RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 67.152/1
van 30 maart 2020

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot wijziging van het Vergunningsbesluit van 22 november 2013, wat betreft de bestuurlijke weerbaarheid en transparantie van organisatoren, en tot wijziging van het Subsidiebesluit van 22 november 2013, wat betreft verplichtingen in het kader van de subsidies’

‡LW-DADUPDGBH-GHBFCVT‡

Op 23 maart 2020 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Welzijn, Volksgezondheid, Gezin en Armoedebestrijding verzocht binnen een termijn van vijf werkdagen een advies te verstrekken over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot wijziging van het Vergunningsbesluit van 22 november 2013, wat betreft de bestuurlijke weerbaarheid en transparantie van organisatoren, en tot wijziging van het Subsidiebesluit van 22 november 2013, wat betreft verplichtingen in het kader van de subsidies’.

Het ontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 26 maart 2020. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Wilfried VAN VAERENBERGH en Wouter PAS, staatsraden, Michel TISON en Johan PUT, assessoren, en Wim GEURTS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Rein THIELEMANS, eerste auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 30 maart 2020.

*

‡LW-DADUPDGBH-GHBFCVT‡

1. Volgens artikel 84, § 1, eerste lid, 3°, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, moeten in de adviesaanvraag de redenen worden opgegeven tot staving van het spoedeisende karakter ervan.

In het onderhavige geval wordt het verzoek om spoedbehandeling gemotiveerd door de omstandigheid

> "dat er voor de betrokken organisaties vóór 1 april 2020 duidelijkheid moet worden gecreëerd over deze nieuwe regelgeving, aangezien bij gebrek hieraan de huidige voorwaarden en subsidiemodaliteiten opgenomen in het Subsidiebesluit van 22 november 2013 op 1 april 2020 ingaan. Er vallen namelijk enkele inhoudelijke subsidievoorwaarden (werken met werknemers en rechtspersoonlijkheid met sociaal oogmerk hebben) weg die normaal vanaf 1 april 2020 zouden gelden en die voor de betrokken organisatoren een bepaalde kost en/of aanpassing van de werking zouden betekenen. Het is dus noodzakelijk dat zij zo snel mogelijk en in elk geval vóór 1 april 2020 duidelijkheid hebben".

De aldus aangehaalde motivering valt op het eerste gezicht uitsluitend te betrekken op slechts een gedeelte van de bepalingen van het om advies voorgelegde ontwerp van besluit, namelijk op de artikelen 5, 6, 8 en 9 ervan. Het valt enkel uit de bisnota aan de Vlaamse Regering en uit de door de gemachtigde verstrekte toelichting af te leiden dat het de bedoeling is dat de nieuwe vergunnings- en subsidievoorwaarden in de plaats komen van die welke in werking zouden treden op 1 april 2020 en dat er bijgevolg een onlosmakelijk verband bestaat tussen de voornoemde bepalingen van het ontwerp en de overige bepalingen ervan.

De spoedeisendheid moet in beginsel betrekking hebben op alle bepalingen van een ontwerp. Ze kan evenwel ook worden aanvaard wanneer ze slechts een deel van de bepalingen van het betrokken ontwerp betreft, op voorwaarde dat die bepalingen een essentieel onderdeel zijn van het ontwerp en de overige bepalingen daarmee onlosmakelijk verbonden zijn.[1] Dit moet dan evenwel voldoende duidelijk blijken uit de motivering van de spoedeisendheid zoals die wordt weergegeven in de brief met de adviesaanvraag. Daarbij volstaat het in principe niet dat de betrokken redenen blijken uit de stukken van het dossier of uit de aard van de zaak.[2] De adviesvragende overheid wordt verzocht om hiermee in de toekomst rekening te houden bij de redactie van de motivering van spoedeisende adviesaanvragen zoals de voorliggende.

*

2. 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 moeten beperken 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.

*

[1] *Vademecum adviesprocedure voor de afdeling wetgeving*, Raad van State, Brussel, 2020, p. 15.

[2] Zie het in de vorige voetnoot vermelde "*Vademecum*", p. 14.

‡LW-DADUPDGBH-GHBFCVT‡

STREKKING EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

3. De artikelen 1 tot 3 van het ontwerp beogen een aantal wijzigingen aan te brengen in het Vergunningsbesluit van 22 november 2013[3] op het vlak van onder meer de vergunningsvoorwaarden inzake organisatorisch management van de kinderopvanglocatie. De artikelen 4 tot 9 van het ontwerp strekken tot het wijzigen van het Subsidiebesluit van 22 november 2013[4], wat betreft de voor alle subsidies geldende voorwaarden inzake financieel beheer en de voorwaarden inzake organisatorisch management voor de subsidie voor inkomenstarief. In artikel 10 van het ontwerp is een overgangsregeling opgenomen terwijl in artikel 11 de datum van inwerkingtreding van het ontworpen besluit wordt vastgesteld op 31 maart 2020.

4. De ontworpen regeling kan worden geacht rechtsgrond te vinden in de bepalingen van het decreet van 20 april 2012 ‘houdende de organisatie van kinderopvang van baby’s en peuters’ waarvan in de aanhef van het ontwerp melding wordt gemaakt in de rubriek “Rechtsgronden”. Bijkomend moet evenwel worden gewezen op wat hierna volgt.

Artikel 4 van het ontwerp en, in zover het een overgangsbepaling bevat met betrekking tot het bij dat artikel ontworpen artikel 4, derde lid, van het Subsidiebesluit, artikel 10, tweede lid, van het ontwerp, hebben betrekking op alle subsidies en moeten derhalve worden geacht rechtsgrond te vinden in de artikelen 7, tweede lid, en 12, § 1, tweede lid, van het voornoemde decreet, gelezen in samenhang met de artikelen 7, 8, § 1, 9, 10 en 11, 2°, van hetzelfde decreet.

De artikelen 5 tot 9 en, in zover het een overgangsbepaling bevat met betrekking tot de bij de artikelen 5 en 6 ontworpen artikelen 24 en 25 van het Subsidiebesluit, artikel 10, tweede lid, van het ontwerp, hebben betrekking op de subsidie voor inkomenstarief en moeten derhalve worden geacht rechtsgrond te vinden in artikel 12, § 1, tweede lid, van het decreet van 20 april 2012, gelezen in samenhang met artikel 8, § 1, van hetzelfde decreet.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Aanhef

5. Rekening houdend met hetgeen *sub* 4 is opgemerkt met betrekking tot de rechtsgrond van het ontwerp, worden de verwijzingen naar de bepalingen van het decreet van 20 april 2012, in de rubriek “Rechtsgronden”, het best vervolledigd met een verwijzing naar artikel 7, tweede lid, van dat decreet, dat een uitdrukkelijke delegatie van bevoegdheid aan de

[3] Besluit van de Vlaamse Regering van 22 november 2013 ‘houdende de vergunningsvoorwaarden en het kwaliteitsbeleid voor gezinsopvang en groepsopvang van baby’s en peuters’.

[4] 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’.

‡LW-DADUPDGBH-GHBFCVT‡

Vlaamse Regering bevat op het vlak van het vaststellen van nadere regels inzake de basissubsidie.

Artikel 3

6. In het ontworpen artikel 53, vierde lid, van het Vergunningsbesluit, worden aan de betrokken organisatoren een aantal verplichtingen opgelegd waarvan de precieze draagwijdte niet duidelijk is.

Zo worden de organisatoren ertoe verplicht om te “zorgen voor voldoende controlemechanismes tussen de raad van bestuur, de algemene vergadering en de directie”. Aan de gemachtigde werd gevraagd of hiermee andere controlemechanismen worden beoogd dan die welke voortvloeien uit de algemene wettelijke regels die al van toepassing zijn op de betrokken soort rechtspersoon. De gemachtigde antwoordde:

> “Dit heeft vooral betrekking op het voorzien van gezonde evenwichten in de samenstelling van de verschillende organen waardoor onderlinge controle mogelijk is. Dat is noodzakelijk om kritisch naar de werking, beslissingen, keuzes te kunnen kijken. Organisatoren waar leden van de raad van bestuur de meerderheid uitmaken van de algemene vergadering bemoeilijken bijvoorbeeld controlemechanismen aangezien dan verondersteld wordt da[t] al deze leden aan doorgedreven zelfkritiek doen, wat vaak niet aanwezig is. Een bewuste keuze en samenstelling van de verschillende organen is dus al één van die zaken. Organisatoren moeten hun eigen werking en samenstelling vanuit dit doel kritisch onder de loep nemen zodat ze kunnen verantwoorden op welke manier ze voorzien in onderlinge onafhankelijke controle van de verschillende organen”.

Nog in het ontworpen artikel 53, vierde lid, van het Vergunningsbesluit, worden de organisatoren verplicht te “zorgen voor een evenwichtige samenstelling van [de betrokken] organen”. Wat dat betreft, deelde de gemachtigde het volgende mee:

> “Zoals in de nota toegelicht vormen de aanbevelingen rond goed bestuur in de welzijnssector inspiratie:
>
> https://www.departementwvg.be/sites/default/files/media/documenten/Goed_bestuur_socialprofit_20160923_DEF.pdf
>
> Een evenwichtige samenstelling heeft betrekking op het feit dat de leden van de raad van bestuur onderling complementair zijn qua kennis en competenties om zo op zoveel mogelijk terreinen problemen het hoofd te kunnen bieden (zie aanbeveling 6).”

De door de gemachtigde verstrekte toelichting kan niet de vaststelling ongedaan maken dat in het ontworpen artikel 53 van het Vergunningsbesluit vergunningsvoorwaarden worden omschreven en dat zulks op een zodanige wijze dient te gebeuren dat de betrokken organisatoren duidelijk weten welke de op hen rustende verplichtingen zijn en wat er op dat vlak precies van hen wordt verwacht opdat zij voor vergunning in aanmerking zouden kunnen komen. De voornoemde voorwaarden worden in het ontworpen artikel 53, vierde lid, van het Vergunningsbesluit, evenwel op een dergelijke manier omschreven dat de draagwijdte ervan onvoldoende duidelijk dreigt uit te vallen voor de organisatoren en dat erdoor niet wordt voldaan aan de criteria waaraan vergunningsstelsels op het vlak van duidelijkheid, ondubbelzinnigheid,

‡LW-DADUPDGBH-GHBFCVT‡

transparantie en toegankelijkheid moeten voldoen overeenkomstig artikel 10 van de Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 ‘betreffende diensten op de interne markt’. De omschrijving van de voornoemde verplichtingen die blijkens het ontworpen artikel 53, vierde lid, van het Vergunningsbesluit, door de organisatoren dienen te worden nageleefd, zou daarom moeten worden gepreciseerd.

Artikel 4

7. Het ontworpen artikel 4 van het Subsidiebesluit maakt deel uit van hoofdstuk 2 van titel 1 van het Subsidiebesluit, met als opschrift “Besluit 2012/21/EU”. Dit hoofdstuk bevat regels die ervoor moeten zorgen dat de subsidies worden verleend in overeenstemming met het besluit 2012/21/EU van 20 december 2011 van de Commissie ‘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’.

Artikel 5, lid 9, van het besluit 2012/21/EU bepaalt het volgende:

> “Wanneer een onderneming activiteiten verricht die zowel binnen als buiten de dienst van algemeen economisch belang vallen, worden in de interne boekhouding de met de dienst van algemeen economisch belang verband houdende kosten en inkomsten, en die van de andere diensten, gescheiden opgenomen, alsook de parameters voor de toerekening van die kosten en inkomsten. De kosten die verband houden met activiteiten die buiten de dienst van algemeen economisch belang vallen, omvatten alle directe kosten, plus een passende bijdrage in de gemeenschappelijke vaste kosten en een passend rendement op kapitaal. Voor deze kosten wordt geen compensatie verleend”.

Er worden in het ontworpen artikel 4 van het Subsidiebesluit een begroting en een boekhouding voorgeschreven voor de inkomsten en uitgaven voor de organisatie van kinderopvang. De compensatie (of subsidie) mag enkel in verhouding staan tot de opgelegde openbare dienstverlening (in het Subsidiebesluit: de voorwaarden voor specifieke dienstverlening). Indien er ook organisatoren zijn die kinderopvang binnen en buiten de voorwaarden voor specifieke dienstverlening verrichten, volstaat het niet een aparte boekhouding op te leggen voor de organisatie van kinderopvang, maar moet een aparte boekhouding voorhanden zijn voor de activiteiten die binnen de voorwaarden voor specifieke dienstverlening worden verricht.

De gemachtigde stelt voor om het ontworpen artikel 4, tweede lid, 2°, van het Subsidiebesluit, als volgt te formuleren om hieraan tegemoet te komen:

> “een boekhouding die inkomsten en uitgaven die verband houden met de activiteiten van kinderopvang, waarvoor de organisator de subsidie voor specifieke dienstverlening ontvangt, voor de toerekening van de kosten en inkomsten, transparant afzondert.”

Met dit voorstel van tekstaanpassing kan worden ingestemd.

8. In het ontworpen artikel 4, vierde lid, van het Subsidiebesluit, is de verwijzing naar “de verplichting, vermeld in het tweede lid, 3°” niet correct en moet deze worden gecorrigeerd.

‡LW-DADUPDGBH-GHBFCVT‡

Artikelen 5 en 6

9. De vraag rijst waarom in het ontworpen artikel 24 van het Subsidiebesluit de voorwaarde inzake de rechtspersoonlijkheid enkel wordt opgelegd voor het verkrijgen van de subsidie voor inkomenstarief en – zoals door de gemachtigde werd meegedeeld – niet voor sommige andere subsidies waaronder de basissubsidie, en op welke wijze dergelijk onderscheid te verenigen valt met het grondwettelijk gewaarborgde gelijkheidsbeginsel. Een gelijkaardige vraag rijst met betrekking tot de voorwaarde waarin het ontworpen artikel 25 van het Subsidiebesluit voorziet inzake het betalen van correcte lonen of vergoedingen voor medewerkers (artikel 6 van het ontwerp). Er zal zowel voor het onderscheid dat op het vlak van de voorwaarden wordt gemaakt in het ontworpen artikel 24 als in het ontworpen artikel 25 van het Subsidiebesluit een deugdelijke verantwoording moeten kunnen worden gegeven.

De gemachtigde verstrekte in dat verband alvast de bijkomende toelichting:

> "De organisatoren die de subsidie voor inkomenstarief ontvangen, krijgen een omvangrijke subsidie, waarmee de volledige loonkost en werking wordt gefinancierd. Bovendien is het aanbod in deze subsidiegroep ook voor lagere inkomenscategorieën betaalbaar en krijgen kansengroepen tot op zeker mate voorrang, toegankelijkheid van de kinderopvang van baby's en peuters (sociale functie).
>
> Gelet op de omvang van de subsidie en het sociaal belang van de kinderopvang met inkomenstarief kan de impact van een gebrek aan bestuurlijke en financiële weerbaarheid en transparantie op de overheid en de gezinnen groot zijn. De ontworpen artikelen 24 en 25 bepalen de voorwaarden om de nodige duurzaamheid, transparantie en weerbaarheid te verzekeren".

10. In het ontworpen artikel 25 van het Subsidiebesluit (artikel 6 van het ontwerp) is niet duidelijk wat moet worden begrepen onder "correcte" lonen of vergoedingen. De gemachtigde deelde wat dat betreft het volgende mee:

> "Correcte lonen zijn lonen die in de eerste plaats voldoen aan geldende regelgeving en vb CAO's die van toepassing zijn. Voor de medewerkers die echter niet aan dergelijke regels onderworpen zijn (in de sector zijn heel wat feitelijke verenigingen actief, ook rechtspersonen die met zelfstandigen werken,…) wordt met correcte vergoedingen bedoeld dat ze minstens marktconform zijn. De belangrijkste toets om ook na te gaan of ze correct zijn, zit vervat in het laatste deel van de zin namelijk dat de medewerkers in staat moeten zijn om een gezonde en toekomstgerichte sociaalrechtelijke situatie uit te bouwen. Uit een studie die Opgroeien regie liet uitvoeren in 2016 door KPMG blijkt immers dat de vergoedingen die aan zelfstandigen worden betaald vaak ondermaats zijn. Waar de overheid echter subsidies verschaft, waarin onder meer een loonkost inbegrepen zit, mag verondersteld worden dat de organisator dit ook naar de medewerkers laat doorvloeien".

Er moet worden vastgesteld dat in het ontworpen artikel 25 van het Subsidiebesluit melding wordt gemaakt van één criterium op basis waarvan het betrokken begrip kan worden afgebakend, zijnde het erin omschreven sociaal criterium. Uit de toelichting die door de gemachtigde werd verstrekt, lijkt evenwel te moeten worden afgeleid dat nog andere criteria (zoals dat met betrekking tot de marktconformiteit) in ogenschouw kunnen worden genomen met

‡LW-DADUPDGBH-GHBFCVT‡

het oog op het invullen van het begrip “correcte” lonen of vergoedingen. Indien dat effectief de bedoeling is, zou de tekst van de ontworpen bepaling daarvan duidelijker blijk moeten geven.

Artikel 9

11. Men late artikel 9 van het ontwerp aanvangen als volgt: “In artikel 61 van hetzelfde besluit, gewijzigd bij het besluit van de Vlaamse Regering van 4 april 2014, wordt …”.

Artikel 10

12. Ter wille van de duidelijkheid passe men de redactie van artikel 10, tweede lid, van het ontwerp aan als volgt:

“De organisatoren die op 31 maart 2020 de subsidie voor inkomenstarief, vermeld in artikel 18, eerste lid, 2°, van het Subsidiebesluit van 22 november 2013, toegekend krijgen als vermeld in artikel 59 van hetzelfde besluit, hebben tot en met 31 maart 2021 de tijd om te voldoen aan de voorwaarden, vermeld in de artikelen 4, derde lid, 24 en 25 van hetzelfde besluit, zoals gewijzigd bij dit besluit”.

Slotopmerking

13. Uit de motivering van de spoedeisendheid kan worden afgeleid dat de formele inwerkingtreding op 31 maart noodzakelijk is om te vermijden dat de huidige voorwaarden opgenomen in het Subsidiebesluit van toepassing worden vanaf 1 april.

Rekening houdend met het ogenblik waarop dit advies wordt uitgebracht, dienen de stellers van het ontwerp erop toe te zien dat het ontworpen besluit zo snel als mogelijk wordt bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad teneinde op die wijze zoveel als mogelijk te vermijden dat eraan terugwerkende kracht wordt verleend. In de mate immers dat het ontwerp bepalingen bevat die strengere of bijkomende vergunnings- of subsidievoorwaarden bevat, is een retroactieve toepassing in beginsel niet toelaatbaar. Rekening houdend met de aangehaalde motivering van de onmiddellijke inwerkingtreding, moet de retroactieve toepassing in elk geval tot een minimum worden beperkt.

DE GRIFFIER DE VOORZITTER

Wim GEURTS Marnix VAN DAMME

‡LW-DADUPDGBH-GHBFCVT‡