt en overigens weinig transparant is. In de plaats daarvan dient het begrip “achtergesteld gebied” in het ontwerp te worden omschreven of dienen erin criteria te worden opgenomen aan de hand waarvan dat begrip kan worden bepaald.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

AANHEF

9. In het eerste lid van de aanhef dient tevens melding te worden gemaakt van de artikelen 8, § 2, en 13, § 4, eerste lid, van het decreet van 30 april 2004.

10. Er dient een lid aan de aanhef te worden toegevoegd waarin wordt verwezen naar artikel 6, § 1, van het decreet van 17 oktober 2003 ‘betreffende de kwaliteit van de gezondheids- en welzijnsvoorzieningen’.

11. Gelet op de wijziging van artikel 84, § 1, eerste lid, van de wetten op de Raad van State bij de wet van 20 januari 2014 ‘houdende de hervorming, de procedureregeling en de organisatie van de Raad van State’, dient in het huidige vierde lid van de aanhef (dat het vijfde lid wordt) te worden verwezen naar 2° van die bepaling in plaats van naar 1° ervan.

DISPOSITIEF

Artikel 1

12. In artikel 1, 4°, 12°, 23° en 24°, van het ontwerp worden voorzieningen gedefinieerd die erkend zijn door Kind en Gezin op basis van besluiten van de Vlaamse Regering die thans zijn opgeheven of waaraan een subsidie wordt verleend door Kind en Gezin op basis van eveneens opgeheven besluiten.

Er kan in principe niet worden verwezen naar regelgeving die niet meer in werking is. Volgens de gemachtigde is het evenwel de bedoeling om de voorzieningen te definiëren die vóór 1 april 2014, dit is de datum van inwerkingtreding van het decreet van 20 april 2012 ‘houdende de organisatie van kinderopvang van baby’s en peuters’ en de twee uitvoeringsbesluiten ervan (waarbij de betrokken besluiten van de Vlaamse Regering worden opgeheven) erkend waren als dienst voor onthaalouders of als kinderdagverblijf, en die ook vóór die datum een subsidie kregen als zelfstandig kinderdagverblijf of zelfstandige onthaalouder op basis van het besluit van de Vlaamse Regering van 30 april 2009 ‘houdende de regeling van inkomensgerelateerde opvang bij zelfstandige opvangvoorzieningen’.

Men schrijve dan in artikel 1, 4°, van het ontwerp:

“dienst voor onthaalouders: de voorziening die vóór 1 april 2014 erkend was door Kind en Gezin op basis van het besluit van de Vlaamse Regering van 23 februari 2001 houdende de voorwaarden inzake erkenning en subsidiëring van kinderdagverblijven en diensten voor onthaalouders” (en zo ook voor “kinderdagverblijf” in artikel 1, 12°, van het ontwerp)

en in artikel 1, 23°, van het ontwerp:

“zelfstandig kinderdagverblijf: de voorziening aan wie vóór 1 april 2014 een subsidie werd toegekend door Kind en Gezin op basis van het besluit van de Vlaamse Regering van 30 april 2009 houdende de regeling van inkomensgerelateerde opvang bij zelfstandige opvangvoorzieningen” (en zo ook voor “zelfstandige onthaalouder” in artikel 1, 24°, van het ontwerp).

Artikel 9

13. Gevraagd waarom de in artikel 9 van het ontwerp bedoelde indexatie enerzijds plaatsvindt op grond van het indexcijfer van de consumptieprijzen en anderzijds het moment van indexering wordt bepaald aan de hand van de gezondheidsindex, verklaarde de gemachtigde dat de term consumptieprijzen vervat zit in de titel van de wet van 1 maart 1977 ‘houdende inrichting van een stelsel waarbij sommige uitgaven in de overheidssector aan het indexcijfer van de consumptieprijzen van het Rijk worden gekoppeld’ en dat gewerkt wordt op basis van die wet, met het gezondheidsindexcijfer.

Het lijkt derhalve de bedoeling te zijn enkel het gezondheidsindexcijfer te hanteren. In dat geval dient niet te worden verwezen naar het indexcijfer van de consumptieprijzen als bedoeld in de wet van 1 maart 1977, maar wel naar het prijsindexcijfer dat berekend en benoemd

wordt voor de toepassing van artikel 2 van het koninklijk besluit van 24 december 1993 ‘ter uitvoering van de wet van 6 januari 1989 tot vrijwaring van het concurrentievermogen’.

Artikel 17

14. Het besluit van de Vlaamse Regering van 23 maart 2007 ‘houdende de voorwaarden inzake financiële ondersteuning van zelfstandige opvangvoorzieningen’, waarnaar wordt verwezen in artikel 17, derde lid, van het ontwerp, is opgeheven bij het besluit van de Vlaamse Regering van 13 februari 2009 ‘houdende de voorwaarden inzake financiële ondersteuning van zelfstandige opvangvoorzieningen’, dat op zijn beurt is opgeheven bij 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’.

Volgens de gemachtigde moet in de genoemde bepaling naar het besluit van de Vlaamse Regering van 13 februari 2009 worden verwezen, en niet naar het besluit van de Vlaamse Regering van 23 maart 2007.

15. De gemachtigde verschaft de volgende toelichting bij de vraag naar de overeenstemming van artikel 17, derde lid, van het ontwerp met het grondwettelijke beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie:

“Verantwoordelijken die financiële ondersteuning kregen moesten reeds voldoen aan voorwaarden van kwalificatie. Deze zijn niet geheel gelijk met de kwalificaties zoals opgenomen in het MB. Het is moeilijk te verantwoorden dat zij voordien wel in orde waren voor de kwalificaties en dit nu niet meer zouden zijn. Het gaat om die personen die reeds financiële ondersteuning kregen.”

Men kan effectief in een overgangsregeling rekening houden met vroegere voorwaarden, maar een overgangsregeling dient uit haar aard zelf beperkt te zijn in de tijd. Zo kan wel worden bepaald dat de organisatoren van de opvang verder kunnen blijven werken met de verantwoordelijken die voldeden aan de vroegere voorwaarden bepaald in het besluit van de Vlaamse Regering van 13 februari 2009, maar niet dat de categorie organisatoren die voldeden aan die voorwaarden in het geheel niet aan de nieuwe voorwaarden dienen te voldoen indien een nieuwe verantwoordelijke wordt aangesteld. Artikel 17, derde lid, van het ontwerp moet gelet hierop worden aangepast.

Overigens heeft de genoemde bepaling, zoals ze nu is geformuleerd, tot gevolg dat de opvanglocaties die op grond van de vroegere voorwaarden ondersteuning kregen, maar bij wie de verantwoordelijke vervangen wordt, aan geen enkele voorwaarde wat betreft de verantwoordelijke meer moeten voldoen aangezien de vroegere voorwaarden niet meer gelden. Zulks kan bezwaarlijk de bedoeling zijn en zou trouwens strijdig zijn met het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie.

Artikel 24

16. Artikel 24 van het ontwerp bepaalt dat de organisator van een initiatief buitenschoolse opvang tijdens de schoolvakanties voorrang verleent aan kinderen tot zes jaar. De gemachtigde verschafte de volgende toelichting bij dit artikel:

“Deze subsidievoorwaarde werd overgenomen uit het erkenningsbesluit van de initiatieven buitenschoolse opvang en is in die zin niet strijdig met het decreet van 20 april 2012 dat er bedoeld wordt voorrang te geven aan kinderen tussen ca. 2,5 jaar en 6 jaar die naar school gaan. Eigenlijk worden de ‘kleuters’ bedoeld, maar aangezien er geen echte startleeftijd kan op gezet worden omdat kinderen niet noodzakelijk op 2,5 jaar naar school gaan, werd dit ruim geformuleerd. Doel is niet om hier baby's en peuters voorrang te geven of op te vangen.”

Er moet dan worden bepaald dat voorrang dient te worden verleend aan kinderen tot zes jaar *die naar de basisschool gaan*.

Artikel 27

17. De gemachtigde verschafte de volgende verantwoording voor de subsidievoorwaarde dat de organisator van een initiatief buitenschoolse opvang rechtspersoonlijkheid met sociaal oogmerk moet hebben:

“De Vlaamse overheid gaat ervan uit dat wie aanspraak wil maken op subsidies van dat bedrag, in se aan buitenschoolse opvang doet vanuit een sociaal engagement en niet vanuit het streven naar winst. Het is de bedoeling dat door een sociaal oogmerk op te leggen alle middelen die de organisator verwerft rechtstreeks de buitenschoolse opvang ten goede komt en niet de persoonlijke belangen van de zaakvoerders of aandeelhouders. Op die manier wordt een solide en sociale buitenschoolse kinderopvangsector gebouwd.”

Het is dan niet duidelijk waarom deze voorwaarde niet geldt voor de subsidie bedoeld in hoofdstuk 2 van het ontwerp en voor de overige in het ontwerp geregelde subsidies.

Artikel 31

18. Volgens de gemachtigde worden in artikel 31, eerste lid, van het ontwerp met de term “kinderen uit achtergestelde gebieden” kinderen bedoeld die hun hoofdverblijfplaats hebben in dergelijk gebied. Dit wordt het best uitdrukkelijk bepaald.

Artikel 35

19. De subsidie voor inkomenstarief buitenschoolse opvang, die wordt geregeld in hoofdstuk 5 van het ontwerp, kan enkel worden toegekend aan de in artikel 35 van het ontwerp omschreven organisatoren die vóór 1 april 2014 hetzij erkend waren als kinderdagverblijf of als dienst voor onthaalouders, hetzij een subsidie genoten als zelfstandige onthaalouder of als zelfstandig kinderdagverblijf.

Er dient ervoor een verantwoording te bestaan, gelet op het grondwettelijke beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie, dat deze subsidie enkel aan de genoemde organisatoren kan worden toegekend, en niet aan andere organisatoren of nieuwe organisatoren die eveneens aan de overige voorwaarden voldoen.

In de nota aan de Vlaamse Regering wordt daaromtrent het volgende uiteengezet:

“Op vandaag wordt deze subsidie niet specifiek geregeld, maar geldt wel dat bepaalde voorzieningen ook kinderen buitenschools kunnen opvangen aan dezelfde voorwaarden als voor de voorschoolse kinderen. Wat diensten voor onthaalouders/aangesloten onthaalouders betreft kan dit ook voor exclusief buitenschoolse opvang.

Gezien inkomensgerelateerde opvang in principe toegespitst wordt op kinderopvang van baby's en peuters en niet voor buitenschoolse opvang, geldt deze subsidie enkel voor organisatoren van baby's en peuters die reeds voor 1 april 2014 inkomensgerelateerd werkten. Voor de vroegere zelfstandige voorzieningen die inkomensgerelateerd werkten voor 1 april 2014 wordt deze mogelijkheid verder beperkt tot kinderen tot 3,5 jaar die niet voltijds naar school gaan (voor de vroegere kinderdagverblijven en diensten voor onthaalouders is deze beperking er niet).”

De gemachtigde verschaft daarenboven de volgende toelichting:

“Het systeem van inkomensgerelateerde opvang is nooit bedoeld geweest voor buitenschoolse opvang. In de regelgeving voor 1 april waren hier slechts enkele situaties waar dit wel mogelijk was. Aangezien zoals hoger uiteengezet, het doel van dit BVR is om de bestaande situatie te behouden in de sector van de buitenschoolse opvang, in afwachting van een nieuw concept voor opvang van schoolkinderen in de toekomst, is het dus alleen nog mogelijk voor die bestaande. In het verleden betroffen dit voorzieningen die op basis van een besluit werkten waarin voorschoolse en buitenschoolse opvang vermengd zaten. Deze regelgeving is nu volledig uit elkaar getrokken. Dit werd dus overgenomen uit de regelgeving die van kracht was tot 1 april 2014. Het is echter niet de bedoeling, zoals in het verleden ook het geval was, om aan zuiver buitenschoolse opvang subsidies te geven voor inkomensgerelateerde opvang. Daarom dat het voor nieuwe niet mogelijk is, aangezien het nu niet meer over ‘gemengde’ voorzieningen gaat.”

De reden blijkt derhalve te zijn dat men louter de bestaande toestand wil bestendigen. Dit kan een motief zijn voor een overgangsregeling, in de tijd beperkt, die als doel heeft om voor enige tijd voor continuïteit te zorgen zodat de organisatoren zich kunnen aanpassen aan de nieuwe regelgeving, maar het is een onvoldoende verantwoording voor het blijvend uitsluiten van organisatoren die voorheen nog geen subsidie voor inkomensgerelateerde opvang genoten of die pas na 1 april 2014 hun activiteiten hebben aangevangen, en die aan de inhoudelijke subsidievoorwaarden voldoen.

Artikel 35 van het ontwerp dient derhalve te worden herbekeken.

20. In artikel 35, 2°, van het ontwerp is bepaald dat wat betreft zelfstandige onthaalouders of zelfstandige kinderdagverblijven, de subsidie alleen geldt voor kinderen tot drie en een half jaar en zolang ze niet naar de basisschool gaan.

Zoals reeds is opgemerkt, heeft het ontwerp betrekking op de subsidiëring van buitenschoolse opvang, gedefinieerd als de opvang van kinderen die naar de basisschool gaan (zie artikel 1, 3°, van het ontwerp).

Gevraagd waarom dan een subsidie wordt geregeld die enkel geldt voor kinderen tot de genoemde leeftijd, verklaarde de gemachtigde:

“Art. 35, 2°: in de nota staat reeds volgende toelichting: ‘Gezien inkomensgerelateerde opvang in principe toegespitst wordt op kinderopvang van baby’s en peuters en niet voor buitenschoolse opvang, geldt deze subsidie enkel voor organisatoren van babys’ en peuters die reeds voor 1 april 2014 inkomensgerelateerd werkten. Voor de vroegere zelfstandige voorzieningen die inkomensgerelateerd werkten voor 1 april 2014 wordt deze mogelijkheid verder beperkt tot kinderen tot 3,5 jaar die niet voltijds naar school gaan (voor de vroegere kinderdagverblijven en diensten voor onthaalouders is deze beperking er niet).’

Dit kan als volgt toegelicht worden: voor 1 april 2014 konden de zelfstandige onthaalouders en zelfstandige kinderdagverblijven die inkomensgerelateerd werkten, alleen baby’s en peuters inkomensgerelateerd opvangen. De kinderen die ze eventueel buitenschools opvingen betaalden een ‘vrije prijs’ bepaald door de voorziening. In de regelgeving voor 1 april was de afbakening tussen de baby’s en peuters enerzijds en de buitenschoolse opvang echter anders: een kind werd pas als buitenschools kind beschouwd als het volledig alle dagen naar school ging. Vb. De ‘middagslapertjes’, zijnde de kindjes die in de voormiddag naar school gingen en in de namiddag in de voorziening gingen slapen en spelen, werden nog als ‘voorschoolse opvang’ beschouwd, waardoor zij dus wel inkomensgerelateerd konden betalen. Aangezien het niet de bedoeling was inhoudelijk te hard te tornen aan het systeem voor de bestaande voorzieningen, werd nu dus toegevoegd dat de zelfstandige onthaalouders en zelfstandige kinderdagverblijven die reeds inkomensgerelateerd werkten voor 1 april, dit verder kunnen doen voor kindjes die al deeltijds naar school gaan, maar beperkt tot 3,5 jaar. Zodra het kind voltijds naar school gaat, krijgt men er geen subsidie meer voor.”

Er dient dan te worden bepaald dat de subsidie alleen geldt voor kinderen tot drie en een half jaar die deeltijds naar de basisschool gaan.

Artikel 93

21. Luidens artikel 93, tweede lid, eerste zin, van het ontwerp wordt het Agentschap Zorginspectie belast met het toezicht *ter plaatse*. Vraag is of het wel de bedoeling is dat agentschap enkel te belasten met het toezicht *ter plaatse*, dan wel of het agentschap een volledige bevoegdheid tot toezicht dient te worden opgedragen.

Artikel 95

22. Artikel 13 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’ luidt:

“Tot onmiddellijke terugbetaling van de subsidie is gehouden de begunstigde:

- 1° die de voorwaarden niet naleeft, waaronder de subsidie werd verleend;
- 2° die de subsidie niet aanwendt voor de doeleinden, waarvoor zij werd verleend;
- 3° die de in artikel 12 bedoelde controle verhindert.

Blijft de begunstigde van de subsidie in gebreke de in artikel 11 bedoelde verantwoording te verstrekken, dan is hij gehouden tot terugbetaling ten belope van het deel dat niet werd verantwoord.”

De Vlaamse Gemeenschap kan in principe niet afwijken van deze bepaling gelet op artikel 50, § 2, derde lid, van de bijzondere wet van 16 januari 1989 ‘betreffende de financiering van de Gemeenschappen en de Gewesten’.⁶

Artikel 95 van het ontwerp is minder streng dan artikel 13 van de wet van 16 mei 2003 in de mate erin enkel in een mogelijkheid tot terugvordering wordt voorzien en het niet gaat om een verplichting en in de mate een keuze wordt gelaten tussen het verminderen, het schorsen, het stopzetten of het terugvorderen van de subsidies.

Gevraagd of het de bedoeling is af te wijken van artikel 13 van de wet van 16 mei 2003 en wat, in voorkomend geval, de juridische grondslag daarvoor zou zijn, verklaarde de gemachtigde:

“Het is de bedoeling een aanvullende bepaling op te nemen. De wet van 16 mei 2003 voorziet een maatregel voor uitbetaalde subsidies en is in die zin een maatregel naar het verleden toe. Waar in artikel 95 sprake is van verminderen, schorsen en stopzetten, gaat het over maatregelen die naar de toekomst kunnen genomen worden voor nog uit te betalen subsidies, naar aanleiding van de vermelde tekorten. Om volledig te zijn werd ook nog terugvorderen opgenomen, maar dat is in die zin overbodig.”

Er dient dan in artikel 95 van het ontwerp te worden bepaald dat het artikel geldt “met behoud van de toepassing van artikel 13 van de wet van 16 mei 2003 (...)”, terwijl het woord “terugvorderen” dient te worden weggelaten.

Artikel 97

23. In de toelichting in de nota aan de Vlaamse Regering wordt uiteengezet dat andere organisatoren dan degene bedoeld in artikel 97 van het ontwerp pas subsidies kunnen krijgen als er begrotingsmiddelen bijkomen.

De gemachtigde verschaftte de volgende verantwoording ten aanzien van het grondwettelijke beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie voor deze verschillende behandeling van organisatoren die eventueel dezelfde vormen van kinderopvang verzorgen en aan de subsidievoorwaarden voldoen, naargelang zij al dan niet reeds in het verleden gesubsidieerd werden:

⁶ Dit zou enkel kunnen gebeuren op grond van artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’, maar dit is *in casu* niet het geval nu geen enkele decretale bepaling zulk een afwijking inhoudt of erbij daartoe aan de Vlaamse Regering een machtiging wordt gegeven.

“Er is absoluut geen sprake van een schending van het gelijkheidsbeginsel aangezien het allemaal subsidies betreffen die op basis van een programmatie verdeeld worden. De organisatoren die bijgevolg op 1 april een subsidie hadden, kregen deze toebedeeld op basis van hun aanvraag in het kader van een uitbreidingsronde waarbij de middelen geprogrammeerd werden. Op 1 april werd alle bestaande regelgeving voor de kinderopvangsector, zowel baby's en peuters als buitenschoolse, opgeheven naar aanleiding van de grote hervorming en vernieuwing in de sector van de baby's en peuters. Het zou een grote schending van het rechtszekerheidsbeginsel zijn als louter door dat feit de organisatoren die op rechtsgeldige wijze hun subsidies verkregen hadden, deze plots zouden verliezen.

We moeten met andere woorden ook verder kijken, het is niet gewoon omdat ze in het verleden gesubsidieerd werden, maar omdat ze in het verleden, op basis van de programmatie op een plaats bleken te liggen en aan de voorwaarden bleken te voldoen om subsidies te krijgen.”

Artikel 99

24. Luidens artikel 99 van het ontwerp treedt het te nemen besluit in werking op 1 april 2014 (lees: “heeft het besluit uitwerking met ingang van 1 april 2014”).

De gemachtigde geeft volgende toelichting bij de inwerkingtreding met terugwerkende kracht:

“De inwerkingtreding blijft voorzien op 1 april, aangezien vanaf die datum de voorgaande besluiten opgeheven werden en aangezien er anders een hiaat is in de periode waarvoor Kind en Gezin rechtsgrond heeft om attesten van toezicht en erkenningen te geven, behouden,... en subsidiëring te betalen.”

In dit verband dient eraan te worden herinnerd dat het verlenen van terugwerkende kracht aan besluiten slechts onder bepaalde voorwaarden geoorloofd is, met name ingeval er 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 onderscheiden bepalingen van het te nemen besluit in één van de hiervoor opgesomde gevallen valt in te passen, kan deze worden gebillijkt.

Voor zover het nemen besluit erop neerkomt dat de bestaande regelgeving wordt gehandhaafd, of het een begunstigend karakter heeft en geen nieuwe verplichtingen worden ingevoerd, bestaat er geen bezwaar tegen de terugwerkende kracht. Of dat voor alle bepalingen ervan zo is, heeft de Raad van State binnen het toegemeten tijdbestek niet kunnen onderzoeken.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Greet VERBERCKMOES

Jo BAERT