RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 69.699/1/V
van 30 juli 2021

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot regeling van de bestaande subsidies buitenschoolse opvang en de bijbehorende voorwaarden gedurende een overgangsperiode en tot wijziging van artikel 1, 2 en 3 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’

‡LW-DAHVOFJBE-GJGJXV‡

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 regeling van de bestaande subsidies buitenschoolse opvang en de bijbehorende voorwaarden gedurende een overgangsperiode en tot wijziging van artikel 1, 2 en 3 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 eerste vakantiekamer onderzocht op 20 juli 2021. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Chantal BAMPS en Bert THYS, staatsraden, Bruno PEETERS, assessor, en Wim GEURTS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Cedric JENART, auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 30 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 verlengd wordt met vijftien dagen wanneer hij begint te lopen tussen 15 juli en 31 juli of wanneer hij verstrijkt tussen 15 juli en 15 augustus.

‡LW-DAHVOFJBE-GJGJXV‡

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 de subsidiebesluiten die de bestaande subsidies voor buitenschoolse opvang regelen, te coördineren en te hergroeperen gedurende de overgangstermijn bedoeld in artikel 17 van het decreet van 3 mei 2019 'houdende de organisatie van buitenschoolse opvang en de afstemming tussen buitenschoolse activiteiten'.[1] Luidens de aanhef van het ontwerp gebeurt dit "met het oog op een vereenvoudigd systeem waarbij ook de subsidievoorwaarden vereenvoudigd worden en geactualiseerd worden op grond van de nieuwe voorwaarden voor een kwaliteitslabel, aangezien de organisatoren in kwestie van rechtswege een kwaliteitslabel krijgen op 1 januari 2022 en die voorwaarden dan sowieso op hen van toepassing zijn".

Na enkele algemene bepalingen (artikelen 1 tot 3 van het ontwerp) en bepalingen met betrekking tot de toepassing 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 het beheer van diensten van algemeen economisch belang belaste ondernemingen' (artikelen 4 tot 7 van het ontwerp), worden daartoe in hoofdzaak de verschillende soorten subsidies geregeld, evenals de "modaliteiten" ervan, het toezicht, de handhaving en de bezwaarprocedure (artikelen 8 tot 52 van het ontwerp).

Tevens wordt voorzien in de mogelijkheid om een inkorting van de overgangstermijn aan te vragen op grond van een overeenkomst tussen het lokaal bestuur en elke organisator die een subsidie ontvangt zoals vermeld in hoofdstuk 3 van het ontwerp (artikelen 53 tot 55 van het ontwerp).

Bepalingen 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' die betrekking hebben op buitenschoolse opvang, worden opgeheven in de mate dat ze nu opgenomen zijn in het ontwerp (artikelen 56 tot 58 van het ontwerp). Ook andere subsidieregelingen worden opgeheven (artikel 59 van het ontwerp), volgens de nota aan de Vlaamse Regering "omwille van de doelstelling van voorliggend besluit", terwijl "[d]e subsidievoorwaarden, die voortkomen uit de originele besluiten en behouden dienen te blijven, (…) vervat [zijn] in voorliggend besluit".

[1] In beginsel bedraagt die overgangstermijn zes jaar (artikel 17, eerste lid, van het decreet van 3 mei 2019).

‡LW-DAHVOFJBE-GJGJXV‡

Het te nemen besluit treedt in werking op 1 januari 2022. De artikelen 1 tot en met 55 van dit besluit treden buiten werking op de dag nadat de overgangstermijn verstreken is (artikel 60 van het ontwerp).

3.1. Het ontwerp vindt in hoofdzaak rechtsgrond in artikel 17, vijfde lid, van het decreet van 3 mei 2019, waaraan wordt gerefereerd onder de rubriek "Rechtsgrond" in de aanhef van het ontwerp en luidens hetwelk "[d]e Vlaamse Regering (…) de nadere regels [bepaalt] die van toepassing zijn gedurende de overgangstermijn, minstens met betrekking tot kwetsbare gezinnen en kinderen met een specifieke zorgbehoefte, en met betrekking tot de eventuele inkorting van de overgangstermijn".

3.2. De artikelen 56 tot 58 van het ontwerp heffen bepalingen op van het besluit van de Vlaamse Regering van 15 juli 2016. Artikel 59 van het ontwerp voorziet in de opheffing van het Subsidiebesluit Buitenschoolse Opvang van 16 mei 2014, het besluit van de Vlaamse Regering van 27 november 2015 'houdende de voorwaarden voor de erkenning en de subsidiëring van gemandateerde voorzieningen, coördinatiepunten en flexibele opvangpools van doelgroepwerknemers, de voorwaarden voor de toestemming en de subsidiëring van lokale diensten buurtgerichte buitenschoolse opvang, en de voorwaarden voor een aanvullende subsidie voor organisatoren met een vergunning groepsopvang en een plussubsidie' en het ministerieel besluit van 23 mei 2014 'tot uitvoering van het Subsidiebesluit Buitenschoolse Opvang van 16 mei 2014'.

De steller van het ontwerp zal nog moeten nagaan of hiervoor rechtsgrond wordt geboden door de decretale bepalingen die als rechtsgrond dienen voor de op te heffen bepalingen of besluiten, gelezen in samenhang met de algemene uitvoeringsbevoegdheid die de Vlaamse Regering put uit artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 'tot hervorming der instellingen'.

VORMVEREISTEN

4. Uit artikel 4 van het ontwerp blijkt dat de steller van het ontwerp van oordeel is dat de ontworpen subsidieregeling als een staatssteunregeling kan worden beschouwd, maar dat ze niet moet worden aangemeld bij de Europese Commissie omdat ze voldoet aan de voorwaarden van besluit 2012/21/EU van de Commissie van 20 december 2011.

Het is evenwel niet zonder meer duidelijk of de ontworpen subsidieregeling geacht mag worden vrijgesteld te zijn van aanmelding, omdat de subsidiëring te beschouwen is als een compensatie voor het uitvoeren van openbare dienstverplichtingen door ondernemingen die belast zijn met het beheer van diensten van algemeen economisch belang. Het staat immers niet vast dat de voorwaarden die daartoe worden gesteld in het voormelde besluit van de Commissie[2] volledig vervuld zijn.

[2] Met name dat de openbaredienstverplichtingen duidelijk zijn afgebakend, dat de parameters op basis waarvan de compensatie wordt berekend vooraf op een objectieve en doorzichtige wijze zijn vastgesteld, dat de compensatie niet hoger mag zijn dan nodig is om de kosten van de uitvoering van openbaredienstverplichtingen geheel of gedeeltelijk

‡LW-DAHVOFJBE-GJGJXV‡

De steller van het ontwerp zal de ontworpen subsidieregeling, wat dit aspect betreft, grondig dienen door te lichten en, desgevallend, alsnog tot de aanmelding ervan moeten overgaan.

5. Volgens de gemachtigde werd geen advies gevraagd aan de Vlaamse Raad voor Welzijn, Volksgezondheid en Gezin op grond van artikel 4, § 2, 2°, van het decreet van 29 juni 2018 ‘tot oprichting van de Vlaamse Raad voor Welzijn, Volksgezondheid en Gezin’. Hij stelde in dit verband:

> “Er werd geen advies gevraagd aan de Vlaamse Raad WVG. De ontwikkeling van het voorontwerp van besluit gebeurde in samenspraak met de sector buitenschoolse opvang en er werd advies gevraagd aan het Raadgevend Comité van Opgroeien. Het besluit betreft een technische vereenvoudiging van bestaande subsidiestromen en kwaliteitsvoorwaarden. Het besluit treft geen strategische wijzigingen aan het beleid buitenschoolse opvang, maar regelt de details rond de decretale garantie aan organisatoren buitenschoolse opvang. De Vlaamse Raad WVG bracht eerder advies uit over hoofdlijnen van het beleid buitenschoolse opvang en activiteiten.”

Het ligt evenwel niet voor de hand dat het voorliggende ontwerp, dat de voorwaarden van de subsidies voor buitenschoolse opvang tijdens de overgangstermijn (van zes jaar) regelt, geen enkel strategisch belang zou hebben. Het staat aan de Vlaamse Regering om dat belang te beoordelen en om, rekening houdend met de nieuwe beleidsoptie, te onderzoeken of het niet wenselijk is het bedoelde advies in te winnen.

6. Een aantal bepalingen uit het ontwerp houden verband met de verwerking van persoonsgegevens, bijvoorbeeld de artikelen 11, 16 en 31 van het ontwerp.

Artikel 36, lid 4, van verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 ‘betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming)’, gelezen in samenhang met artikel 57, lid 1, c), en overweging 96 van die verordening, voorziet in een verplichting om de toezichthoudende autoriteit te raadplegen bij het opstellen van een voorstel voor een door een nationaal parlement vast te stellen wetgevingsmaatregel of een daarop gebaseerde regelgevingsmaatregel in verband met verwerking.

Uit het dossier blijkt niet dat in dit geval het advies werd ingewonnen van de Gegevensbeschermingsautoriteit bedoeld in de wet van 3 december 2017 ‘tot oprichting van de Gegevensbeschermingsautoriteit’, noch van de Vlaamse toezichtcommissie voor de verwerking van persoonsgegevens bedoeld in artikel 10/1 van het decreet van 18 juli 2008 ‘betreffende het elektronische bestuurlijke gegevensverkeer’. Dit vormvereiste dient alsnog te worden nageleefd. In dat verband kan er overigens op worden gewezen dat, gelet op hetgeen is uiteengezet in

---

te dekken, rekening houdend met de opbrengsten, alsmede met een redelijke winst uit de uitvoering van die verplichtingen, en dat, bij gebrek aan openbare aanbesteding, de noodzakelijke compensatie wordt vastgesteld aan de hand van de kosten die een gemiddelde, goed beheerde onderneming die afdoende met de nodige middelen uitgerust is, zou hebben gemaakt om de desbetreffende verplichtingen uit te voeren.

‡LW-DAHVOFJBE-GJGJXV‡

advies 66.033/1/AV van 3 juni 2019 van de afdeling Wetgeving van de Raad van State,[3] een advies van de Vlaamse toezichtcommissie alleen niet zou volstaan.

7. Indien de aan de Raad van State voorgelegde tekst ten gevolge van de voornoemde vormvereisten nog wijzigingen zou ondergaan, moeten de gewijzigde of toegevoegde bepalingen, ter inachtneming van het voorschrift van artikel 3, § 1, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, alsnog eveneens aan de afdeling Wetgeving worden voorgelegd.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

ALGEMENE OPMERKING

8. Het ontwerp gebruikt verscheidene keren de zinsnede “conform de administratieve richtlijnen van het agentschap” (artikelen 7, 4°, a), 11, 2°, 15, 4°, 26, 28, 2°, 33, 6°, 35, 3° en 36, tweede lid van het ontwerp).

Gevraagd naar de draagwijdte van deze bevoegdheidsoverdracht, stelde de gemachtigde:

> “Betreft praktische richtlijnen over de wijze waarop de informatie over wijziging/aanvraag/stopzetting aan het agentschap wordt bezorgd. Dit bevat geen bijkomende voorwaarden.”

Slechts in de mate dat deze administratieve richtlijnen effectief geen verordenende aard hebben – of indien ze toch verordenend van aard zijn, ze beperkt blijven tot technische of detailmatige aangelegenheden – kan de verwijzing ernaar in de voornoemde bepalingen van het ontwerp worden behouden.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

Aanhef

9. De aanhef van het ontwerp moet worden aangepast aan wat zo-even werd opgemerkt met betrekking tot de rechtsgrond en de na te leven vormvereisten.

Artikel 3

10. Krachtens artikel 3, derde lid, van het ontwerp kunnen de subsidies alleen worden toegekend binnen de perken van het daarvoor vastgelegde budget. Uit het ontwerp blijkt niet duidelijk hoe subsidieaanvragen worden behandeld wanneer ze tezamen het vastgelegde budget overstijgen.

[3] Adv.RvS 66.033/1/AV van 3 juni 2019 over een ontwerp dat heeft geleid tot het besluit van de Vlaamse Regering van 7 juni 2019 ‘tot wijziging van het besluit van de Vlaamse Regering van 10 december 2010 tot uitvoering van het decreet betreffende de private arbeidsbemiddeling, wat betreft de invoering van een registratieverplichting voor sportmakelaars’, opmerkingen 5.1 tot 5.4.

‡LW-DAHVOFJBE-GJGJXV‡

Het tijdstip van het indienen van de aanvraag, volgens het principe “wie het eerst komt, het eerst maalt”, lijkt in beginsel geen pertinent criterium te zijn waarvoor een deugdelijke, met het gelijkheidsbeginsel verenigbare verantwoording bestaat. De Raad van State, afdeling Wetgeving, geeft de steller van het ontwerp ter overweging mee dat een regeling in overeenstemming met het gelijkheidsbeginsel, erin lijkt te kunnen bestaan dat de steun bij evenwaardige aanvragen op een evenredige wijze wordt verdeeld.

Artikel 33

11. Op de vraag hoe de subsidievoorwaarde die vermeld is in artikel 33, 4°, van het ontwerp – namelijk dat inspanningen moeten worden geleverd om medewerkers, waaronder de begeleiders, vanuit kansengroepen aan te werven en hen gelijkwaardige kansen te bieden in de organisatie – precies wordt bewezen, antwoordde de gemachtigde:

> “Opgroeien houdt toezicht op het naleven van de voorwaarden op stukken. Zorginspectie doet dit ter plaatse. Beiden kunnen op basis van een gesprek doorvragen op welke manier de organisator zijn medewerkersbeleid vorm geeft. De organisator kan de voorwaarde in artikel 33, 4° aantonen door de samenstelling van de medewerkersploeg te beschrijven, of bijvoorbeeld door samenwerkingsafspraken aan te tonen met VDAB, het OCMW of inburgering.”

Het verdient aanbeveling om, ter wille van de duidelijkheid en de rechtszekerheid, een normatieve herformulering van de laatste zin van deze toelichting op te nemen in de ontworpen bepaling.

Artikel 53

12. De gemachtigde verduidelijkte dat artikel 53, tweede lid, 3°, van het ontwerp doelt op het besluit van de Vlaamse Regering van 9 juli 2021 ‘over het lokaal beleid, de samenwerking en de subsidie met betrekking tot buitenschoolse opvang en activiteiten’.

De desbetreffende bepaling van het ontwerp moet in die zin worden aangevuld.

Artikel 59

13. Op de vraag of de inhoud van het om advies voorgelegde ontwerp voldoende de inhoud dekt van de drie besluiten die bij artikel 59 van het ontwerp worden opgeheven, antwoordde de gemachtigde:

> “Dit besluit dient samen gelezen te worden met het wijzigingsbesluit kinderopvang van baby’s en peuters en kwaliteitslabel kleuteropvang (principieel goedgekeurd op 18 juni 2021). Zodoende wordt de inhoud van de drie besluiten die worden opgeheven, gedekt. De subsidies voor aanbod buitenschoolse opvang worden allen geregeld in voorliggend besluit. Het nodige wordt gedaan om het van rechtswege toekennen van het kwaliteitslabel kleuteropvang aan de bestaande erkende, geattesteerde en toegestemde buitenschoolse opvang mogelijk te maken. Eventueel gelden naast de voorwaarden van

‡LW-DAHVOFJBE-GJGJXV‡

het kwaliteitslabel, bijkomende voorwaarden om de subsidie te verantwoorden. Ten slotte worden een aantal van de subsidies die nu in de besluiten, vermeld in artikel 17 van het decreet van 3 mei 2019, geregeld worden, opgenomen in het besluit kinderopvang van baby's en peuters. Deze subsidiestromen kunnen niet gekaderd worden als aanbod buitenschoolse opvang."

De Raad van State, afdeling Wetgeving, neemt akte hiervan.

DE GRIFFIER DE VOORZITTER

Wim GEURTS Marnix VAN DAMME

‡LW-DAHVOFJBE-GJGJXV‡