



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 69.696/1

van 23 juli 2021

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot vaststelling van de regels voor de toekenning van een eenmalige premie voor de versterking van de koopkracht van zelfstandige verantwoordelijken en medewerkers in de opvang van baby’s en peuters en in de buitenschoolse opvang’

Op 22 juni 2021 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Welzijn, Volksgezondheid, Gezin en Armoedebestrijding verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot vaststelling van de regels voor de toekenning van een eenmalige premie voor de versterking van de koopkracht van zelfstandige verantwoordelijken en medewerkers in de opvang van baby's en peuters en in de buitenschoolse opvang’.

Het ontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 13 juli 2021. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Chantal BAMPS en Bert THYS, staatsraden, Michel TISON en Johan PUT, assessoren, en Wim GEURTS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Kristine BAMS, eerste auditeur-afdelingshoofd.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 23 juli 2021.

*

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 VAN HET ONTWERP

2.1. Blijkens zijn opschrift strekt het ontworpen besluit ertoe “de regels [vast te stellen] voor de toekenning van een eenmalige premie voor de versterking van de koopkracht van zelfstandige verantwoordelijken en medewerkers in de opvang van baby’s en peuters en in de buitenschoolse opvang”.

In de nota aan de Vlaamse Regering wordt dit oogmerk van de ontworpen regeling hoofdzakelijk als volgt toegelicht:

“In het zesde Vlaams Intersectoraal Akkoord van 30 maart 2021 voor de social/nonprofitsectoren voor de periode 2021-2025, werd voor alle werknemers van de private sector een eenmalige consumptiecheque voorzien in kader van maatregelen ter verhoging van de koopkracht van deze werknemers. Deze consumptiecheque is fiscaal vrijgesteld gelet op artikel 7, 8 en 31 van de wet van 15 juli 2020 houdende diverse dringende fiscale bepalingen ten gevolge van de COVID-19 pandemie (CORONA III) (BS 23.07.2020) en wordt uitbetaald op naam van de werknemers via de Fondsen Sociale Maribel aan de werkgevers die deze aan de betrokken werknemers uitbetalen.

Het systeem van een fiscaal vrijgestelde consumptiecheque is niet mogelijk voor zelfstandige medewerkers in deze sectoren. In de kinderopvangsector zijn veel medewerkers aan de slag in het zelfstandig statuut. Zij kunnen aldus geen aanspraak maken op deze eenmalige maatregel in de vorm van een consumptiecheque. Om die reden voorziet de Vlaamse regering in een alternatieve equivalente eenmalige maatregel specifiek voor deze zelfstandige medewerkers in de kinderopvang van baby’s en peuters en in de buitenschoolse kinderopvang, in de vorm van een eenmalige premie ter versterking van hun koopkracht. Deze premie gaat uit van eenzelfde bedrag a rato van 300 euro per voltijds werkende medewerker, maar zal worden uitbetaald aan de organisator door Opgroeien.”

Onder de rubriek “Motivering” in de aanhef van het ontwerp luidt het “motief” waarop de ontworpen regeling gesteund is, als volgt:

“Naar analogie met de koopkrachtmaatregel die het zesde Vlaams Intersectoraal Akkoord van 30 maart 2021 voor de social/non-profitsectoren voor de periode 2021-2025 bepaalt voor de werknemers in de sector, wordt een eenmalige subsidie toegekend aan de organisatoren die werken met zelfstandige medewerkers. De eenmalige premie bedraagt 300 euro voor een voltijds tewerkgestelde zelfstandige.”

2.2. Om het zo-even geschetste oogmerk te realiseren, wordt in het ontwerp voorzien in een subsidieregeling ten gunste van de organisatoren “kinderopvang” en “buitenschoolse opvang” die werken met zelfstandige medewerkers, aan wie zij de “eenmalige coronapremie” uitbetalen.

Daartoe worden vooreerst een aantal begrippen gedefinieerd (artikel 1). De voorwaarden worden bepaald waaraan een organisator moet voldoen om in aanmerking te komen voor de subsidie (artikel 3), evenals de berekeningswijze van de subsidie (artikel 4) en de automatische uitbetaling ervan aan de organisatoren die beantwoorden aan de voorwaarden (artikel 6), behoudens wanneer de betrokken organisator daaraan verzaakt (artikel 7). Ook het toezicht op de naleving van het besluit (artikel 9) en de aanrekening ervan op de begroting (artikel 10) worden geregeld.

Voorts wordt bepaald dat de organisator “de eenmalige premie van maximum 300 euro en minimum 100 euro per zelfstandige medewerker” betaalt (artikel 5), waarna hij “een verantwoordingsstaat (...) van de uitbetaalde bedragen aan de individuele begunstigden” opmaakt (artikel 8).

De ontworpen regeling krijgt uitwerking met ingang van 1 juni 2021 (artikel 11).

RECHTSGROND

3. Blijkens de rubriek “Rechtsgronden” in de aanhef van het ontwerp wordt rechtsgrond voor de ontworpen regeling gezocht in de artikelen 5, § 2, 2°, a), en 12 van het decreet van 30 april 2004 ‘tot oprichting van het intern verzelfstandigd agentschap met rechtspersoonlijkheid Opgroeien regie’ en de artikelen 10, 4°, en 12, § 1, tweede lid, en § 3, van het decreet van 20 april 2012 ‘houdende de organisatie van kinderopvang van baby’s en peuters’.

Artikel 5, § 2, 2°, a), van het decreet van 30 april 2004 luidt:

“§ 2. Naast de kerntaken, vermeld in paragraaf 1, voert het agentschap ook de volgende taken uit voor de in paragraaf 1, 1°, a) tot en met i), vermelde domeinen:

1° ...;

2° het voeren van een geïntegreerd voorzieningenbeleid, dat de volgende taken omvat:

a) voorzieningen, diensten, samenwerkingsverbanden en organisatoren stimuleren, toelaten, programmeren, erkennen, vergunnen, toekennen van een kwaliteitslabel, subsidiëren en handhaven en projecten subsidiëren.”

Artikel 12 van hetzelfde decreet luidt:

“De Vlaamse regering kan binnen het kader van de taak van het agentschap, vermeld in artikel 5, 6, 6/1, 7, 7/1, 7/2, 7/3, 8 en 8/1 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.”

Artikel 10, 4°, van het decreet van 20 april 2012 luidt:

“De organisator met een vergunning voor gezinsopvang of met een vergunning voor groepsopvang kan bovenop de subsidies, vermeld in artikel 7, 8 en 9, een subsidie ontvangen van het agentschap voor:

[...]

4° de eenmalige ondersteuning van andere opdrachten.”

Artikel 12, § 1 en § 3, van het laatstgenoemde decreet luidt:

“§ 1. De subsidies, vermeld in artikel 7 tot en met 11, kunnen alleen binnen de perken van het daarvoor vastgelegde budget worden toegekend.

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.

[...]

§ 3. De Vlaamse Regering bepaalt de procedure voor de aanvraag, de toekenning en de wijziging van de subsidie, inclusief de mogelijkheid om bezwaar aan te tekenen.”

Voor zover de ontworpen regeling een eenmalige subsidie beoogt toe te kennen aan de organisatoren “kinderopvang” en “buitenschoolse opvang” die werken met “zelfstandige medewerkers”, kan ze inderdaad rechtsgrond vinden in de zo-even aangehaalde decretale bepalingen.

Dat is evenwel niet het geval voor zover artikel 5 van het ontwerp voorziet in de toekenning van “de eenmalige premie” per zelfstandige medewerker en aldus in hoofde van een dergelijke medewerker een recht op die premie creëert. De zo-even aangehaalde decretale bepalingen bieden daarvoor geen rechtsgrond.

Artikel 5 van het ontwerp zou weliswaar zodanig kunnen worden herschreven dat het geldt als een subsidievoorwaarde waaraan de organisator dient te voldoen opdat hij de overeenkomstige subsidie zou kunnen verkrijgen.¹ Opdat evenwel de Vlaamse Regering voor de zelfstandige medewerkers van een organisator “kinderopvang” of “buitenschoolse opvang” zou kunnen voorzien in een recht op een eenmalige premie voor de versterking van de koopkracht, vereist de rechtszekerheid dat zij kan beschikken over een expliciete rechtsgrond die haar daartoe machtigt. De steller van het ontwerp zal een dergelijke rechtsgrond moeten kunnen aanwijzen, dan wel een initiatief moeten nemen opdat een dergelijke rechtsgrond alsnog voorafgaandelijk tot stand wordt gebracht.

Onder dat voorbehoud moeten de hiernavolgende opmerkingen worden gelezen.

¹ Ook het opschrift van het ontworpen besluit zou dan moeten worden aangepast, in die zin dat het tot uitdrukking brengt dat het besluit voorziet in een regeling tot “toekenning van een eenmalige subsidie” in plaats van tot “toekenning van een eenmalige premie”.

VORMVEREISTEN

4.1. Volgens de gemachtigde werd het ontwerp niet aangemeld bij de Europese Commissie op grond van artikel 108, lid 3, van het Verdrag ‘betreffende de werking van de Europese Unie’, omdat het onder de toepassing valt van het zogenaamde DAEB-vrijstellingsbesluit².

Artikel 2 van het ontwerp vermeldt dat de subsidie voor “de eenmalige coronapremie voor zelfstandigen” wordt toegekend met inachtneming van het voormelde besluit.

In de nota aan de Vlaamse Regering wordt toegelicht dat “[d]e toekenning van deze eenmalige subsidie om tegemoet te komen aan de gemaakte extra kosten in het kader van de Covid-19-pandemie beantwoordt aan de voorwaarden van voormeld besluit”.

4.2. Op de vraag of de voorwaarden van het DAEB-vrijstellingsbesluit vervuld zijn, namelijk dat de openbardienstverplichtingen duidelijk zijn afgebakend, dat de parameters op basis waarvan de eenmalige premie wordt berekend vooraf op een objectieve en doorzichtige wijze zijn vastgesteld, dat het bedrag van de compensatie niet hoger mag zijn dan nodig om de kosten van de uitvoering van openbardienstverplichtingen geheel of gedeeltelijk te dekken, rekening houdend met de opbrengsten alsmede met een redelijke winst uit de uitvoering van die verplichtingen, antwoordde de gemachtigde:

“De DAEB is omschreven als een eenmalige beperkte ondersteuning van de koopkracht van zelfstandige medewerkers in de kinderopvang en buitenschoolse opvang.

De DAEB is toegewezen door middel van een besluit van de Vlaamse regering. De berekening van de subsidie is transparant opgenomen in het besluit alsook de uiteindelijke begunstigden van de subsidie. Gelet op de hoogte van de subsidie en de uitbetaling aan de zelfstandige medewerkers is er geen risico op overcompensatie in hoofde van de organisatoren kinderopvang en buitenschoolse opvang.

Er is een verantwoording van de besteding van de subsidie voorzien in het besluit, waardoor toezicht en handhaving mogelijk is door het agentschap en door Zorginspectie.”

4.3. De kwalificatie van “een eenmalige beperkte ondersteuning van de koopkracht van zelfstandige medewerkers in de kinderopvang en de buitenschoolse opvang” als een compensatie voor het verrichten van diensten van algemeen economisch belang, is niet vanzelfsprekend.

Het staat aan de steller van het ontwerp om na te gaan of de ontworpen regeling voldoet aan al de voorwaarden bepaald in het DAEB-vrijstellingsbesluit of in verordening (EU) nr. 360/2012 van de Commissie van 25 april 2012 ‘betreffende de toepassing van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op de-minimisteun

² 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’.

verleend aan diensten van algemeen economisch belang verrichtende ondernemingen', dan wel in de *de-minimis*verordening³, in welk geval ze zou zijn vrijgesteld van aanmelding.

De steller van het ontwerp dient de ontworpen regeling, ook wat dit aspect betreft, door te lichten en eventueel aan te passen. Desgevallend moet alsnog tot de aanmelding ervan worden overgegaan.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

ALGEMENE OPMERKING

5. In artikel 1 van het ontwerp worden een aantal begrippen gedefinieerd. Er moet evenwel worden opgemerkt dat de terminologie daarvan verder in het ontwerp niet op een consequente wijze wordt gebruikt. Zo wordt in artikel 1, 4°, van het ontwerp niet de term “kinderopvang” gebruikt, welke voorkomt in de definitie die is opgenomen in artikel 1, 3°, maar wordt gewag gemaakt van “de opvang van baby’s en peuters”.

In artikel 3, tweede lid, van het ontwerp wordt gewag gemaakt van “private gezins- en groepsopvang baby’s en peuters”, “private buitenschoolse gezinsopvang” en “private buitenschoolse groepsopvang”, zonder dat dan weer precies omschreven is wat daaronder moet worden begrepen.

Ingestemd kan worden met de vaststelling van de gemachtigde dat “[d]e definities in artikel 1 (...) verder (kunnen) worden verfijnd en/of aangevuld”.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

Aanhef

6. Onder de rubriek “Rechtsgronden” in de aanhef van het ontwerp schrijve men na het eerste streepje het opschrift van het decreet van 30 april 2004 als volgt: “het decreet van 30 april 2004 tot oprichting van het intern verzelfstandigd agentschap met rechtspersoonlijkheid Opgroeien regie”.

Artikel 3

7. Artikel 3, derde lid, 3°, van het ontwerp bepaalt als één van de voorwaarden waaraan de organisator “groepsopvang baby’s en peuters” dient te voldoen om in aanmerking te komen voor de subsidie, dat hij de jaarlijkse registratie van de medewerkers, vermeld in artikel 60, eerste lid, 2°, van het Vergunningsbesluit van 22 november 2013, op 1 januari 2021 heeft bezorgd aan het agentschap.

³ Verordening (EU) nr. 1407/2013 van de Commissie van 18 december 2013 ‘betreffende de toepassing van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op de-minimissteun’.

De gemachtigde lichtte in dit verband toe:

“De formulering kan hier best worden aangepast naar ‘volgens de situatie op 1 januari 2021 bezorgd aan het agentschap’. Voor de datum waarop de informatie moet worden bezorgd kan worden verwezen naar het artikel 60, eerste lid van het Vergunningsbesluit van 22 november 2013. In dat geval moet het vijfde lid van dit besluit aldus ook worden aangepast.

Artikel 60, eerste lid van voormeld besluit bepaalt dat de organisator de gegevens, vermeld onder 2°, jaarlijks bezorgt aan het agentschap ‘volgens de administratieve richtlijnen van het agentschap’.

Artikel 14 van het Ministerieel besluit van 23 april 2014 tot uitvoering van het Subsidiebesluit van 22 november 2013 bepaalt dat de gegevens vermeld in artikel 60 van het Vergunningsbesluit ‘volgens de situatie op 1 januari’ moeten worden bezorgd. De datum waarop de informatie moet worden bezorgd wordt jaarlijks door het agentschap meegedeeld.”

De gemachtigde kan worden bijgevallen dat de formulering van artikel 3, derde lid, 3°, het best wordt aangepast, namelijk op een zodanige wijze dat geen *nieuwe* verplichting wordt opgelegd waaraan reeds in het verleden voldaan moest zijn, maar dat wordt aangesloten bij een reeds bestaande verplichting.

Artikelen 4 en 5

8. Artikel 4, eerste lid, 2° en 3°, van het ontwerp voorziet in een berekening van de subsidie “per locatie” en rekening houdend met het aantal “plaatsen”. De vraag rijst hoe deze berekeningswijze spoort met artikel 5 van het ontwerp dat voorziet in de betaling van de premie “per zelfstandige medewerker”.

De toelichting van de gemachtigde dat “[d]e subsidies (...) telkens [worden] berekend op basis van de gegevens die gekend zijn door het agentschap” en dat “[v]andaar (...) een onderscheid wordt gemaakt tussen de soorten opvang”, geeft daarop geen antwoord.

De steller van het ontwerp zal de coherentie van de desbetreffende regeling bijgevolg nog aan een bijkomend onderzoek moeten onderwerpen.

9. Zoals de gemachtigde heeft aangegeven, dient in artikel 5, tweede lid, van het ontwerp te worden geschreven: “De organisator gezinsopvang” in plaats van “De gezinsopvang”.

Artikel 7

10. Luidens artikel 7 van het ontwerp kan de organisator verzaken aan de uitbetaling van de subsidie.

De vraag rijst welk het gevolg van een dergelijke verzaking is op de betaling van de eenmalige premie aan de zelfstandige medewerkers van de organisator op grond van artikel 5 van het ontwerp.

De gemachtigde antwoordde op die vraag dat de organisator, indien hij verzaakt aan de subsidie, niet meer verplicht is de premie voor de ondersteuning van de koopkracht uit te betalen aan de zelfstandige medewerkers.

Evenwel dient de steller van het ontwerp daarover in de tekst zelf van de ontworpen regeling klaarheid te scheppen. Daarbij zal hij in overweging moeten nemen dat, in voorkomend geval, de mogelijkheid tot verzaking waarin voor de organisator wordt voorzien, kan leiden tot een ongelijke behandeling van de betrokken zelfstandige medewerkers, die verantwoord zal moeten kunnen worden in het licht van de grondwettelijke beginselen van gelijkheid en niet-discriminatie.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Wim GEURTS

Marnix VAN DAMME