



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 60.414/3
van 8 december 2016

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse minister van Welzijn,
Volksgezondheid en Gezin ‘tot toepassing van artikel 4 van het
besluit van de Vlaamse Regering van 15 juli 2016 betreffende
subsiëring van projecten vanuit het vroegere Fonds voor
Collectieve Uitrustingen en Diensten en voor personeelsleden
met een gewezen gescostatuu

Op 8 november 2016 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 ministerieel besluit ‘tot toepassing van artikel 4 van het besluit van de Vlaamse Regering van 15 juli 2016 betreffende subsidiëring van projecten vanuit het vroegere Fonds voor Collectieve Uitrustingen en Diensten en voor personeelsleden met een gewezen gescostatuut’.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 29 november 2016. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Jan SMETS en Jeroen VAN NIEUWENHOVE, staatsraden, Jan VELAERS en Bruno PEETERS, 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 december 2016.

*

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 beperkt tot 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. Luidens artikel 4, eerste lid, van het besluit van de Vlaamse Regering van 15 juli 2016 ‘betreffende subsidiëring van projecten vanuit het vroegere Fonds voor Collectieve Uitrustingen en Diensten en voor personeelsleden met een gewezen gescostatuuut’ kunnen de subsidies bedoeld in de artikelen 2 en 3 van dat besluit, dit zijn subsidies verleend door het intern verzelfstandigd agentschap met rechtspersoonlijkheid Kind en Gezin (hierna: Kind en Gezin) aan “projecten FCUD”¹ en “projecten gesco”² die aan de in die artikelen gestelde voorwaarden voldoen, alleen worden toegekend binnen de perken van de begroting. Artikel 4, tweede lid, van hetzelfde besluit bepaalt dat als er binnen de beschikbare begrotingskredieten budget vrijkomt, de Vlaamse minister bevoegd voor bijstand aan personen (hierna: de minister) kan beslissen om dat budget in te zetten voor de bestaande projecten “FCUD” of “gesco”, binnen de voorwaarden, vermeld in het genoemde besluit en volgens de eventuele bijkomende voorwaarden die de minister vastlegt.

Het ontworpen besluit strekt ertoe uitvoering te geven aan het zo-even genoemde artikel 4, tweede lid, van het besluit van de Vlaamse Regering van 15 juli 2016. Het bepaalt de hoogte van het vrijgekomen budget voor de genoemde projecten op jaarbasis, en de bijkomende voorwaarden waaraan het FCUD-project dat de middelen kan ontvangen, moet voldoen. Kind en Gezin wordt belast met het toekennen van “het budget” aan het FCUD-project dat aan die voorwaarden voldoet.

Het te nemen besluit heeft uitwerking met ingang van 1 april 2016.

¹ Onder “project FCUD” wordt verstaan “een organisator van kinderopvang, buitenschoolse opvang, regionale coördinatie van buitenschoolse opvang of opvang van zieke kinderen, die in 2014 gesubsidieerd is met toepassing van het koninklijk besluit van 19 augustus 1997 (‘tot vaststelling van de wijze waarop het Fonds voor collectieve uitrustingen en diensten de opbrengst van de ontvangen bijdragen toewijst aan de toekenning van subsidies voor projecten voor de opvang van kinderen van 2,5 tot 12 jaar en sommige projecten voor de opvang van kinderen van 0 tot 3 jaar’) en het bijzonder reglement van 2 september 1997 (‘betreffende het koninklijk besluit van 19 augustus 1997 tot vaststelling van de wijze waarop het Fonds voor Collectieve Uitrustingen en Diensten de opbrengst van de ontvangen bijdragen toewijst aan de toekenning van subsidies voor projecten voor de opvang van kinderen van 2,5 tot 12 jaar en sommige projecten voor de opvang van kinderen van 0 tot 3 jaar’))” (zie artikel 1, 4°, van het besluit van de Vlaamse Regering van 15 juli 2016).

² Onder een “project gesco” wordt verstaan “een organisator van kinderopvang, buitenschoolse opvang of opvang van zieke kinderen, die in 2014 gesubsidieerd is met toepassing van het besluit van de Vlaamse Regering van 27 oktober 1993 houdende uitvoering van het koninklijk besluit nr. 474 van 28 oktober 1986 tot opzetting van een stelsel van door de Staat gesubsidieerde contractuelen bij sommige plaatselijke besturen” (zie artikel 1, 5°, van het besluit van de Vlaamse Regering van 15 juli 2016).

3.1.1. Het ontworpen besluit vindt, zoals uit wat hiervoor is opgemerkt blijkt, in beginsel rechtsgrond in artikel 4, tweede lid, van het besluit van de Vlaamse Regering van 15 juli 2016.³

3.1.2. Artikel 1 van het ontworpen besluit kan worden beschouwd als een bepaling waarbij de minister beslist om het vrijgekomen budget in te zetten. Het is wel vereist dat het om bestaande projecten gaat, wat blijkt uit het hanteren van de term “FCUD-project” in de inleidende zin van artikel 2 van het ontwerp, uit hetgeen bepaald wordt in het 1° van dat artikel, evenals uit de toelichting bij artikel 2 van het ontwerp in de nota van Kind en Gezin aan de minister die is gevoegd bij de adviesaanvraag.⁴

Bij artikel 4, tweede lid, van het besluit van de Vlaamse Regering van 15 juli 2016 wordt eveneens vereist dat het te subsidiëren project voldoet aan de voorwaarden vermeld in dat besluit, hetgeen wordt bevestigd in de inleidende zin van artikel 2 van het ontwerp.⁵

3.1.3. Luidens artikel 3 van het ontworpen besluit kent Kind en Gezin het budget (lees: de subsidie) toe aan het FCUD-project dat aan de voorwaarden vermeld in artikel 2 ervan voldoet. Artikel 4, tweede lid, van het besluit van de Vlaamse Regering van 15 juli 2016 verleent evenwel geen uitdrukkelijke delegatie aan de minister om taken op te leggen aan Kind en Gezin.

De gemachtigde verklaarde in dit verband het volgende:

“Art. 4, tweede lid van het BVR waar u naar verwijst, bepaalt dat de minister budget dat vrijkomt kan inzetten voor bestaande projecten FCUD, volgens de eventuele bijkomende voorwaarden die de minister vastlegt. Kind en Gezin zal de subsidie toekennen, overeenkomstig haar opdracht toevertrouwd in art. 13§2 van het decreet tot oprichting van het intern verzelfstandigd agentschap met rechtspersoonlijkheid Kind en Gezin. In die zin creëert art. 3 van onderhavig MB geen taak die de minister oplegt aan Kind en Gezin, maar betreft het een loutere explicitering van een decretale opdracht van Kind en Gezin.”

Uit de artikelen 6, § 1, 2°, 12 en 13, §§ 1 en 2, van het decreet van 30 april 2004 ‘tot oprichting van het intern verzelfstandigd agentschap met rechtspersoonlijkheid Kind en Gezin’, in dit geval nader uitgevoerd bij artikel 2 van het besluit van de Vlaamse Regering van 15 juli 2016, volgt inderdaad dat het subsidiëren van organisatoren van kinderopvang behoort tot de taken van Kind en Gezin. Ook zonder artikel 3 van het te nemen besluit komt het derhalve Kind en Gezin toe de subsidie toe te kennen.

³ Zie over de mogelijkheid van een delegatie aan de minister tot het bepalen van subsidievoorwaarden voor de genoemde projecten adv.RvS 59.447/3 van 21 juni 2016 over het ontwerp dat heeft geleid tot het besluit van de Vlaamse Regering van 15 juli 2016, opmerking 15.

⁴ In de toelichting onder punt 3 van de nota van Kind en Gezin wordt gewag gemaakt van “de nieuwe organisator”, maar de gemachtigde verklaarde dat dit een verkeerde terminologie is.

⁵ Gevraagd waarom wordt bepaald dat moet zijn voldaan aan de voorwaarden vermeld in artikel 2, eerste lid, 3°, en derde lid, van het besluit van de Vlaamse Regering van 15 juli 2016, maar niet aan die vermeld in artikel 2, tweede lid, van dat besluit, verklaarde de gemachtigde: “(...) het resterend budget waarnaar verwezen wordt in artikel 1 betreft middelen voor regionale coördinatie, die terug zullen worden ingezet voor regionale coördinatie. De minister verleent geen vrijstelling van art. 2, tweede lid van het besluit van de Vlaamse Regering van 15 juli 2016, enkel het derde lid is in concreto van toepassing.”

Bepalingen die enkel een hogere rechtsnorm in herinnering brengen door die over te nemen of te parafraseren, horen in beginsel niet thuis in een uitvoeringsregeling, onder meer omdat daardoor onduidelijkheid dreigt te ontstaan omtrent de juridische aard van die bepalingen en erdoor verkeerdelijk de indruk kan worden gewekt dat de overgenomen regels kunnen worden gewijzigd door de overheid die de regels overneemt. Enkel wanneer het voor een goed begrip van de ontworpen regeling onontbeerlijk is dat bepalingen uit een hogere rechtsnorm worden overgenomen, kan dergelijke werkwijze worden gebillijkt, en dan enkel op voorwaarde dat de oorsprong van de betrokken regels wordt vermeld (door het aanbrengen van de vermelding “overeenkomstig artikel ... van ...”) en dat de overname correct en letterlijk gebeurt om geen onduidelijkheid te doen ontstaan omtrent de juiste draagwijdte ervan.

In dit geval ziet de Raad van State niet in waarom het noodzakelijk zou zijn om wat voortvloeit uit de genoemde decretale en reglementaire bepalingen opnieuw in herinnering te brengen.

3.2. Artikel 4, tweede lid, van het besluit van de Vlaamse Regering van 15 juli 2016 vindt op zijn beurt rechtsgrond in artikel 12 van het decreet van 30 april 2004.

VORMVEREISTEN

4. Over de vraag of de subsidieregeling voor projecten die voorheen via het FCUD werden gesubsidieerd, moet worden aangemeld bij de Europese Commissie met toepassing van artikel 108, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, werd in advies 56.441/3⁶ het volgende opgemerkt:

“7.1. Gevraagd of het ontwerp werd aangemeld bij de Europese Commissie op grond van artikel 108, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, verklaarde de gemachtigde dat dit niet het geval is omdat het ontwerp daarvan zou zijn vrijgesteld gelet op artikel 3 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 beheer van diensten van algemeen economisch belang belaste ondernemingen’:

‘Staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst die aan de in dit besluit vastgestelde voorwaarden voldoet, is met de interne markt verenigbaar en is van de verplichting tot voorafgaande aanmelding als bedoeld in artikel 108, lid 3, van het Verdrag vrijgesteld, mits die steun ook aan de uit het Verdrag of uit sectorale wetgeving van de Unie voortvloeiende verplichtingen voldoet.’

In het eerste lid van de aanhef van het ontwerp wordt bepaald dat ‘[d]it decreet [lees: besluit] (...) rekening [houdt] met de bepalingen van het besluit 2012/21/EU’. Volgens de gemachtigde is dit lid in de aanhef opgenomen om volgende reden:

⁶ Adv.RvS 56.441/3 van 7 juli 2014 over een ontwerp dat heeft geleid tot het besluit van de Vlaamse Regering van 18 juli 2014 ‘betreffende de subsidiëring in 2015 van de projecten die in 2014 gesubsidieerd werden via het Fonds voor collectieve uitrusting en diensten’.

‘Omdat wij hiertoe op basis van art. 4 f van het besluit 2012/21/EU verplicht zijn: De onderneming wordt met het beheer van de dienst van algemeen economisch belang belast door middel van één of meer besluiten, waarvan de vorm door elke lidstaat kan worden bepaald. In dat besluit of in die besluiten wordt met name vermeld: f) een verwijzing naar dit besluit.’

Wat betreft de conformiteit met besluit 2012/21/EU verklaarde zij wat volgt:

‘Het BVR voldoet aan de voorwaarden (...).

Het voorwerp van alle (...) projecten die gevat worden onder art 2 c) van het besluit 2012/21/EU : 'de compensatie ten behoeve van het verrichten van diensten van algemeen economisch belang waarmee wordt voldaan aan sociale behoeften wat betreft gezondheidszorg en langdurige zorg, kinderopvang, toegang tot de arbeidsmarkt en herintreding, sociale huisvesting en de zorg voor en sociale inclusie van kwetsbare groepen;'

De openbare dienstverplichting, zijnde kinderopvang, wordt omschreven in voorliggend BVR en het mb tot uitvoering hiervan (o.a. de nominatieve opsomming van de projecten – (...)).

Daar er gewerkt wordt met een aan voorwaarden gekoppelde loongrens en grens voor de werkmiddelen (...) kan er als compensatiemechanisme volstaan worden met de subsidies te omschrijven als een aanvullende financieringsbron (...).

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

7.2. 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.

Het is twijfelachtig of het louter aanbieden van kinderopvang als een openbare dienstverplichting kan worden beschouwd, nu dit een activiteit is die door meerdere marktdeelnemers wordt uitgeoefend, ook door diegenen die niet in aanmerking komen voor de subsidies. De voorwaarden voor de specifieke openbare dienstverplichtingen die de tegenhanger zijn voor het verlenen van subsidies en die verschillend moeten zijn van het louter uitoefenen van de activiteit van kinderopvang, moeten derhalve worden omschreven.

7.3. Wat de duur betreft (die tien jaar niet mag overschrijden: artikel 2, lid 2, van het besluit 2012/21/EU), is er geen probleem aangezien de subsidieregeling slechts geldt voor het jaar 2015 (zie opmerking 10).

7.4. Het ontwerp bevat geen ‘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.

Artikel 8 van het ontwerp lijkt niet te volstaan om aan dit vereiste te voldoen indien men ervan uitgaat dat niet de activiteit van kinderopvang op zich als een openbare dienstverplichting kan worden beschouwd.

7.5. 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. Hierover is evenwel niets voorzien in het ontwerp, dat op dit vlak dient te worden aangevuld, bijvoorbeeld bij de noodzakelijke herformulering van artikel 11 van het ontwerp (zie opmerking 5.2.4).

7.6. 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.

Ook wat dit betreft is niets voorzien in het ontwerp, wat dient te worden verholpen.

7.7. Zo men het ontwerp wat de punten vermeld in de opmerkingen 7.2 en 7.4 tot 7.6 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 dan noodzakelijk om de sanctie te vermijden in geval van verzuim daarvan, 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)."

Gevraagd of het voorliggende ontwerp is aangemeld bij de Europese Commissie, verklaarde de gemachtigde wat volgt:

"Het BVR is niet aangepast, noch gemeld bij de Europese Commissie, omdat het een overgangsregeling betreft. Omdat het een overgangsregeling betreft, zullen de Europese staatssteunregels in het kader van de gefaseerde, structurele inbedding van de FCUD-subsidies in het regulier kader worden uitgewerkt."

Het gegeven dat een regeling bedoeld is als overgangsregeling, is evenwel geen grond tot vrijstelling van de aanmeldingsplicht. Ten aanzien van het voorliggende ontwerp gelden wat betreft de problematiek van de staatssteun gelijkaardige opmerkingen als die gemaakt in advies 56.441/3.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Greet VERBERCKMOES

Jo BAERT