



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 57.202/3
van 2 april 2015

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering 'houdende de
regeling van de toekenning van een subsidie voor een
vernieuwend project betreffende het werknemersstatuut van de
kinderbegeleider gezinsopvang aan organisatoren met een
vergunning'

Op 3 maart 2015 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 regeling van de toekenning van een subsidie voor een vernieuwend project betreffende het werknemersstatuut van de kinderbegeleider gezinsopvang aan organisatoren met een vergunning’.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 17 maart 2015. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Jan SMETS en Jeroen VAN NIEUWENHOVE, staatsraden, Johan PUT, assessor, en Annemie GOOSSENS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Rein THIELEMANS, eerste auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 2 april 2015.

*

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. Krachtens artikel 14 van het decreet van 20 april 2012 ‘houdende de organisatie van baby’s en peuters’ kan de Vlaamse Regering nadere regels bepalen om vernieuwende projecten inzake kinderopvang die niet onder de toepassing van de bepalingen van dat decreet vallen, te organiseren en te laten subsidiëren door het intern verzelfstandigd agentschap met rechtspersoonlijkheid Kind en Gezin (hierna: Kind en Gezin).

Het om advies voorgelegde ontwerpbesluit strekt tot de toekenning van een subsidie voor een proefproject waarbij bepaalde onthaalouders die zijn aangesloten bij een dienst voor onthaalouders, worden tewerkgesteld met een arbeidsovereenkomst voor huisarbeid bedoeld in titel VI van de wet van 3 juli 1978 ‘betreffende de arbeidsovereenkomsten’. De subsidie wordt verleend aan bepaalde organisatoren uit de privésector of uit de publieke sector en heeft betrekking op de periode van 1 januari 2015 tot 31 december 2016.

De subsidie moet door de betrokken organisatoren uit de privésector worden aangevraagd bij het Vlaams Welzijnsverbond vzw met een formulier dat door die vereniging ter beschikking wordt gesteld, en door de betrokken organisatoren uit de publieke sector bij de Vereniging van Vlaamse Steden en Gemeenten vzw (hierna: VVSG) met een formulier dat ter beschikking wordt gesteld door de partners van de publieke sector¹. Het zijn de partners van de privésector² en deze van de publieke sector die beslissen over de toekenning van de subsidie. De subsidie aan organisatoren uit de privésector wordt uitbetaald door Kind en Gezin en de subsidie aan organisatoren uit de publieke sector door de vereniging zonder winstoogmerk Gemeenschappelijke Sociale Dienst Lokale Besturen in Vlaanderen (hierna: GSD-V).

In het ontwerp wordt de procedure bepaald voor het aanvragen en het verlenen van de subsidie, de voorwaarden om de subsidie te kunnen verkrijgen, de specifieke dienstverlening en het totale budget en het bedrag van de subsidie, en wordt het toezicht geregeld.

Het te nemen besluit heeft uitwerking met ingang van 1 september 2014 en houdt op uitwerking te hebben op 31 december 2016.

3.1. Luidens de aanhef vindt het ontworpen besluit rechtsgrond in het reeds genoemde artikel 14 van het decreet van 20 april 2012.

¹ Dit zijn de VVSG, het Algemeen Christelijk Vakverbond Openbare diensten, de Algemene Centrale der Openbare Diensten en het Vrij Syndicaat der Openbaar Ambt (zie artikel 1, 4°, van het ontwerp).

² Dit zijn de werkgevers- en werknemersorganisaties van Paritair Comité nr. 331 (zie artikel 9, derde lid, van het ontwerp).

Het project waarvan de subsidiëring wordt geregeld, kan worden beschouwd als een “vernieuwend project inzake kinderopvang” dat als zodanig niet onder de toepassing valt van het decreet van 20 april 2012. Hoewel de organisatoren die kunnen worden gesubsidieerd, organisatoren zijn met een vergunning voor gezinsopvang op basis van het decreet van 20 april 2012 die vóór de inwerkingtreding van dat decreet een erkenning hadden als dienst voor onthaalouders,³ is specifiek en vernieuwend aan het project dat de onthaalouders met een arbeidsovereenkomst voor huisarbeid zijn verbonden met de organisator. In principe kan het ontworpen besluit derhalve rechtsgrond vinden in artikel 14 van het decreet van 20 april 2012.

Evenwel wordt bij artikel 14 van het decreet van 20 april 2012 vereist dat de subsidiëring gebeurt door Kind en Gezin. Of dit effectief het geval is, is onduidelijk.

In artikel 2, eerste lid, van het ontwerp is wel bepaald dat Kind en Gezin subsidies kan toekennen. De aanvraag van de subsidie moet evenwel, zoals hiervoor is opgemerkt, worden ingediend bij het Vlaams Welzijnsverbond vzw met een formulier dat door die vereniging zonder winstoogmerk ter beschikking wordt gesteld (voor organisatoren uit de private sector) en bij de VVSG met een formulier dat ter beschikking wordt gesteld door de partners van de publieke sector (voor organisatoren uit de publieke sector) (artikel 6, eerste lid, en artikel 8 van het ontwerp), terwijl de beslissing over de subsidie voor organisatoren uit de privésector wordt genomen door de partners van die sector (artikel 9 van het ontwerp) en voor organisatoren uit de publieke sector door de partners van die sector (artikel 10 van het ontwerp). De subsidie wordt voor de organisatoren uit de publieke sector bovendien uitbetaald door GSD-V (artikel 15 van het ontwerp).

De enige taken van Kind en Gezin zijn de uitbetaling van de subsidie aan organisatoren uit de privésector, met uitzondering van het aandeel uit het Fonds Sociale Maribel (artikel 14 van het ontwerp), het in ontvangst nemen van de gegevens die door de organisatoren moeten worden bezorgd in het raam van de evaluatie (artikel 16, 3°, van het ontwerp) en het uitoefenen van het toezicht op de naleving van de bepalingen van het te nemen besluit (artikel 17 van het ontwerp).

De rechtsgrond impliceert dat het Kind en Gezin is die de subsidies verleent. Dit betekent minstens dat de beslissing over het al dan niet verlenen van de subsidie en over de hoogte van de subsidie door Kind en Gezin moet worden genomen. Logischerwijze volgt daar ook uit dat het Kind en Gezin is dat de subsidie dient uit te betalen. Het ontwerp dient hiermee in overeenstemming te worden gebracht, zo niet kan het geen doorgang vinden.⁴ De hierna volgende opmerkingen worden dan ook onder dit voorbehoud gemaakt.

3.2. Voor wat betreft het opleggen van taken aan Kind en Gezin kan bijkomend rechtsgrond worden gevonden 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 hetzelfde decreet.

³ 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’.

⁴ Tenzij een andere rechtsgrond zou kunnen worden ingeroepen.

3.3. Artikel 17 van het ontwerp betreft het toezicht op de naleving van het te nemen besluit.

Aangezien het ontworpen besluit rechtsgrond moet vinden in artikel 14 van het decreet van 20 april 2012, geldt de toezichtregeling van dat decreet en vindt het op dit vlak geen rechtsgrond in artikel 13, § 4, van het decreet van 30 april 2004.

Bij artikel 15 van het decreet van 20 april 2012 wordt de Vlaamse Regering gemachtigd om toezichthouders aan te wijzen naast het intern verzelfstandigd agentschap zonder rechtspersoonlijkheid Zorginspectie (hierna: Zorginspectie) (eerste lid) en wordt bepaald dat Kind en Gezin toezicht uitoefent op stukken (derde lid). In het ontwerp worden geen andere toezichthouders aangewezen dan Kind en Gezin en Zorginspectie. Artikel 15, eerste lid, van het decreet van 20 april 2012, waarbij de Vlaamse Regering daartoe de mogelijkheid wordt geboden, vormt derhalve in dit opzicht geen rechtsgrond voor het ontworpen besluit. Voor het overige vormt artikel 17 van het ontwerp een overbodige herinnering van wat reeds voortvloeit uit artikel 15 van het decreet van 20 april 2012, en dient het derhalve te worden weggelaten.

VORMVEREISTEN

4.1. Uit de aanhef van het ontwerp en uit artikel 12 ervan kan worden opgemaakt dat de stellers ervan van mening zijn dat het ontwerp binnen het toepassingsgebied valt van 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’. Dit wordt bevestigd in de nota aan de Vlaamse Regering, die gevoegd is bij de adviesaanvraag.

4.2. 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.

4.3. Er is voldaan aan artikel 2, lid 2, van besluit 2012/21/EU, op grond waarvan dat besluit enkel kan worden ingeroepen wanneer de periode waarvoor de onderneming met het beheer van de dienst van algemeen economisch belang wordt belast, niet langer is dan tien jaar. De subsidie heeft immers betrekking op de periode van 1 januari 2015 tot 31 december 2016.

4.4. Bij artikel 4 van besluit 2012/21/EU wordt vereist dat in een besluit de inhoud en de duur van de openbaredienstverplichtingen worden vermeld. Er kan worden aangenomen dat in dit geval de openbaredienstverplichtingen zijn omschreven in hoofdstuk 5 “Specifieke dienstverlening” van het ontwerp en dat die voorwaarden aspecten van het algemeen belang regelen. Wat betreft de duur van de openbare dienstverplichtingen, zie opmerking 4.3.

4.5. Volgens de gemachtigde vormen de artikelen 12 tot 14 van het ontwerp de “beschrijving van het compensatiemechanisme en de parameters voor berekening, monitoring en herziening van de compensatie”, zoals wordt vereist bij artikel 4, d), van besluit 2012/21/EU.

De Raad van State ziet evenwel niet in welk opzicht met deze artikelen wordt tegemoetgekomen aan de laatstgenoemde bepaling.

4.6. Bij artikel 4, e), van besluit 2012/21/EU wordt vereist dat de regelingen om eventuele overcompensatie te vermijden en terug te vorderen, in het betrokken besluit worden vermeld en bij artikel 6 van het eerstgenoemde besluit wordt controle vereist op de overcompensatie. De gemachtigde verwijst ter zake naar de artikelen 14, tweede lid, 16, 5°, en 17 van het ontwerp.

De in de artikelen 14, tweede lid, en 16, 5°, van het ontwerp vervatte regeling maakt het echter mogelijk dat de subsidie gedurende drie maanden behouden blijft zonder dat er een tewerkstelling van een voltijds equivalent (vte) tegenover staat. Die bepalingen lijken niet in overeenstemming te zijn met het vereiste inzake het vermijden van overcompensatie.

4.7. Of de in het ontwerp vervatte subsidiebedragen beantwoorden aan artikel 5 van besluit 2012/21/EU, kan de Raad van State, afdeling Wetgeving, bij gebreke van de nodige feitelijke kennis ter zake niet beoordelen.

4.8. 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 zijn opgenomen.

In dit geval bepaalt artikel 4 van het ontwerp dat de organisator een overzicht bijhoudt van de ontvangen subsidies en van de kosten met betrekking tot de specifieke dienstverlening. Het is zeer de vraag of een dergelijk overzicht wel als interne boekhouding kan gelden.

4.9. Wat betreft artikel 8 van besluit 2012/21/EU verwijst de gemachtigde naar de artikelen 4 en 16, 3°, van het ontwerp.

Bij artikel 8 van besluit 2012/21/EU wordt een verplichting opgelegd aan de overheid om de in die bepaling genoemde gegevens gedurende minstens tien jaar na afloop van de periode van openbaredienstverplichting te bewaren. Dit is niet geregeld in het ontwerp, dat op dit vlak dient te worden aangevuld.

4.10. De conclusie is dat het ontwerp ofwel volledig in overeenstemming met besluit 2012/21/EU dient te worden gebracht, ofwel, indien men het ontwerp ongewijzigd wenst te behouden, alsnog dient 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 verklaard zou kunnen worden als ze correct werd aangemeld).

ALGEMENE OPMERKINGEN

5.1. Het ontwerp bepaalt subsidievoorwaarden die soms verschillen naargelang de organisator behoort tot de privésector of de publieke sector. Ook het totale subsidiebudget en het bedrag van de subsidie per voltijds equivalent kinderbegeleider verschilt voor organisatoren naargelang die behoren tot de privésector of de publieke sector.

Voor de meeste van deze verschillen bevat de toelichting in de nota aan de Vlaamse Regering die gevoegd is bij de adviesaanvraag, een verantwoording. Voor de verschillen die in die nota niet verantwoord worden, verschaft de gemachtigde een bijkomende toelichting.

De verschillen zijn grotendeels verantwoord en doen geen probleem rijzen vanuit het oogpunt van het grondwettelijke beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie.

5.2. Er dient evenwel te worden vastgesteld dat nergens een concrete verantwoording wordt gegeven voor het in artikel 6, tweede lid, 7°, g), van het ontwerp vervatte onderscheid. De stellers van het ontwerp dienen na te gaan of zulk een verantwoording effectief voorhanden is.

5.3. De verantwoording die de gemachtigde verschaft voor het in artikel 16, 5°, van het ontwerp vervatte onderscheid dat erin bestaat dat de organisatoren uit de publieke sector, in tegenstelling tot die uit de privésector, de effectieve vermindering van de bezetting van de toegekende voltijdse equivalenten niet moeten meedelen, houdt ermee verband dat in het ene geval Kind en Gezin de subsidies uitbetaalt en in het andere geval niet. Bij het onderzoek naar de rechtsgrond voor het ontworpen besluit is er evenwel op gewezen dat ook de subsidies aan organisatoren uit de publieke sector door Kind en Gezin moeten worden uitbetaald, opdat het ontworpen besluit wat dit betreft rechtsgrond zou kunnen vinden in artikel 14 van het decreet van 20 april 2012. Artikel 16, 5°, van het ontwerp moet dan eveneens gelden voor organisatoren uit de publieke sector.

6. Het toevertrouwen van bepaalde handelingen aan privaatrechtelijke rechtspersonen (Vlaams Welzijnsverbond vzw, VVSG en GSD-V) kan, naast de genoemde strijdigheid met de rechtsgrond, ook problematisch zijn indien het om rechtspersonen gaat die niet representatief zijn voor de gehele sector.

De gemachtigde verschaft de volgende toelichting:

“De verwijzing naar enerzijds Vlaams Welzijnsverbond vzw en anderzijds (...) GSD-V vzw om de aanvragen van de kandidaat-organisatoren te ontvangen en inhoudelijk te beoordelen, is gelegen in het feit dat voornoemde rechtspersonen elk voor hun eigen sector het best geplaatst zijn qua ervaring met dienstverleners op het werkveld om zo de opdracht welke het ontwerp hun toevertrouwt, naar best vermogen en toewijding te volbrengen.

Tijdens het overleg met de sociale partners werd ook afgesproken dat Vlaams Welzijnsverbond vzw voor de private sector het secretariaatschap op zich zal nemen.”

Het behandelen van aanvragen om subsidie en zeker het beslissen over de toekenning van de subsidie, die overheidsmiddelen van de Vlaamse Gemeenschap zijn, kan niet

worden overgelaten aan privaatrechtelijke personen, aangezien het om essentiële overheidstaken gaat.

7. In het ontwerp wordt bepaald dat de subsidie geldt voor de looptijd van 1 januari 2015 tot 31 december 2016 (artikel 3), dat de organisator in staat moet zijn om uiterlijk op 1 januari 2015 als werkgever op te treden (artikel 6, tweede lid, 7°, e)), dat de aanvraag voor de subsidie uiterlijk op 30 september 2014 wordt ingediend (artikel 8) en dat het te nemen besluit uitwerking heeft met ingang van 1 september 2014 en ophoudt uitwerking te hebben op 31 december 2016 (artikel 18).

Gevraagd waarom de subsidie betrekking heeft op een periode die reeds een aanvang nam vóór het te nemen besluit zal zijn bekendgemaakt en hoe de terugwerkende kracht kan worden verantwoord, verklaarde de gemachtigde in essentie dat de betrokken arbeidsovereenkomsten reeds op 1 januari 2015 ingingen en dat daarenboven moest worden voorzien in een voldoende voorbereidingsperiode. Dit alles kan de ontworpen regeling betreffende de temporele werking slechts billijken zo aan organisatoren die nog geen aanvraag indienden of waarvan de aanvraag niet voldeed aan de slechts later bekendgemaakte formele en inhoudelijke vereisten, een nieuwe kans wordt gegeven om een aanvraag in te dienen. Het ontwerp moet dan ook in die zin worden aangevuld.

8. In de artikelen 12, tweede lid, 14, derde lid, en 15, vierde lid, van het ontwerp wordt gewag gemaakt van een indexering met toepassing 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’, maar voor het tijdstip van de indexering wordt bepaald dat ze gebeurt “telkens twee maanden nadat het viermaandelijks voortschrijdend gemiddelde van de gezondheidsindex een bepaalde drempelwaarde overschrijdt”.

De gemachtigde verklaarde in dit verband wat volgt:

“De bedoeling van deze bepaling is dat de gezondheidsindex zal worden gebruikt, zodat de evolutie van deze laatste zal worden gevolgd om de overschrijding van de spilindex te bepalen.”

Zo men een indexering op basis van het gezondheidsindexcijfer wenst, dient te worden verwezen 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 ’s lands concurrentievermogen’, bekrachtigd bij de wet van 30 maart 1994 ‘houdende sociale bepalingen’.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

Aanhef

9. De aanhef dient te worden aangevuld overeenkomstig hetgeen is opgemerkt betreffende de rechtsgrond voor het ontworpen besluit.

Artikel 6

10. In artikel 6, tweede lid, 7°, h), van het ontwerp dient ook voor de organisatoren uit de privésector te worden bepaald dat een arbeidsovereenkomst voor huisarbeid als bedoeld bij titel VI van de wet van 3 juli 1978 moet worden gesloten met de kinderbegeleiders. Dit betreft immers de essentie van het proefproject.

Artikel 7

11. Gevraagd wat *sub* artikel 7, 2°, a), van het ontwerp wordt bedoeld met “de Raad of het bevoegd orgaan”, verklaarde de gemachtigde:

“Met ‘de Raad’ wordt de gemeenteraad bedoeld. Indien bewijs van deelname aan dit proefproject niet door de gemeenteraad wordt genomen dan zal ‘het bevoegd orgaan’ bewijs van deelname moeten aantonen. Met ‘het bevoegd orgaan’ wordt, gelet op het feit dat deze bepaling betrekking heeft op de publieke sector, het Schepencollege of het Vast Bureau bedoeld.”

Er kan gelet hierop mee worden volstaan enkel gewag te maken van “het bevoegde orgaan”.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Annemie GOOSSENS

Jo BAERT