



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 61.781/1/V
van 28 juli 2017

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot wijziging van diverse bepalingen van het Procedurebesluit van 9 mei 2014’

Op 3 juli 2017 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Welzijn, Volksgezondheid en Gezin verzocht binnen een termijn van dertig dagen, van rechtswege verlengd tot 17 augustus 2017,^(*) een advies te verstrekken over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot wijziging van diverse bepalingen van het Procedurebesluit van 9 mei 2014’.

Het ontwerp is door de eerste vakantiekamer onderzocht op 18 juli 2017. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Bruno SEUTIN en Koen MUYLLE, staatsraden, Johan PUT, assessor, en Annemie GOOSSENS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Rein THIELEMANS, eerste auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 28 juli 2017.

*

^(*) Deze verlenging vloeit voort uit artikel 84, § 1, eerste lid, 2^o, *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. Het om advies voorgelegde ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering strekt tot wijziging van het besluit van de Vlaamse Regering van 9 mei 2014 ‘houdende de procedures voor de aanvraag en de toekenning van de vergunning en de subsidies voor gezinsopvang en groepsopvang van baby's en peuters’ (hierna: Procedurebesluit van 9 mei 2014).

De artikelen 1 tot 6 van het ontwerp wijzigen sommige bepalingen van titel 2 van het Procedurebesluit van 9 mei 2014, die handelen over de procedure voor het verlenen van de vergunning voor gezinsopvang of voor groepsopvang, zoals voorgeschreven bij artikel 4 van het decreet van 20 april 2012 ‘houdende de organisatie van kinderopvang van baby's en peuters’.

De artikelen 7 tot 12 van het ontwerp wijzigen bepalingen van titel 3 van het Procedurebesluit van 9 mei 2014, die betrekking hebben op de programmatie en op de procedure voor het verlenen van de subsidies die ter uitvoering van het decreet van 20 april 2012 kunnen worden verleend aan organisatoren van kinderopvang voor baby's en peuters.

Artikel 13 van het ontwerp voegt in het Procedurebesluit van 9 mei 2014 een titel 4/1 in, die handelt over het optreden van het intern verzelfstandigd agentschap met rechtspersoonlijkheid Kind en Gezin (hierna: Kind en Gezin) als uitbetalingsinstelling van subsidies die door lokale besturen waarmee Kind en Gezin een convenant heeft gesloten, worden toegekend aan organisatoren om te werken met een “systeem inkomenstarief” als vermeld bij de artikelen 27 tot 36/1 van het 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’.

De artikelen 7 tot 10 en 13 hebben uitwerking met ingang van 15 maart 2017. De overige artikelen van het te nemen besluit treden in werking tien dagen na bekendmaking van het ontworpen besluit (artikel 14).

RECHTSGROND

3. De artikelen 1 tot 12 van het ontworpen besluit vinden in hoofdzaak rechtsgrond in het decreet van 20 april 2012. Het gaat meer bepaald om de in het tweede lid van de aanhef vermelde bepalingen, met uitzondering van artikel 6, § 4, van dat decreet. In die laatste bepaling komt immers geen machtiging aan de Vlaamse Regering voor.

Voor het opleggen van taken aan Kind en Gezin in de artikelen 1 tot 3 en 5 tot 12 van het ontworpen besluit is rechtsgrond te vinden in artikel 8, § 2, van het decreet van 30 april 2004 ‘tot oprichting van het intern verzelfstandigd agentschap met rechtspersoonlijkheid Kind en Gezin’, gelezen in samenhang met artikel 6 van hetzelfde decreet.

4. Artikel 13 van het ontworpen besluit regelt het optreden van Kind en Gezin als uitbetalingsinstelling. Volgens de rechtsgrondtabel, opgenomen in de nota aan de Vlaamse Regering, vinden die bepalingen rechtsgrond in de artikelen 6, § 3, 8, § 2, en 11 van het decreet van 30 april 2004.

Artikel 6, § 3, van het genoemde decreet bepaalt dat Kind en Gezin zijn taak betreffende de regie van de kinderopvang uitoefent in samenspraak met de lokale besturen, die een lokaal beleid kinderopvang uitwerken in overeenstemming met de regels die de Vlaamse Regering bepaalt. Luidens artikel 8, § 2, van hetzelfde decreet kan de Vlaamse Regering binnen het raam van de missie en de taken van Kind en Gezin specifieke opdrachten aan Kind en Gezin toewijzen. Artikel 11 van het decreet van 30 april 2004 bepaalt dat Kind en Gezin voor de realisatie van zijn taken samenwerkt en samenwerkingsakkoorden sluit met overheden, instanties, diensten en verenigingen die op het vlak van die taken actief zijn. Inzake kinderopvang werkt Kind en Gezin voor de lokale programmatie op structurele wijze samen met lokale actoren, waaronder de lokale besturen.

In de nota aan de Vlaamse Regering wordt dit als volgt toegelicht:

“Na titel 4 over de bezwaren wordt een nieuwe titel ingevoegd waarbij geregeld wordt dat Kind en Gezin kan optreden als uitbetalingsinstelling.

In het verleden heeft Kind en Gezin met goedkeuring van de Vlaamse Regering convenanten gesloten met stad Antwerpen, stad Gent en de Vlaamse Gemeenschapscommissie in Brussel. Deze steden wilden immers budget voorzien voor kinderopvang op hun grondgebied, om de doelstelling van de Vlaamse overheid om tegen 2020 voor elk kind met een behoefte een kinderopvangplaats te voorzien, mee te ondersteunen, voor de burgers van hun gemeente.

In de praktijk komt het erop neer dat de lokale besturen organisatoren van kinderopvang subsidiëren voor het werken met het inkomenstarief conform het Subsidiebesluit van 22 november 2013. Zij voorzien de middelen voor een aantal jaren en vragen aan de Vlaamse overheid om deze plaatsen bij voorrang over te nemen bij een volgende uitbreidingsronde wanneer er budget is.

In de praktijk moeten deze door het lokaal bestuur gesubsidieerde plaatsen op een zelfde manier gesubsidieerd worden als organisatoren die wel een subsidietoekenning van Kind en Gezin hebben. Dit hebben de lokale besturen in hun subsidiereglement voorzien. In de praktijk is de berekeningswijze vrij complex als deze niet geautomatiseerd via de systemen van Kind en Gezin kan gebeuren. Als Kind en Gezin de berekening maakt, is het bovendien ook het meest efficiënt dat ze ineens de betaling doen.

Om die reden wordt in dit besluit de mogelijkheid voorzien dat Kind en Gezin optreedt als uitbetalingsinstelling voor de subsidies van de lokale besturen waar dit subsidies betreffen voor het werken met het inkomenstarief.

Voor deze regeling in het besluit is er voldoende rechtsgrond te vinden in het oprichtingsdecreet van Kind en Gezin, meer bepaald in:

- artikel 6 §3 bepaalt dat Kind en Gezin zijn taak m.b.t. de regie van de kinderopvang uitoefent in samenwerking met de lokale besturen;
- artikel 8 §2 bepaalt dat de Vlaamse Regering binnen het kader van de missie en de taken van Kind en Gezin specifieke opdrachten aan Kind en Gezin toewijzen;
- artikel 11 bepaalt dat Kind en Gezin voor de realisatie van zijn taken samenwerkingsovereenkomsten sluit met overheden.

Uit de combinatie van die artikels blijkt duidelijk dat de decreetgever van oordeel was dat Kind en Gezin taken toegeschreven kan krijgen die nuttig zijn voor de samenwerking met lokale besturen bij het uitvoeren van hun taak m.b.t. de regie van de kinderopvang. Kind en Gezin heeft samenwerkingsovereenkomsten gesloten (convenanten) met het oog op het realiseren van meer (subsidieerbare) kinderopvangplaatsen. Het opnemen van een rol als uitbetalingsinstelling ondersteunt dit doel.

(...)"

Dat de genoemde bepalingen rechtsgrond kunnen bieden voor de ontworpen artikelen is toch niet eenduidig vast te stellen. Artikel 11 van het decreet van 30 april 2004 verleent geen delegatie aan de Vlaamse Regering, maar het bepaalt mee de context waarin de delegaties vervat in de artikelen 6, § 3, en 8, § 2, van het decreet worden uitgeoefend.

Er wordt daarom aanbevolen om bij de eerstvolgende gelegenheid een uitdrukkelijke rechtsgrond in te voegen in het decreet van 30 april 2004 die bepaalt dat Kind en Gezin als uitbetalingsinstelling voor lokale besturen die subsidies verlenen volgens de regels van het systeem inkomentarium als bedoeld bij het decreet van 20 april 2012 en waarmee Kind en Gezin een convenant heeft gesloten, kan optreden en die de Vlaamse Regering machtigt de voorwaarden en nadere regels ter zake te bepalen.

VORMVEREISTEN

5. Gevraagd of het ontwerp werd aangemeld bij de Europese Commissie op grond van artikel 108, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU) omdat het mogelijk om staatssteun kan gaan, verklaarde de gemachtigde:

“Onderhavig besluit werd niet aangemeld bij de Europese Commissie. Het wordt geacht onder de vrijstelling van de aanmeldingsplicht te vallen.”

De afdeling Wetgeving van de Raad van State is er reeds eerder van uitgegaan dat het verlenen van subsidies aan kinderopvanginitiatieven mogelijk moet worden beschouwd als staatssteun in de zin van artikel 107 van het VWEU en, behoudens indien een vrijstellingsregeling van toepassing is, onder het toepassingsgebied valt van de aanmeldingsplicht bij de Europese Commissie, zoals bedoeld bij artikel 108, lid 3, van het VWEU, en dat zulks ook geldt voor de procedureregels waarbij de subsidies worden toegekend.¹

¹ Zie o.m. adv.RvS 56.383/3 van 17 juni 2014 over een ontwerp dat geleid heeft tot het besluit van de Vlaamse Regering van 19 december 2014 ‘houdende de procedures voor de aanvraag en de toekenning van een erkenning, een attest van toezicht en de subsidies voor buitenschoolse opvang’.

Aangezien de programmatie, die door het om advies voorgelegde ontwerp wordt geregeld, mee bepaalt welke kinderopvanginitiatieven voor subsidiëring in aanmerking komen, hangt de wijze waarop de programmatie wordt vastgesteld onlosmakelijk samen met de subsidiëring van kinderopvanginitiatieven en derhalve met de steun die aan de kinderopvanginitiatieven wordt verleend.

De stellers van het ontwerp zullen moeten nagaan of voldaan is aan alle voorwaarden gesteld in 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’, om van de aanmeldingsplicht te worden vrijgesteld. Indien niet aan alle voorwaarden zou zijn voldaan, zal de ontworpen regeling alsnog moeten worden aangemeld, temeer daar de sanctie in geval van een onterechte niet-aanmelding erin bestaat dat de steun *per se* nietig is (zelfs indien ze verenigbaar met het recht van de Europese Unie zou kunnen worden verklaard als ze correct werd aangemeld).

6. Indien als gevolg van de nakoming van dit vormvereiste nog wijzigingen zouden worden aangebracht in de tekst van het ontwerp, dient over deze wijzigingen nog het advies van de Raad van State te worden ingewonnen.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Aanhef

7. Gelet op wat in opmerking 3 is gezegd, dient in het eerste lid van aanhef te worden verwezen naar artikel 6 van het decreet van 30 april 2004 in zijn geheel (niet enkel naar paragraaf 3 ervan).

Artikel 10

8. In de nota aan de Vlaamse Regering wordt gesteld dat bij overmacht Kind en Gezin een ruimere verlenging kan toestaan dan de voorziene termijn.

De gemachtigde heeft dit als volgt verduidelijkt:

“In het geval een organisator met overmacht wordt geconfronteerd (en zoals uit de nota blijkt worden daarbij enkel zeer zwaarwichtige feiten buiten de macht van de organisator om in rekening genomen) zal Kind en Gezin tijdens de administratieve procedure de nodige redelijkheid en billijkheid aan de dag leggen bij de beoordeling van dergelijke termijnen.”

De bedoeling om bij overmacht de termijn extra te verlengen, blijkt niet als zodanig uit het ontworpen artikel 75, tweede lid. Die bepaling zal in die zin bijgesteld moeten worden.

Artikel 13

9. Artikel 13 van het ontwerp strekt tot de invoeging van een titel 4/1 in het Procedurebesluit van 9 mei 2014. In de ontworpen bepaling dient “Titel 4” vervangen te worden door “Titel 4/1”.

Artikel 14

10. De gemachtigde gaf de volgende toelichting bij de terugwerkende kracht tot 15 maart 2017 voor de artikelen 7 tot 10 en 13 van het te nemen besluit:

“De terugwerking vindt plaats omdat de beide betrokken situaties reeds ingang vonden op datum van 15 maart 2017.

Art. 10 heeft slechts betrekking op de subsidiebelofte die een gevolg is van de procedure en hoeft dus niet met terugwerkende kracht te worden ingevoerd. De procedure *an sich* uit de artikelen 7 tot en met 9 wel. Deze hebben bijgevolg terugwerkende kracht verkregen. Met de aanpassingen uit de betrokken artikelen wordt, naast een aantal technisch-neutrale aanpassingen, het procedureel kader rond programmatie verruimd waardoor andere (bijv. voor organisaties zonder subsidies) en meer toegangen (men kan nu ook nieuwe plaatsen met plussubsidie creëren en niet enkel omschakeling van bestaande plaatsen) tot subsidiëring ontstaan, wat in het voordeel van organisatoren is.

Art. 13 is in het voordeel van de steden betrokken bij de convenanten die beroep kunnen doen op Kind en Gezin als uitbetalingsinstelling.”

Gelet op deze toelichting, dringen de volgende aanpassingen zich op.

Wat de artikelen 7 tot 9 betreft, dient een heropening van de oproep te gebeuren zodat alsnog kan worden ingeschreven door organisatoren die eventueel niet op de hoogte waren van de nieuwe criteria. Daartoe dient een overgangsbepaling te worden toegevoegd.

Artikel 10 dient uit de opsomming te worden geschrapt.

Wat artikel 13 betreft gaat het blijkbaar om een regularisatie van een reeds bestaande werkwijze in het voordeel van de lokale besturen. In die hypothese is er geen bezwaar tegen de terugwerkende kracht.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Annemie GOOSSENS

Jo BAERT