



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 69.698/1

van 23 juli 2021

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot vaststelling van de regels voor de toekenning van een eenmalige subsidie aan de organisatoren gezinsopvang voor de eenmalige toekenning van een kostenvergoeding aan de kinderbegeleiders die werken volgens het sociaal statuut van de aangesloten onthaalouders’

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, van rechtswege verlengd tot 6 augustus 2021,^(*) een advies te verstrekken over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot vaststelling van de regels voor de toekenning van een eenmalige subsidie aan de organisatoren gezinsopvang voor de eenmalige toekenning van een kostenvergoeding aan de kinderbegeleiders die werken volgens het sociaal statuut van de aangesloten onthaalouders’.

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.

*

^(*) 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 VAN HET ONTWERP

2.1. Blijkens zijn opschrift strekt het ontworpen besluit ertoe “de regels [vast te stellen] voor de toekenning van een eenmalige subsidie aan de organisatoren gezinsopvang voor de eenmalige toekenning van een kostenvergoeding aan de kinderbegeleiders die werken volgens het sociaal statuut van de aangesloten onthaalouders”.

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

“De kinderbegeleiders die werken volgens het sociaal statuut van de aangesloten onthaalouders hebben afgelopen jaar hun werking moeten bijsturen en aanpassen in het kader van corona. Dit heeft ook een impact gehad op de kosten die ze moesten dragen. De effectieve kosten voor het organiseren van de kinderopvang lagen hoger dan in normale tijden (mondmaskers, handgel, desinfecterend poetsmateriaal, andere maatregelen zoals het plaatsen van een tent buiten om ouders daar droog te laten wachten op hun kind aangezien ze het binnen niet mogen ophalen, investering in digitalisering van de communicatie met organisator en/of ouders, enzovoort). Deze bijzondere kosten zijn niet inbegrepen in de forfaitaire kostenvergoeding die de aangesloten onthaalouders voor hun prestaties (per opvangprestatie en per kind) ontvangen.

Deze eenmalig toegekende extra forfaitaire kostenvergoeding:

- dient om de bijkomende kosten, die niet zijn inbegrepen in de forfaitaire kostenvergoeding per opvangprestatie en per kind, te dekken;
- dient om de daadwerkelijke uitgaven, die werden gedaan in het kader van de corona-pandemie en die verbonden zijn aan de kinderopvang, te vergoeden.

De eenmalige toekenning van 300 euro per onthaalouder die bepaalde minimale kinderopvangprestaties heeft geleverd in de vastgelegde referentieperiode, betekent een gedeeltelijke tegemoetkoming in de extra kosten die het afgelopen jaar werden gemaakt om een veilige opvang voor de kinderen te garanderen, conform de sanitaire maatregelen.

De basisuitrusting die bijkomend nodig is om aan deze maatregelen te beantwoorden, moest door elke onthaalouder worden aangekocht, ongeacht het aantal prestaties. Er wordt ook rekening gehouden met de vaststelling dat bij de aanvang van de pandemie de kostprijzen voor bepaald materiaal (bijvoorbeeld mondmaskers, handgel en desinfecteermiddel) duurder waren dan op heden, wegens onbeschikbaarheid op de markt.”

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

“Er wordt een eenmalige kostenvergoeding toegekend aan de kinderbegeleiders die werken volgens het sociaal statuut van de aangesloten onthaalouders en die in de

private en publieke sectoren werken, aangezien ze al meer dan één jaar coronagerelateerde kosten ten laste nemen die niet zijn opgenomen in de gewone kostenvergoeding.”

2.2. Om het zo-even geschetste oogmerk te realiseren, wordt in het ontwerp voorzien in een subsidieregeling ten gunste van de organisatoren “kinderopvang” voor de eenmalige toekenning van een kostenvergoeding aan de kinderbegeleiders die werken volgens het sociaal statuut van de aangesloten onthaalouders.

Daartoe worden vooreerst enkele begrippen gedefinieerd (artikel 1). Voorts wordt het doel van de subsidie bepaald – de uitbetaling van een eenmalige kostenvergoeding aan de kinderbegeleiders die werken volgens het sociaal statuut van de aangesloten onthaalouders en die beantwoorden aan de gestelde voorwaarden – evenals de berekeningswijze ervan (artikel 3, eerste en tweede lid). Tevens wordt bepaald aan welke voorwaarden de kinderbegeleiders moeten voldoen om “recht op de eenmalige kostenvergoeding” te hebben (artikel 3, derde lid). Aan de organisator wordt de verplichting opgelegd om het aantal kinderbegeleiders te controleren dat beantwoordt aan die voorwaarden (artikel 4). De organisator dient na de ontvangst van de subsidie de kostenvergoeding aan elke kinderbegeleider die beantwoordt aan de voorwaarden, uit te betalen (artikel 5) en na de uitbetaling moet hij een verantwoordingsstaat van de uitbetaalde bedragen opmaken (artikel 6). Ook het toezicht op de naleving van het besluit (artikel 7) en de aanrekening ervan op de begroting (artikel 8) worden geregeld.

De ontworpen regeling krijgt uitwerking met ingang van 1 mei 2021 (artikel 9).

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” met het oog op de toekenning van een kostenvergoeding aan de kinderbegeleiders die werken volgens het sociaal statuut van de aangesloten onthaalouders, kan ze inderdaad rechtsgrond vinden in de zo-even aangehaalde decretale bepalingen.

Dat is evenwel niet het geval voor zover artikel 3, derde lid, van het ontwerp voorziet in een “recht op de eenmalige kostenvergoeding” in hoofde van de kinderbegeleiders, mits zij aan bepaalde voorwaarden voldoen. De zo-even aangehaalde decretale bepalingen bieden daarvoor geen rechtsgrond.

Artikel 3, derde lid, 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. Opdat evenwel de Vlaamse Regering voor de kinderbegeleiders die werken volgens het sociaal statuut van de aangesloten onthaalouders, zou kunnen voorzien in een recht op een eenmalige kostenvergoeding, 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.

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-vrijstellingsbesluit¹.

Artikel 2 van het ontwerp vermeldt dat de eenmalige subsidie voor de toekenning van een kostenvergoeding aan de kinderbegeleiders die werken volgens het sociaal statuut van de aangesloten onthaalouders, 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:

“Het gaat om een openbardienstverplichting die voldoet aan de voorwaarden gesteld bij besluit 2012/21/EU en die bijgevolg geen aanleiding geeft tot staatssteun. De openbardienstverplichting is duidelijk afgebakend. Het gaat om een eenmalige en vaste compensatie voor de coronagerelateerde kosten die niet opgenomen zijn in de gewone kostenvergoeding, en die gemaakt werden bij het uitvoeren van kinderopvang door kinderbegeleiders die werken volgens het sociaal statuut van aangesloten onthaalouders in private en publieke sector en die in de referentieperiode minstens 150 kinderopvangprestaties geleverd hebben. Het gaat hierbij om een forfaitaire vergoeding van kosten die coronagerelateerd zijn (bijvoorbeeld handhygiëne, maskers, logistiek materiaal (stickers, signalen looprichtingen, plexischermen).

Wat betreft de parameters op basis waarvan de éénmalig premie wordt berekend: het gaat om een forfaitaire compensatie van 300 euro voor kinderbegeleiders die in de referentieperiode het sociaal statuut van aangesloten onthaalouder hadden en die in dezelfde referentieperiode minstens 150 kinderopvangprestaties leverden. Het bedrag van de compensatie is niet hoger dan nodig om de kosten van de uitvoering van de openbare dienstverplichting geheel of gedeeltelijk te dekken, rekening houdend met de opbrengsten en de redelijke winst uit de uitvoering van die verplichtingen. Om dit te verzekeren wordt gewerkt met een vast bedrag per kinderbegeleider die in de referentieperiode voldoende prestaties leverde.

Na de uitbetaling van de kostenvergoeding maakt de organisator een verantwoordingsstaat op van de bedragen die aan de kinderbegeleiders zijn uitbetaald.”

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’

4.3. 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-minimissteun verleend aan diensten van algemeen economisch belang verrichtende ondernemingen’, dan wel in de *de-minimis*verordening², 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

Opschrift

5. In het opschrift van het ontwerp lijkt te moeten worden geschreven: “organisatoren kinderopvang” in plaats van “organisatoren gezinsopvang”.

Artikel 3

6. In het derde lid van artikel 3 van het ontwerp wordt de referentieperiode vastgesteld waarbinnen de kinderbegeleiders de voorwaarden moeten hebben vervuld om recht te hebben op de eenmalige kostenvergoeding. Één van die voorwaarden betreft het geleverd hebben van minstens 150 kinderopvangprestaties.

Door de vaststelling van de voormelde referentieperiode en de voormelde voorwaarde wordt een onderscheid gemaakt tussen de mogelijke gegadigden.

Zoals bekend, sluiten de grondwettelijke beginselen van gelijkheid en niet-discriminatie niet uit dat een verschil in behandeling tussen categorieën van personen wordt ingesteld, voor zover dat verschil op een objectief criterium berust en redelijk verantwoord is. Het bestaan van een dergelijke verantwoording moet worden beoordeeld, rekening houdend met het doel en de gevolgen van de maatregel en met de aard van de ter zake geldende beginselen. De beginselen van gelijkheid en niet-discriminatie zijn geschonden wanneer vaststaat dat geen redelijk verband van evenredigheid bestaat tussen de aangewende middelen en het beoogde doel.

Gevraagd naar een verantwoording voor de gekozen referentieperiode, antwoordde de gemachtigde:

“De keuze om de referentieperiode te starten op 01/04/2020, is gelinkt aan de start van de pandemie. Na een korte periode bij de start van de eerste lockdown waarin een aantal voorzieningen tijdelijk de deuren heeft gesloten, is de opvang opnieuw van start gegaan, weliswaar onder beperkende voorwaarden en mits de nodige beschermende

² 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’.

maatregelen. De einddatum is afgestemd op de afbouw van de beschermende maatregelen (in mei werd over[ge]schakeld naar code oranje).”

Gevraagd naar een verantwoording van de voorwaarde dat in die periode minstens 150 kinderopvangprestaties moeten geleverd zijn, antwoordde de gemachtigde:

“Dit aantal is overeengekomen in overleg tussen (Opgroeien en) de sociale partners; waarbij rekening moet worden gehouden met het feit dat veel onthaalouders een lage bezetting hadden tijdens de pandemie. Bedoeling is om zoveel mogelijk onthaalouders te vatten (die zich de facto vaak in een fragiel (financieel) statuut bevinden) en met veel kosten geconfronteerd worden.”

De Raad van State, afdeling Wetgeving, neemt akte van deze verantwoording, maar is bij gemis aan de vereiste kennis van de feitelijke gegevens waarop deze verantwoording steunt, niet in de mogelijkheid om de deugdelijkheid ervan in het licht van de grondwettelijke beginselen van gelijkheid en niet-discriminatie te beoordelen.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Wim GEURTS

Marnix VAN DAMME