RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 57.875/1/V
van 24 augustus 2015

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot wijziging van artikel 57 van het Procedurebesluit van 9 mei 2014, wat betreft de programmatieregels voor subsidies’

Op 14 juli 2015 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Welzijn, Volksgezondheid en Gezin verzocht binnen een termijn van dertig dagen, van rechtswege verlengd tot 28 augustus 2015,(*) een advies te verstrekken over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot wijziging van artikel 57 van het Procedurebesluit van 9 mei 2014, wat betreft de programmatieregels voor subsidies’.

Het ontwerp is door de eerste vakantiekamer onderzocht op 11 augustus 2015. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Jeroen VAN NIEUWENHOVE en Bert THYS, staatsraden, Michel TISON, assessor, en Greet VERBERCKMOES, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Brecht STEEN, eerste auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 24 augustus 2015.

*

(*) Deze verlenging vloeit voort uit artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, *in fine*, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, waarin wordt bepaald dat deze termijn van rechtswege wordt verlengd met vijftien dagen wanneer hij begint te lopen tussen 15 juli en 31 juli of wanneer hij verstrijkt tussen 15 juli en 15 augustus.

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

2.1. Het voor advies voorgelegde ontwerp van besluit strekt tot de nadere omschrijving van de reeds in artikel 57 van het Procedurebesluit van 9 mei 2014[1] opgenomen machtiging aan de bevoegde minister om de programmatieregels vast te stellen op grond waarvan de subsidies voor kinderopvang worden verdeeld.[2]

Daartoe wordt artikel 57 van het Procedurebesluit van 9 mei 2014 vervangen (artikel 1 van het ontwerp). Het te nemen besluit treedt in werking op 1 september 2015 (artikel 2 van het ontwerp).

2.2. Het ontworpen artikel 57, § 1, van het Procedurebesluit bepaalt met welke "opeenvolgende stappen" de minister rekening moet houden bij de programmatie van het totale, te verdelen subsidiebudget.

Het ontworpen artikel 57, § 2, van het Procedurebesluit bepaalt, naast enkele definities (eerste lid) en enkele regels betreffende de verdeling van het subsidiebudget (tweede lid), op welke wijze per zogenaamde subsidietrap het aantal nieuwe kinderopvangplaatsen wordt vastgesteld (derde lid) en welke regels gelden voor de omschakeling van bestaande kinderopvangplaatsen, namelijk van kinderopvangplaats zonder subsidie naar kinderopvangplaats met subsidie of van kinderopvangplaats op een bepaalde subsidietrap naar kinderopvangplaats op een hogere subsidietrap (vierde lid).

Het ontworpen artikel 57, § 3, van het Procedurebesluit bepaalt dat bij de programmatie, per soort subsidie[3], rekening wordt gehouden met het beschikbare aanbod per soort en dat het beschikbare aanbod wordt bekeken binnen de subsidiegroep.

---

[1] Besluit van de Vlaamse Regering van 9 mei 2014 'houdende de procedures voor de aanvraag en de toekenning van de vergunning en de subsidies voor gezinsopvang en groepsopvang van baby's en peuters'.

[2] Dit gebeurt klaarblijkelijk naar aanleiding van adv.RvS 56.383/3 van 17 juni 2014 over een ontwerp dat heeft geleid tot het besluit van de Vlaamse Regering van 19 december 2014 'houdende de procedures voor de aanvraag en de toekenning van een erkenning, een attest van toezicht en de subsidies voor buitenschoolse opvang', waarin onder randnummer 23 met betrekking tot een gelijkluidende machtigingsbepaling wordt opgemerkt:

"De (…) opgenomen delegatie aan de Vlaamse minister bevoegd voor de bijstand aan personen moet nader worden omschreven door te bepalen met welke elementen de minister rekening moet houden bij het bepalen van de programmatieregels. Een onbegrensde delegatie aan de genoemde minister om de programmatieregels te bepalen, is niet in overeenstemming met het beginsel dat delegaties aan een minister beperkt dienen te blijven tot het vaststellen van regels van bijkomstige of detailmatige aard."

[3] Het gaat om de subsidie voor "Centrum inclusieve kinderopvang", de subsidie voor "kinderopvang met flexibele openingstijden" en de subsidie voor "structurele inclusieve kinderopvang".

3. Het ontworpen besluit vindt rechtsgrond in artikel 12 van het decreet van 20 april 2012 ‘houdende de organisatie van kinderopvang van baby’s en peuters’. Het tweede lid van de eerste paragraaf van dit artikel bepaalt:

> “De Vlaamse Regering legt de programmatieregels vast, minstens voor de subsidies vermeld in artikel 8, 9, en 10, 1° en 2°, waaronder het feit dat ze minstens per zorgregio worden toegekend, en bepaalt de nadere regels voor die subsidie.”

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 over het ontworpen besluit geen advies gevraagd aan de voornoemde adviesraad “omdat er geoordeeld werd dat het (...) niet van strategisch belang was”.

Al heeft de Vlaamse Regering een appreciatieruimte om te bepalen welke besluiten van strategisch belang zijn, kan in dit geval bezwaarlijk worden ontkend dat het ontworpen besluit wel degelijk als een dergelijk besluit moet worden beschouwd. Het betreft immers een fundamentele bepaling met betrekking tot de verdeling van de subsidies voor kinderopvang. Zo geeft het nadere invulling aan een machtiging betreffende de vaststelling van de programmatieregels voor subsidies, die in het decreet van 20 april 2012 in het algemeen is geformuleerd, en bepaalt het de basiselementen van die programmatie.

Over het ontwerp dient derhalve het advies van de voornoemde adviesraad te worden ingewonnen.

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

5. De afdeling Wetgeving van de Raad van State is er in haar adviespraktijk reeds eerder van uitgegaan dat het verlenen van subsidies aan kinderopvanginitiatieven mogelijk moet worden beschouwd als staatssteun in de zin van artikel 107 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie en in beginsel onder het toepassingsgebied valt van de aanmeldingsplicht bij de Europese Commissie, zoals bedoeld in artikel 108, lid 3, van datzelfde Verdrag, en dat zulks ook geldt voor de procedureregels waarbij de subsidies worden toegekend.[4]

Aangezien de programmatie, die door het voor advies voorgelegde ontwerp wordt geregeld, mee bepaalt welke kinderopvanginitiatieven voor subsidiëring in aanmerking komen,

[4] Zie het in voetnoot 2 reeds genoemde adv.RvS 56.383/3 van 17 juni 2014.

hangt de wijze waarop de programmatie wordt vastgesteld onlosmakelijk samen met de subsidiëring van kinderopvanginitiatieven en derhalve met de steun die aan de kinderopvanginitiatieven wordt verleend.

De gemachtigde verklaarde dat de ontworpen regeling niet werd aangemeld bij de Europese Commissie.

De stellers van het ontwerp zullen moeten nagaan of voldaan is aan alle voorwaarden gesteld in 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’, om van de aanmeldingsplicht te worden vrijgesteld. Indien niet aan alle voorwaarden zou zijn voldaan, zal de ontworpen regeling alsnog moeten worden aangemeld, temeer daar de sanctie in geval van een onterechte niet-aanmelding erin bestaat dat de steun per se nietig is (zelfs indien ze verenigbaar met het recht van de Europese Unie zou kunnen worden verklaard als ze correct werd aangemeld).

ONDERZOEK VAN DE TEKST

6.1. In tegenstelling tot het bestaande artikel 57 van het Procedurebesluit is de machtiging aan de minister in het nieuw ontworpen artikel 57 verbonden aan omstandig en zeer technisch geformuleerde voorwaarden. Bijgevolg lijken de basiselementen van de programmatie in het ontwerp voldoende te zijn bepaald. Niettemin kleven aan de ontworpen regeling verscheidene onvolkomenheden.

6.2. Zo bepaalt het nieuw ontworpen artikel 57 slechts op een zeer onrechtstreekse wijze dat de minister bevoegd is om de programmatie vast te stellen, namelijk door in paragraaf 1 te stellen dat de minister bij de programmatie “rekening houdt met”.

Ter wille van de duidelijkheid verdient het aanbeveling om bij de aanvang van het artikel te bepalen dat de minister bevoegd is om de programmatie vast te stellen en dat hij daarbij rekening houdt met de overige stappen die in artikel 57 zijn bepaald.

6.3. In de ontworpen bepalingen worden voorts begrippen gebruikt die allicht bij de concrete toepassing op het terrein een betekenis hebben, maar die in het ontwerp geen normatieve invulling hebben gekregen en waaraan de minister bij de programmatie van het te verdelen subsidiebudget dan ook moeilijk gebonden kan zijn, zoals bijvoorbeeld de begrippen “uitbreidingsronde” en “subsidietrap”.

Opdat dergelijke begrippen inhoud zouden kunnen geven aan de opdracht van de minister, moeten ze in het ontwerp nader worden omschreven.

6.4. Het is ook niet duidelijk wat in het ontworpen artikel 57, § 1, eerste lid, 3°, wordt bedoeld met “de criteria die relevant zijn voor een beoordeling door Kind en Gezin”. Het is in het

bijzonder niet duidelijk wie de betrokken criteria bepaalt, welke hun precieze aard is en voor welke beoordeling door Kind en Gezin ze relevant zouden zijn.

De gemachtigde heeft daarover verklaard:

"Het betreft criteria die bedoeld zijn om een relevante schifting te kunnen maken tussen al de aanvragen voor een zelfde subsidie zodra er een oproep geweest is.

- Voorbeeld: Bij een oproep naar kandidaten voor een subsidie voor inclusieve opvang, kunnen dit criteria betreffen die de kennis en ervaring met werken met specifieke zorgen bij kinderen betreffen,

- Voorbeeld: advies van een lokaal bestuur dat gevraagd wordt

De criteria worden bepaald door de minister en K&G neemt deze over in de oproep die ze lanceert."

Dit alles moet evenwel duidelijker en preciezer in het ontwerp worden bepaald.

6.5. Evenmin is in het ontwerp altijd voldoende duidelijk aangegeven welke stappen moeten worden ondernomen. Zo wordt bijvoorbeeld in de inleidende zin van het ontworpen artikel 57, § 2, tweede lid, bepaald dat voor de daarin bedoelde subsidies "wordt bekeken" hetgeen bepaald is in het 1° en 2°. Luidens het ontworpen artikel 57, § 3, wordt "[h]et beschikbare aanbod (...) bekeken binnen de subsidiegroep". Het is geenszins duidelijk of dit zogenaamde "bekijken" een beslissing van de minister impliceert. Indien dat het geval is, dienen deze bepalingen daaromtrent duidelijkheid te scheppen.

6.6. In het ontworpen artikel 57, § 2, vierde lid, 3°, wordt gewag gemaakt van een registratie in "Mirage".

Volgens de gemachtigde gaat het om "het datasysteem van Kind en Gezin dat gebruikt wordt door de afdeling preventieve gezinsondersteuning om de ouders met hun pasgeboren kind op te volgen" en worden daarin "geanonimiseerde cijfers verzameld over o.a. kansarmoede in Vlaanderen en Brussel".

Het voornoemde begrip vergt ook een minstens beknopte omschrijving in het ontwerp.

6.7. Op de vraag of in het ontworpen artikel 57, § 3, laatste zin, het begrip 'subsidiegroep' moet worden begrepen zoals omschreven in artikel 1, 20°, van 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' en of, in bevestigend geval, in het kader van de programmatie het beschikbare aanbod kan worden bekeken "per organisator", heeft de gemachtigde geantwoord:

"Het aanbod wordt bekeken in de verschillende geografische gebieden per opvangsoort, dus voor groepsopvang wordt het aanbod bekeken in alle gemeentes, voor gezinsopvang in alle zorgregio's, maar niet per organisator. Het is de bedoeling om door het per geografisch gebied te bekijken, te kunnen nagaan in welke gebieden er meer of minder nood is (…)."

Ook op dit punt dient het ontwerp te worden verduidelijkt.

DE GRIFFIER DE VOORZITTER

Greet VERBERCKMOES Marnix VAN DAMME