



# RAAD VAN STATE

## afdeling Wetgeving

advies 60.710/3  
van 10 februari 2017

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘betreffende de subsidiëring van de organisatoren kinderopvang en buitenschoolse opvang ter uitvoering van het Vlaams Intersectoraal Akkoord’

Op 21 december 2016 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 10 februari 2017, een advies te verstrekken over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘betreffende de subsidiëring van de organisatoren kinderopvang en buitenschoolse opvang ter uitvoering van het Vlaams Intersectoraal Akkoord’.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 31 januari 2017. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Jan SMETS en Jeroen VAN NIEUWENHOVE, staatsraden, Johan PUT en Bruno PEETERS, assessoren, en Annemie GOOSSENS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Rein THIELEMANS, eerste auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 10 februari 2017.

\*

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. Het om advies voorgelegde ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering strekt ertoe de regels te bepalen voor de subsidiëring van organisatoren kinderopvang en van organisatoren buitenschoolse opvang, ter uitvoering van het Vlaams Intersectoraal Akkoord. De subsidies worden verleend aan organisatoren met ten minste één werknemer die, wat betreft de kinderopvang, een verantwoordelijke is, een kinderbegeleider groepsopvang of een medewerker die instaat voor de systematische ondersteuning van de verantwoordelijke of die, wat betreft de buitenschoolse opvang, een verantwoordelijke is, een kinderbegeleider of een persoon werkzaam in de opvanglocatie. Blijkens de *bisnota* aan de Vlaamse Regering staat de ontworpen subsidieregeling los van de reguliere subsidies op grond van het Subsidiebesluit van 22 november 2013<sup>1</sup> en het Subsidiebesluit Buitenschoolse Opvang van 16 mei 2014<sup>2</sup>.

Hoofdstuk 1 bevat algemene bepalingen, waaronder een bepaling waarbij het budget wordt bepaald voor de specifieke subsidie voor werkdrukvermindering voor organisatoren die geen openbaar bestuur zijn.

Hoofdstuk 2 bevat bepalingen betreffende de subsidies voor kinderopvang<sup>3</sup>, namelijk een subsidie voor managementondersteuning, een subsidie voor eindejaarspremie en een subsidie voor werkdrukvermindering voor organisatoren groepsopvang en voor organisatoren gezinsopvang die geen openbaar bestuur zijn, en een subsidie voor werkdrukvermindering voor organisatoren groepsopvang en organisatoren gezinsopvang die een openbaar bestuur zijn.

Hoofdstuk 3 bevat bepalingen betreffende de subsidies voor buitenschoolse opvang. Voor organisatoren met een attest van toezicht voor groepsopvang die geen openbaar bestuur zijn betreft het een subsidie voor managementondersteuning (afdeling 1). Voor organisatoren met een subsidie voor initiatief voor buitenschoolse opvang die geen openbaar bestuur zijn betreft het een subsidie voor managementondersteuning, een subsidie voor eindejaarspremie en een subsidie voor werkdrukvermindering. Voor organisatoren met een subsidie voor initiatief buitenschoolse opvang betreft het een subsidie voor de coördinatiefunctie en voor organisatoren met een subsidie voor initiatief voor buitenschoolse opvang die een

---

<sup>1</sup> 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’.

<sup>2</sup> Besluit van de Vlaamse Regering van 16 mei 2014 ‘houdende de subsidievoorwaarden voor buitenschoolse gezinsopvang en groepsopvang’.

<sup>3</sup> De kinderopvang wordt georganiseerd door de organisatoren van groepsopvang en de organisatoren van gezinsopvang, beiden als bedoeld bij het decreet van 20 april 2012 ‘houdende de organisatie van kinderopvang van baby’s en peuters’.

openbaar bestuur zijn, gaat het om een subsidie voor werkdrukvermindering (afdeling 2). Voor organisatoren van buitenschoolse opvang die een subsidie voor een project FCUD<sup>4</sup> krijgen (met uitzondering van de projecten FCUD voor zieke kinderen) en die geen openbaar bestuur zijn, wordt een subsidie voor managementondersteuning, een subsidie voor eindejaarspremie en een subsidie voor werkdrukvermindering geregeld. Voor organisatoren van buitenschoolse opvang die een subsidie voor een project FCUD krijgen (met uitzondering van de projecten FCUD voor zieke kinderen), wordt een subsidie voor de coördinatiefunctie geregeld (afdeling 3). Voor organisatoren met een subsidie voor buitenschoolse opvang in een afzonderlijke binnenruimte die geen openbaar bestuur zijn, wordt voorzien in een subsidie voor managementondersteuning, een subsidie voor eindejaarspremie en een subsidie voor werkdrukvermindering, terwijl voor organisatoren met een subsidie voor buitenschoolse opvang in een afzonderlijke binnenruimte die een openbaar bestuur zijn een subsidie voor werkdrukvermindering wordt geregeld (afdeling 4). Voor organisatoren met een subsidie lokale diensten die geen openbaar bestuur zijn wordt voorzien in een subsidie voor managementondersteuning, een subsidie voor eindejaarspremie en een subsidie voor werkdrukvermindering, terwijl voor organisatoren met een subsidie voor lokale diensten die een openbaar bestuur zijn, een subsidie voor werkdrukvermindering wordt geregeld (afdeling 5).

Hoofdstuk 4 betreft een subsidie voor managementondersteuning, een subsidie voor eindejaarspremie en een subsidie voor werkdrukvermindering, voor organisatoren met een subsidie voor gemandateerde voorziening, coördinatiepunt of flexibele opvangpool die geen openbaar bestuur zijn, alsook een subsidie voor werkdrukvermindering voor organisatoren met een subsidie voor gemandateerde voorziening, coördinatiepunt of flexibele opvangpool die een openbaar bestuur zijn.

Hoofdstuk 5 bevat een regeling inzake een subsidie voor organisatoren met een subsidie voor een project gesco.

Hoofdstuk 6 betreft een subsidie voor managementondersteuning, een subsidie voor eindejaarspremie en een subsidie voor werkdrukvermindering, voor organisatoren met een subsidie voor DAC die geen openbaar bestuur zijn.

Hoofdstuk 7 bevat een bepaling waarbij aan het te nemen besluit terugwerkende kracht wordt verleend tot 1 januari 2016.

## RECHTSGROND

3.1. De gemachtigde verklaarde dat de rechtsgrond voor het ontworpen besluit moet worden gezocht in de volgende decretale bepalingen:

- voor hoofdstuk 2 (“Kinderopvang”): in artikel 10, 3°, van het decreet van 20 april 2012 ‘houdende de organisatie van kinderopvang van baby’s en peuters’;

---

<sup>4</sup> Het FCUD is het Fonds voor Collectieve Uitrustingen en Diensten.

- voor de hoofdstukken 3 (“Buitenschoolse opvang”), 4 (“Gemandateerde voorzieningen”), 5 (“Projecten gesco”) en 6 (“DAC”): in de artikelen 12 en 13, §§ 1 en 2, van het decreet van 30 april 2004 ‘tot oprichting van het intern verzelfstandigd agentschap met rechtspersoonlijkheid Kind en Gezin’.

3.2. Artikel 10, 3°, van het decreet van 20 april 2012 bepaalt dat de organisator met een vergunning voor gezinsopvang of met een vergunning voor groepsopvang een subsidie kan ontvangen van Kind en Gezin voor de ondersteuning van specifieke opdrachten. Bij artikel 12, § 1, van hetzelfde decreet wordt de Vlaamse Regering gemachtigd om onder meer de nadere regels te bepalen voor die subsidies.

In de nota aan de Vlaamse Regering wordt betoogd dat het verbeteren van de arbeidsvoorwaarden een specifieke opdracht is als bedoeld bij artikel 10, 3°, van het decreet van 20 april 2012. Op de vraag om dit voor de in de ontworpen regeling vervatte subsidies toe te lichten, antwoordde de gemachtigde het volgende:

“De betrokken maatregelen hebben allen betrekking op het verbeteren van arbeidsvoorwaarden, meer bepaald verloning of omkadering. Het voorzien van extra middelen voor deze verloning of omkadering dragen bij tot het verbeteren van deze arbeidsvoorwaarden.”

De vraag rijst evenwel of deze invulling effectief beantwoordt aan hetgeen de decreetgever voor ogen had met de notie “ondersteuning van specifieke opdrachten”. In de memorie van toelichting bij het ontwerp dat heeft geleid tot het decreet van 20 april 2012, werd het volgende uiteengezet met betrekking tot artikel 10, 3° en 4°, van het decreet:

“Artikel 10

De organisator van vergunde gezinsopvang en van vergunde groepsopvang kan, ongeacht de subsidietrapp waarop hij wordt gesubsidieerd, ook een subsidie bekomen voor het volbrengen van specifieke opdrachten inzake:

1° flexibele kinderopvang: (...);

2° inclusieve kinderopvang van kinderen met een specifieke zorgbehoefte: (...);

3° ondersteuning van specifieke opdrachten;

4° eenmalige ondersteuning van andere opdrachten: het decreet geeft hier delegatie aan de Vlaamse Regering om waar nodig eventuele andere subsidies te ontwikkelen voor andere, specifieke opdrachten dan wat voorafgaat. Dit is niet te begrijpen als open subsidiecategorieën waaronder terug heel wat ad hoc heterogene subsidieregels kunnen worden ontwikkeld. Het mogelijke gebruik van deze bepalingen door de Vlaamse Regering is beperkend bedoeld.

Dit kan nodig zijn om de Vlaamse Regering toe te laten nieuwe beleidsaccenten financieel te ondersteunen, wanneer deze onmogelijk in de andere subsidies kunnen worden verwerkt. Het [kan ook] noodzakelijk om mogelijk onvoorziene of specifieke gevolgen van de overgang naar een nieuw subsidiesysteem in kader van dit decreet op te vangen.

Bijvoorbeeld:

– specifieke gevolgen van een intersectorale akkoord, welke niet in het subsidiesysteem voor kinderopvang in te passen zijn;

– eenmalige financiële ondersteuning in functie van duidelijke en naar specifieke finaliteit door de Vlaamse overheid omschreven opdrachten, zoals bijvoorbeeld in het verleden een premie voor toegangsbeveiliging werd gegeven aan alle opvangvoorzieningen.

Deze mogelijke subsidies dienen hoe dan ook te passen binnen de budgetmarges die de Vlaamse Regering heeft bepaald.

De Vlaamse Regering bepaalt de concrete inhoud van de opdrachten in elk van deze subsidiemodules in artikel 10, evenals de eraan gelinkte subsidievoorwaarden.”<sup>5</sup>

Er kan worden aangenomen dat de toelichting met betrekking tot de “nieuwe beleidsaccenten” en de voorbeelden die erbij worden vermeld, waaronder dat van de specifieke gevolgen van een intersectoraal akkoord, slaat op alle in artikel 10 vermelde gevallen en niet enkel op de “eenmalige ondersteuning van andere opdrachten” als vermeld in artikel 10, 4°. In die omstandigheid biedt artikel 10, 3°, van het decreet van 20 april 2012 effectief rechtsgrond voor de bepalingen van hoofdstuk 2 (“Kinderopvang”) van het ontworpen besluit, maar ook voor de bepalingen van hoofdstuk 4 (“Gemandateerde voorzieningen”) van het ontworpen besluit, in zoverre de erin vervatte subsidies verleend worden aan een organisator die binnen het toepassingsgebied van het decreet van 20 april 2012 valt, alsook voor de bepalingen van hoofdstuk 6 (“DAC”) van het ontworpen besluit, in zoverre de erin vervatte subsidies verleend worden aan een organisator die binnen het toepassingsgebied van het decreet van 20 april 2012 valt.

3.3. Artikel 12 van het decreet van 30 april 2004 vormt de rechtsgrond voor de bepalingen van de hoofdstukken 3 (“Buitenschoolse opvang”), 4 (“Gemandateerde voorzieningen”), 5 (“Projecten gesco”) en 6 (“DAC”).

In zoverre deze bepalingen evenwel van toepassing zijn op organisatoren die over een attest van toezicht beschikken, moet worden herinnerd aan advies 45.812/3 van 3 februari 2009 over een ontwerp dat heeft geleid tot het (thans opgeheven) besluit van de Vlaamse Regering van 13 februari 2009 ‘houdende de regeling van het attest van toezicht voor zelfstandige opvangvoorzieningen’. In dat advies kwam de Raad van State tot de conclusie dat noch artikel 12 van het decreet van 30 april 2004, noch enige andere bepaling van hetzelfde decreet, noch de algemene uitvoeringsbevoegdheid van de Vlaamse Regering, rechtsgrond kunnen bieden voor een regeling inzake het verkrijgen van een attest van toezicht:

“Krachtens artikel 12 van dat decreet kan de Vlaamse Regering binnen het raam van de taken van Kind en Gezin, vermeld in de artikelen 5 tot 8 ervan, nadere regels bepalen met betrekking tot de normen en de voorwaarden om initiatieven toe te staan of te subsidiëren, ‘met dien verstande dat de toelatings- en/of erkenningsbeslissing bij het agentschap berust’. Aangezien het te dezen evenwel om een facultatieve regeling gaat, waarbij een opvangvoorziening uit eigen beweging een attest van toezicht aanvraagt, is dat attest geenszins een voorwaarde om kinderopvang te mogen verzorgen, zodat de ontworpen regeling geen betrekking heeft op normen en voorwaarden om initiatieven toe te staan. Nu het bezit van een attest van toezicht in hoofde van de betrokken

<sup>5</sup> *Parl.St.* VI.Parl. 2011-12, nr. 1395/1, 45-46.

voorzieningen weliswaar een voorwaarde is om te worden toegelaten tot de subsidiëring<sup>6</sup>, maar het attest ook kan worden verworven los van elke aanvraag tot subsidiëring en overigens rechtsgevolgen heeft los van de subsidiëring, kan de regeling, zoals ze thans is opgevat, ook niet worden beschouwd als een regeling betreffende subsidievoorwaarden. Het ontworpen besluit kan derhalve geen rechtsgrond vinden in artikel 12 van het decreet van 30 april 2004.

Evenmin kan de ontworpen regeling worden geacht rechtsgrond te vinden in artikel 13 van het decreet van 30 april 2004. Vooreerst moet worden vastgesteld dat in dit artikel geen delegatie wordt toegekend aan de Vlaamse Regering, zodat er in ieder geval geen uitdrukkelijke rechtsgrond is. Ook kan het ontworpen besluit niet worden gesteund op de algemene uitvoeringsbevoegdheid van de Vlaamse Regering, bedoeld in artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, gelezen in samenhang met artikel 13, § 2, van het decreet van 30 april 2004 waar, onder meer, betreffende de taken van Kind en Gezin inzake kinderopvang, gewag wordt gemaakt van het ‘attesteren’. De in die bepaling vermelde taken moeten immers in verband kunnen worden gebracht met andere bepalingen uit het decreet van 30 april 2004, hetzij met artikel 12, hetzij met een andere bepaling ervan. Dit is niet het geval nu nergens in het decreet van 30 april 2004 gewag wordt gemaakt van een attest van toezicht, laat staan van een afzonderlijke categorie van geattesteerde opvangvoorzieningen. Dit laatste is ook de reden waarom de ontworpen regeling niet kan steunen op de algemene uitvoeringsbevoegdheid van de Vlaamse Regering, gelezen in samenhang met een andere bepaling uit het decreet van 30 april 2004 dan artikel 13 ervan, noch op artikel 8, § 2, van het decreet van 30 april 2004<sup>7</sup>.

Conclusie moet derhalve zijn dat het ontworpen besluit, zoals het thans is opgevat, rechtsgrond ontbeert<sup>(...)</sup>.”

Die conclusie geldt ook voor de voormelde bepalingen van het thans ontworpen besluit en voor de bepalingen van hoofdstuk 1 die ermee samenhangen.

3.4. De artikelen 1 tot 5 van het ontworpen besluit vinden rechtsgrond in de twee voormelde rechtsgrondbepalingen.

3.5. In zoverre de bepalingen van het ontworpen besluit strekken tot het opleggen van taken aan Kind en Gezin, wordt de rechtsgrond ervoor geboden door artikel 8, § 2, van het decreet van 30 april 2004, gelezen in samenhang met artikel 6 van hetzelfde decreet.

3.6. In de aanhef wordt tevens gewag gemaakt van artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’. De gemachtigde verklaarde dat deze bepaling “als generiek zijnde van toepassing” werd beschouwd. Gelet evenwel op hetgeen zo-even is uiteengezet aangaande de rechtsgrond, moet – en kan – er geen beroep worden gedaan op de algemene uitvoeringsbevoegdheid van de Vlaamse Regering.

---

<sup>6</sup> Voetnoot 2 van het geciteerde advies: Zie de artikelen 19 en 22 van het ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering houdende de voorwaarden inzake financiële ondersteuning van zelfstandige opvangvoorzieningen, waarover de Raad van State, afdeling wetgeving, heden advies 45.810/3 uitbrengt.

<sup>7</sup> Voetnoot 3 van het geciteerde advies: Het ontwerp is overigens ook niet geconcipieerd als een opdracht aan Kind en Gezin.

## VORMVEREISTEN

4. Volgens de gemachtigde werd de ontworpen regeling niet aangemeld bij de Europese Commissie overeenkomstig artikel 108, derde lid, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, om de volgende reden:

“Het besluit werd niet aangemeld omdat er van wordt uitgegaan dat het betrokken besluit onder de gestelde uitzonderingsvoorwaarden voor aanmelding val[t].”

Het is maar in zoverre de ontworpen regeling effectief onder een vrijstellingsregeling valt en daarbij voldaan is aan alle voorwaarden die in de vrijstellingsregeling zijn bepaald, dat geen aanmelding vereist is.

De stellers van het ontwerp moeten nagaan op welke vrijstellingsregeling zij een beroep wensen te doen en of effectief aan alle voorwaarden in die vrijstellingsregeling voldaan is. Indien dit niet het geval is, moet het ontwerp alsnog worden aangemeld. In dit verband moet worden herinnerd aan de draconische sanctie die dreigt bij een onterechte niet-aanmelding. Niet aangemelde staatssteun is per se onwettig (zelfs indien ze verenigbaar met het recht van de Europese Unie zou kunnen worden verklaard indien ze correct werd aangemeld),<sup>8</sup> en die onwettigheid moet door elke rechter, desnoods ambtshalve, worden opgeworpen,<sup>9</sup> zonder dat de begunstigen van de steun zich op een gewekt vertrouwen kunnen beroepen om de terugbetaling van de steun (met interest) die in dat geval is vereist, te verhinderen.<sup>10</sup> De nationale rechter is bevoegd om vast te stellen of een maatregel als nieuwe staatssteun moet worden aangemerkt en of, indien dat het geval is, die maatregel bij de Commissie moest worden aangemeld alvorens tot uitvoering te worden gebracht.

## ALGEMENE OPMERKING

5. In artikel 2 van het ontwerp wordt bepaald dat een organisator met minstens één werknemer als vermeld in artikel 5, vierde lid, een subsidie *kan* ontvangen. De gemachtigde verklaarde dat Kind en Gezin de subsidie moet kunnen weigeren wanneer gegronde tegenindicaties voorliggen, bijvoorbeeld bij vaststelling van fraude.

Indien er dergelijke voorwaarden zijn om de subsidies toch niet toe te kennen, moeten die ter wille van de rechtszekerheid in het ontwerp worden bepaald. Wanneer het daarentegen niet de bedoeling is om iets toe te voegen aan hetgeen – onder meer in geval van fraude – wordt bepaald in artikel 4, § 2, tweede lid, van het ontwerp, kan beter in artikel 2 van het ontwerp “ontvangt” worden geschreven in plaats van “kan (...) ontvangen”.

---

<sup>8</sup> HvJ 8 december 2011, C-275/10, *Residex Capital IV*, punt 28, met verwijzing naar arresten van 21 november 1991, *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires en Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon*, C-354/90, punt 17, en 27 oktober 2005, *Distribution Casino France e.a.*, C-266/04-C-270/04, C-276/04 en C-321/04-C-325/04, punt 30.

<sup>9</sup> HvJ 18 juli 2007, C-119/05, *Lucchini*, punt 61.

<sup>10</sup> HvJ 20 maart 1997, C-24/95, *Alcan*. Zie ook N. DE VOS, “De rol van het Europese en het Belgische vertrouwensbeginsel bij de terugvordering van Europese subsidies en staatssteun”, *RW* 2012-13, 130-131, nrs. 26 en 30; K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *European Union Law*, Sweet & Maxwell, 2011, 377, nr. 11-026.



Indien het bovendien de bedoeling is – zoals men zou kunnen afleiden uit de verklaring van de gemachtigde – dat de subsidie niet van rechtswege wordt verleend, maar moet worden aangevraagd en dat er moet worden beslist over het al dan niet verlenen van de subsidie, moet het ontwerp worden aangevuld met bepalingen inzake de procedure.

## ONDERZOEK VAN DE TEKST

### Aanhef

6. Gelet op hetgeen in de opmerkingen 3.5 en 3.6 is uiteengezet, moet het eerste lid worden weggelaten uit de aanhef en moet in het huidige tweede lid eveneens worden verwezen naar artikel 6 van het decreet van 30 april 2004.

### Artikel 1

7. In artikel 1, 2°, van het ontwerp wordt gewag gemaakt van een “instelling van openbaar nut”. De gemachtigde opperde dat beter de term “openbare instelling” kan worden gehanteerd, omdat “het globaal gezien de bedoeling is om alle organisatoren te vatten die een connotatie hebben met de openbare sector”. Met deze suggestie kan worden ingestemd.

### Artikel 7

8. De gemachtigde verklaarde dat met de woorden “gemiddelde leeftijd” in artikel 7, 1° en 2°, van het ontwerp wordt verwezen naar de gemiddelde leeftijd van de werknemers bedoeld in artikel 5, vierde lid, van het ontwerp. Dit kan beter worden gepreciseerd.

Deze opmerking geldt ook voor artikel 11, 1° en 2°, van het ontwerp.

### Artikel 41

9. Het te nemen besluit heeft uitwerking met ingang van 1 januari 2016, overeenkomstig artikel 41 ervan. De gemachtigde verantwoordde de terugwerkende kracht als volgt:

“De subsidies zijn als louter een voordeel te beschouwen. De reden van terugwerking is dat het onderhandelingsproces tijd nodig gehad heeft om tot een subsidietechniek te komen die gedragen werd door de ondertekenaars ervan. Maar de subsidie betreft wel degelijk ook het jaar 2016 en dient overeenkomstig in te gaan op 1 januari 2016.”

De Raad van State kan zich bij die verantwoording aansluiten. Het te nemen besluit moet wel tijdig worden bekendgemaakt met het oog op de toepassing ervan vóór de uitbetaling van de eerste schijf van subsidies uiterlijk op 30 juni. Indien wordt voorzien in een aanvraagprocedure (zie opmerking 5), kan bovendien voor het lopende jaar niet worden voorzien in uiterste termijnen die voorafgaan aan de bekendmaking van het te nemen besluit.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Annemie GOOSSENS

Jo BAERT