



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 65.100/1
van 8 februari 2019

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘houdende de
toekenning van een subsidie aan pools gezinsopvang’

Op 21 december 2018 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 8 februari 2019, een advies te verstrekken over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘houdende de toekenning van een subsidie aan pools gezinsopvang’.

Het ontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 31 januari 2019. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Chantal BAMPS en Wouter PAS, staatsraden, Michel TISON en Johan PUT, assessoren, en Helena KETS, toegevoegd griffier.

Het verslag is uitgebracht door Rein THIELEMANS, eerste auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 8 februari 2019.

*

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 ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering strekt ertoe een regeling in te voeren voor de toekenning van een subsidie aan “pools gezinsopvang” die elk minstens 1500 gesubsidieerde kinderopvangplaatsen ondersteunen, dit zijn kinderopvangplaatsen die gesubsidieerd zijn met een subsidie voor inkomenstarief voor gezinsopvang als bedoeld bij de artikelen 17 en 59, § 1, van het Subsidiebesluit van 22 november 2013. De opdrachten van de pool gezinsopvang hebben betrekking op, enerzijds, de ondersteuning verleend aan organisatoren en, anderzijds, de ondersteuning van niet-gekwalificeerde kinderbegeleiders door mentoren in te zetten die ondersteunen bij het identificeren en documenteren van bestaande competenties en het verwerven van ontbrekende competenties.

Het ontwerp bepaalt de opdrachten die vervuld moeten worden om voor subsidie in aanmerking te komen, het regelt de samenwerkingsovereenkomst die met Kind en Gezin moet worden gesloten, het bepaalt het subsidiebedrag, het schrijft voor dat de subsidies worden verleend met toepassing van het besluit 2012/21/EU van de Europese Commissie van 20 december 2011¹, het bepaalt dat de subsidie geldt voor vijf jaar, en het regelt de opbouw van reserves, de indexering van de subsidie, de uitbetaling van de subsidie, de subsidieaanvraag en de toekenning van de subsidie door Kind en Gezin alsmede het toezicht en de handhaving. Er wordt voorts in het Vergunningsbesluit van 22 november 2013² een bepaling ingevoegd en sommige bepalingen van het Subsidiebesluit worden opgeheven.

Het ontworpen besluit heeft uitwerking met ingang van 1 januari 2019 en treedt buiten werking op 31 december 2023.

3.1 Het ontwerp vindt luidens zijn aanhef rechtsgrond in artikel 12 van het decreet van 30 april 2004 ‘tot oprichting van het intern verzelfstandigd agentschap met rechtspersoonlijkheid Kind en Gezin’. Die bepaling luidt:

“De Vlaamse regering kan binnen het kader van de taak van het agentschap, vermeld in artikelen 5, 6, 7 en 8 nadere regels bepalen met betrekking tot de normen en de voorwaarden om initiatieven toe te staan en/of te subsidiëren, met dien verstande dat de toelatings- en/of erkenningsbeslissing bij het agentschap berust.”

¹ 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’.

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’.

De Raad van State, afdeling Wetgeving, merkte in advies 62.776/1 van 9 februari 2018 met betrekking tot de rechtsgrond voor het ontwerp dat leidde tot het besluit van de Vlaamse Regering van 23 februari 2018 ‘houdende toekenning van een subsidie aan het ondersteuningsnetwerk kinderopvang’ het volgende op:

“In een weliswaar ruime lezing van artikel 12 van het decreet van 30 april 2004 kan worden aangenomen dat die bepaling rechtsgrond biedt voor het regelen van het oprichten en het subsidiëren van een ondersteuningsnetwerk kinderopvang, met inbegrip van het bepalen van de opdrachten ervan. Niettemin moet worden vastgesteld dat in die bepaling slechts sprake is van het toestaan of subsidiëren van “initiatieven”, welk begrip niet uitdrukkelijk wordt gedefinieerd in het decreet van 30 april 2004 maar waaronder in de context van dat decreet lijkt te moeten worden verstaan “opvanginitiatieven”³. De vraag rijst dan ook of artikel 12 wel daadwerkelijk zo ruim mag worden gelezen dat op grond daarvan ook het oprichten van een ondersteuningsnetwerk, dat als zodanig geen opvanginitiatief of een voorziening inzake kinderopvang is maar enkel een ondersteunende functie heeft ten aanzien van dergelijke initiatieven of voorzieningen, kan worden geregeld en gesubsidieerd. De Raad van State, afdeling Wetgeving, is dan ook van mening dat voor regelingen van die aard ter wille van de rechtszekerheid het best in een geëigende rechtsgrond wordt voorzien. Dit geldt eveneens voor het regelen en subsidiëren van ondersteuningsstructuren waarvan de activiteiten (mede) betrekking hebben op de voorzieningen bedoeld in het decreet van 20 april 2012 ‘houdende de organisatie van kinderopvang van baby’s en peuters’, die nu ook noodzakelijkerwijs worden geregeld en gesubsidieerd op grond van voornoemd artikel 12 van het decreet van 30 april 2004 bij gebreke van een meer geëigende rechtsgrond in het decreet van 20 april 2012.⁴”

De gemachtigde situeerde de heden om advies voorgelegde regeling als volgt ten aanzien van het bepaalde in artikel 12 van het decreet van 30 april 2004:

“De rechtsgrond is voorzien in artikel 12 van het decreet van 30 april 2004. Er kan niet akkoord gegaan worden met de verenging van het begrip initiatieven tot organisatoren, die de Raad van State hanteert. Dit begrip is duidelijk ruimer. Er wordt geen bijkomende rechtsgrond voorzien in de huidige stand van zaken. In dit geval is de subsidie ook duidelijk beperkt in de tijd.

De pools gezinsopvang zijn een verderzetting van de huidige samenwerkingsverbanden, vermeld in artikel 58 van het Subsidiebesluit van 22 november 2013.”

³ Voetnoot 6 in het aangehaalde advies: Zie artikel 7, § 2, laatste lid, van het decreet, waarin sprake is van de “opvanginitiatieven, als bedoeld in artikel 6”. In dat artikel 6 is sprake van “opvanglocaties”. Zie ook de commentaar bij artikel 12 in de memorie van toelichting bij dat decreet, waarin sprake is van het erkennen en subsidiëren van “voorzieningen” inzake kinderopvang (*Parl.St.* Vl. Parl., 2003-04, nr. 2103/1, p. 9-10).

⁴ Voetnoot 7 in het aangehaalde advies: Zie, wat dit laatste betreft, reeds advies 59.621/3 van 20 juli 2016 over het ontwerp dat heeft geleid tot het besluit van de Vlaamse Regering van 16 december 2016 ‘tot wijziging van het besluit van de Vlaamse Regering van 13 december 2013 houdende de regels voor de toekenning van een projectsubsidie aan pedagogische en taalondersteunende organisaties voor de pedagogische en taalondersteuning van kinderdagopvangvoorzieningen’.

Kan in navolging van de gemachtigde worden aangenomen dat de ontworpen regeling rechtsgrond vindt in een ruim gelezen artikel 12 van het decreet van 30 april 2004, dan blijft niettemin de vaststelling dat het duidelijker en ook meer coherent zou zijn indien voor het ontwerp een uitdrukkelijke rechtsgrond zou worden tot stand gebracht in het decreet van 20 april 2012 ‘houdende de organisatie van kinderopvang van baby’s en peuters’. Het ontwerp voorziet immers in ondersteuning van organisatoren die vergund zijn op grond van het laatstgenoemde decreet en voor daarin geregelde initiatieven van kinderopvang.

3.2. Voor sommige bepalingen van het ontwerp kan bijkomend een beroep worden gedaan op andere decretale bepalingen.

Zo vindt artikel 15, eerste lid, van het ontwerp, waarin Kind en Gezin wordt opgedragen om toe te zien op de naleving van de ontworpen regeling, mede rechtsgrond in artikel 13, § 4, van het decreet van 30 april 2004; artikel 16 van het ontwerp strekt tot het wijzigen van het Vergunningsbesluit en kan worden geacht rechtsgrond te vinden in artikel 6, § 5, van het voornoemde decreet van 20 april 2012, gelezen in samenhang met artikel 6, § 1, 4°, b), van dat decreet; de artikelen 17 en 18 van het ontwerp beogen een aantal wijzigingen aan te brengen in het Subsidiebesluit die rechtsgrond vinden in artikel 12, § 1, tweede lid, van het decreet van 20 april 2012, gelezen in samenhang met artikel 8, § 1, van hetzelfde decreet.

VORMVEREISTEN

4. In artikel 7 van het ontwerp wordt bepaald dat de subsidie wordt toegekend met inachtneming van het besluit 2012/21/EU van de Commissie van 20 december 2011. Naar het zeggen van de gemachtigde is voldaan “aan alle voorwaarden binnen de toepassing van artikel 7, 8 en 9 van het ontwerp” en geldt de subsidie “voor een specifieke opdracht, is [zij] beperkt in duur en [wordt] de reservevorming (...) aan banden gelegd”.

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

Daarenboven dienen overeenkomstig artikel 4, e), van het besluit 2012/21/EU, de besluiten waarin de openbare dienstverplichtingen zijn opgenomen, regelingen te bevatten om eventuele overcompensatie te vermijden en terug te vorderen. Artikel 9 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 het besluit 2012/21/EU.

Voorts vereist artikel 5, lid 9, van het besluit 2012/21/EU, een interne boekhouding 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. Het is niet duidelijk of de gescheiden boekhouding, vermeld in artikel 5, tweede lid, van het ontwerp, hieraan voldoet.

Wat voorafgaat doet ervan blijken dat de stellers van het ontwerp er goed aan doen om de overeenstemming van dit laatste met het besluit 2012/21/EU aan een bijkomend onderzoek te onderwerpen en om in voorkomend geval de tekst van het ontwerp in het licht van het voornoemde besluit van de Europese Commissie aan te passen, wat de voornoemde punten betreft. Wensen zij in het laatste geval de tekst van het ontwerp ongewijzigd te behouden en niet in overeenstemming te brengen met het besluit 2012/21/EU, dan zal het ontwerp alsnog moeten 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, waarbij de steun dan in ieder geval nietig is, zelfs indien hij verenigbaar verklaard zou kunnen worden als hij correct werd aangemeld.

5. In het begrotingsakkoord wordt als voorwaarde gesteld dat dubbele subsidiëring te allen tijde moet worden uitgesloten. Aan de gemachtigde werd gevraagd op welke wijze aan deze voorwaarde werd tegemoet gekomen. De gemachtigde beantwoordde deze vraag als volgt:

“In tegenstelling tot de subsidiecomponent die toegekend werd op basis van huidige regelgeving, gaat het nu om een subsidie geldend voor een specifieke, welomschreven opdracht. Het gaat ditmaal om een opdracht die duidelijk los staat van de reguliere werking van een organisator kinderopvang. In artikel 2, tweede lid, 2° is er bovendien geëxpliciteerd dat de rollen organisator kinderopvang en pool gezinsopvang gescheiden moeten worden. Verder moeten de pools gezinsopvang afstemmen met het ondersteuningsnetwerk kinderopvang, voor de opdrachten die in elkaars verlengde liggen, zodat er inderdaad geen sprake kan zijn van dubbele subsidiëring voor eenzelfde opdracht.

Kind en Gezin zal daar dan ook op toezien.”

Vraag is of niet beter aan het voorwaardelijk begrotingsakkoord zou worden tegemoet gekomen door in de tekst van het ontwerp met zoveel woorden te bepalen dat een dubbele subsidiëring is uitgesloten.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Aanhef

6. Rekening houdend met hetgeen *sub* 3.2. werd opgemerkt met betrekking tot de rechtsgrond van het ontwerp, schrijve men aan het einde van het eerste lid van de aanhef: “... Kind en Gezin, artikel 12 en artikel 13, § 4, ingevoegd bij het decreet van 21 juni 2013 en gewijzigd bij het decreet van 19 januari 2018;”. Tevens moet onmiddellijk na het eerste lid van de aanhef bijkomend een nieuw lid worden toegevoegd luidende:

“Gelet op het decreet van 20 april 2012 houdende de organisatie van kinderopvang van baby’s en peuters, artikel 6, §§ 1, 4°, b), en 5, artikel 8, § 1, gewijzigd bij de decreten van 29 juni 2012 en 23 maart 2018, en artikel 12, § 1, tweede lid;”.

Artikel 3

7. De opdrachten van de pool gezinsopvang die worden beschreven in artikel 3, eerste lid, van het ontwerp, zijn dezelfde als die van het ondersteuningsnetwerk kinderopvang, zoals geregeld in het besluit van de Vlaamse Regering van 23 februari 2018 ‘houdende toekenning van een subsidie aan het ondersteuningsnetwerk kinderopvang’. In artikel 3, derde lid, wordt onder meer bepaald dat de ondersteuning “wordt afgestemd met het ondersteuningsnetwerk kinderopvang, gesubsidieerd conform het besluit van de Vlaamse Regering van 23 februari 2018”, terwijl in artikel 3, vierde lid, wordt bepaald dat de pool gezinsopvang geen ondersteuning kan opnemen die het ondersteuningsnetwerk (niet: ondersteuningsnetwerking) kinderopvang opneemt. De gemachtigde heeft bij artikel 3, derde en vierde lid, van het ontwerp de volgende toelichting gegeven:

“Zoals hiervoor al gezegd, liggen sommige opdrachten die toegekend worden aan de pools gezinsopvang in het verlengde van de opdrachten, toegekend aan het ondersteuningsnetwerk kinderopvang. Om elke twijfel over eventuele (uit te sluiten) dubbele subsidiëring weg te nemen wordt gevraagd om af te stemmen. Indien dit niet het geval is zal Kind en Gezin moeten ingrijpen op het subsidiebedrag.

Doelgroep van ondersteuning zijn ook organisatoren gezinsopvang waar de kinderbegeleider tegelijk ook de verantwoordelijke is. Dit kunnen organisatoren zijn met een subsidie op trap 0, 1 of 2, (dus zonder subsidie, met een basissubsidie of met een subsidie voor inkomenstarief).

Zoals hiervoor gezegd liggen de opdrachten inhoudelijk gedeeltelijk in elkaars verlengde. Echter, het ondersteuningsnetwerk heeft een heel ruime doelgroep, inclusief de buitenschoolse opvang, terwijl de pools gezinsopvang zich focussen op organisatoren gezinsopvang (ook deze waar de kinderbegeleider tegelijk ook de verantwoordelijke is) met een subsidie op trap 0,1 of 2. In de samenwerkingsovereenkomst met het ondersteuningsnetwerk kinderopvang wordt de prioritaire doelgroep ook anders ingevuld, rekening houdend met de subsidieopdrachten van de pools gezinsopvang (om overlap uit te sluiten). De subsidie aan de pools gezinsopvang is, in tegenstelling tot wat de bedoeling is voor de subsidie aan het ondersteuningsnetwerk, beperkt in duur. Ten slotte hebben de pools gezinsopvang ook een belangrijke specifieke opdracht m.b.t. de inzet van mentoren ten voordele van de gezinsopvang, wat niet het geval is voor het ondersteuningsnetwerk kinderopvang.”

Het kan als enigszins verwarrend overkomen dat, enerzijds, in een subsidiëring wordt voorzien voor het uitvoeren van identieke opdrachten door twee verschillende soorten gesubsidieerde organisaties, verricht ten aanzien van (gedeeltelijk) dezelfde organisatoren en dat, anderzijds, wordt voorgeschreven dat de ondersteuning “wordt afgestemd” en dat de pools gezinsopvang geen ondersteuning “opnemen” die een ondersteuningsnetwerk kinderopvang al opneemt op grond van het besluit van de Vlaamse Regering van 23 februari 2018. In ieder geval zou het aanbeveling verdienen om duidelijker in de tekst van het ontwerp tot uitdrukking te brengen dat de pool gezinsopvang geen organisatoren kan ondersteunen die reeds worden ondersteund door het ondersteuningsnetwerk kinderopvang voor dezelfde aspecten.

Artikel 4

8. Ter wille van de leesbaarheid kan worden overwogen om artikel 4, eerste lid, 1°, te redigeren als volgt:

“1° het ontwikkelen of optimaliseren van instrumenten om competenties te identificeren en te documenteren;”.

Artikel 9

9. In artikel 9, 4°, van het ontwerp, wordt bepaald dat, als het maximum vermeld in 2° en 3° van dezelfde bepaling overschreden wordt, het overschreden bedrag wordt teruggestort aan Kind en Gezin, tenzij de pool gezinsopvang een aanwendings- of aanzuiveringsplan heeft dat voldoet “aan een aantal criteria, waaronder de goedkeuring van de Inspectie van Financiën van de Vlaamse overheid”. Het is niet duidelijk welke de andere criteria zijn die in aanmerking kunnen worden genomen en door wie deze worden bepaald. De ontworpen bepaling lijkt op dit punt te moeten worden aangevuld.

Artikel 13

10. Naar het zeggen van de gemachtigde is het de bedoeling om de datum van 31 januari 2019, waarvan melding wordt gemaakt in de inleidende zin van artikel 13 van het ontwerp, te vervangen door die van 28 februari 2019.

Artikel 14

11. De gemachtigde deelde mee dat in artikel 14 van het ontwerp de woorden “uiterlijk op 28 februari 2019” zullen worden vervangen door de woorden “uiterlijk op 31 maart 2019”.

Artikel 16

12. Artikel 16 van het ontwerp strekt ertoe om artikel 74 van het Vergunningsbesluit, dat met ingang van 1 september 2015 werd opgeheven bij besluit van de Vlaamse Regering van 9 oktober 2015, opnieuw op te nemen. Het betrokken artikel 74 van het Vergunningsbesluit maakt evenwel deel uit van hoofdstuk 5, afdeling 2, “Overgangsbepalingen”. Aan de gemachtigde werd gevraagd of het ontworpen artikel 74 van het Vergunningsbesluit eveneens moet worden begrepen als een overgangsbepaling, want zulks valt niet duidelijk af te leiden uit de tekst van de ontworpen bepaling. De gemachtigde beantwoordde deze vraag als volgt:

“Ook deze nieuwe bepaling is een overgangsbepaling.

Voor de verantwoordelijken geldt de overgangsperiode voor kwalificatie tot 1 april 2020, en voor een kinderbegeleider tot 1 april 2024.

Gezien alleenwerkende onthaalouders in de feiten zowel verantwoordelijke als kinderbegeleider zijn, geldt voor hen de kortste overgangsperiode.

Maar gezien net deze doelgroep nu in aanmerking komt voor extra ondersteuning via mentoren, tot het behalen van hun kwalificatie, wordt de overgangsperiode voor hen nu verlengd tot 1 april 2024. Deze periode loopt gelijk met de subsidie van de pools gezinsopvang.”

De overgangsperiodes waarnaar de gemachtigde verwijst zijn wellicht deze die worden bepaald in artikel 70, eerste lid, 5° en 7°, van het Vergunningsbesluit. Dat in het ontworpen artikel 74 van het Vergunningsbesluit een overgangsregeling wordt beoogd, lijkt derhalve te moeten worden afgeleid uit het gegeven dat de subsidie voor pools gezinsopvang loopt tot 31 december 2023⁵. Ter wille van de duidelijkheid en van een goed begrip van het ontworpen artikel 74 van het Vergunningsbesluit zou de betrokken bepaling, die blijkbaar wel degelijk als een overgangsbepaling is geconcipieerd, als zodanig moeten worden geredigeerd. De redactie wordt daartoe het best in die zin aangepast waarbij er tevens op moet worden gelet dat erin wordt vermeld tot wanneer de beoogde overgangsperiode loopt.

13. Het ontworpen artikel 74 van het Vergunningsbesluit houdt in dat de verantwoordelijke die zelf ook als kinderbegeleider in de gezinsopvang werkt en die zich laat ondersteunen door een pool gezinsopvang, kan volstaan met een kwalificatie als kinderbegeleider in plaats van met een kwalificatie als verantwoordelijke, terwijl de hoedanigheid van verantwoordelijke toch een andere kennis en competentie vereist dan de hoedanigheid van kinderbegeleider. Vraag is of dergelijke regeling op die wijze geen ontoelaatbaar verschil in behandeling dreigt teweeg te brengen tussen de verschillende categorieën van personen die de hoedanigheid van verantwoordelijke hebben. De gemachtigde wees er in dat verband op dat “[d]e ondersteuning (...) deze nieuwe overgangsbepaling [verantwoordt], aangezien de nodige kennis en competentie wordt geboden door deze ondersteuning”. De door de gemachtigde voorgestane redenering kan enkel worden bijgetreden indien de “nodige kennis en competentie” geboden door de ondersteuning vanwege de pool gezinsopvang betrekking heeft op het vervullen van de functie van verantwoordelijke en niet enkel op het vervullen van de functie van kinderbegeleider. Hiervan wordt het best in de ontworpen bepaling melding gemaakt.

Artikel 19

14. Men late artikel 19 van het ontwerp aanvangen als volgt: “Dit besluit heeft uitwerking met ingang van 1 januari 2019 en ...”.

⁵ In plaats van tot 1 april 2024 zoals de gemachtigde in zijn antwoord vermeldt.

Wat het bepaalde in artikel 4, eerste lid, 2°, en tweede lid, 2°, van het ontwerp betreft, dient er wel nog op te worden gewezen dat die bepalingen pas ten vroegste in werking zullen kunnen treden op de dag van de inwerkingtreding van het decreet ‘betreffende een geïntegreerd beleid voor de erkenning van verworven competenties’ dat zich momenteel nog in de ontwerpfase bevindt. In de huidige stand van de regelgeving kan het bepaalde in artikel 4, eerste lid, 2°, en tweede lid, 2°, van het ontwerp, en de erin opgenomen verwijzing naar het voornoemde, nog in voorbereiding zijnde decreet, niet behouden worden.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Helena KETS

Marnix VAN DAMME