



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 62.776/1
van 9 februari 2018

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘houdende
toekenning van een subsidie aan het ondersteuningsnetwerk
kinderopvang’

Op 3 januari 2018 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 9 februari 2018, een advies te verstrekken over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘houdende toekenning van een subsidie aan het ondersteuningsnetwerk kinderopvang’.

Het ontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 1 februari 2018. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Wilfried VAN VAERENBERGH en Wouter PAS, staatsraden, Michel TISON en Johan PUT, assessoren, en Wim GEURTS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Rein THIELEMANS, eerste auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 9 februari 2018.

*

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 een regeling in te voeren waarbij het intern verzelfstandigd agentschap met rechtspersoonlijkheid ‘Kind en Gezin’ (hierna: Kind en Gezin) een subsidie toekent aan het ‘ondersteuningsnetwerk kinderopvang’ (hierna: het ondersteuningsnetwerk), dat tot taak heeft de organisatoren van kinderopvang vraaggestuurde ondersteuning te bieden en hen toe te leiden naar relevante partners die de ondersteuning kunnen opnemen.

Het ontwerp bepaalt de opdrachten van het ondersteuningsnetwerk en de vorm van de ondersteuning, bepaalt dat het ondersteuningsnetwerk een samenwerkingsovereenkomst sluit met Kind en Gezin, bepaalt het bedrag van de subsidie op jaarbasis, bepaalt dat de subsidie wordt toegekend met inachtneming van het besluit 2012/21/EU van de Commissie van 20 december 2011¹, bepaalt de duurtijd van de subsidie, regelt de opbouw en de aanwending van reserves door het ondersteuningsnetwerk en regelt het toezicht door een commissaris-revisor, de indexering van de subsidie, de wijze van uitbetaling van de subsidie en het toezicht en de handhaving.

Daarnaast voorziet het ontwerp enerzijds in de opheffing van de bepalingen betreffende de schriftelijke overeenkomst van de organisator met een pedagogische ondersteuningsorganisatie en betreffende het attest draagkracht² in het Vergunningsbesluit van 22 november 2013³, en, anderzijds, in de vervanging van de bepaling inzake de pedagogische ondersteuning bij het pedagogisch beleid in dat besluit.

Het ontwerp wijzigt voorts het besluit van de Vlaamse Regering van 13 december 2013 ‘houdende de regels voor de toekenning van een projectsubsidie aan pedagogische en taalondersteunende organisaties voor de pedagogische en taalondersteuning van kinderdagopvangvoorzieningen’, teneinde de projectsubsidie te verlengen tot 31 december 2018, en 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

¹ Besluit 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’.

² Als gevolg van het decreet van 7 juli 2017 ‘houdende wijziging van het decreet van 20 april 2012 houdende de organisatie van kinderopvang van baby’s en peuters, wat het attest van draagkracht betreft’, waarbij het vereiste om voor elke kinderbegeleider te beschikken over een attest draagkracht, uitgereikt door een organisatie die voldoet aan de door de Vlaamse Regering te bepalen vereisten, wordt vervangen door het vereiste om de draagkracht van de kinderbegeleider na te gaan.

³ Besluit van de Vlaamse Regering van 22 november 2013 ‘houdende de vergunningsvoorwaarden en het kwaliteitsbeleid voor gezinsopvang en groepsopvang van baby’s en peuters’.

een gewezen gescostatuu^t, teneinde de subsidie aan projecten FCUD die als enige activiteit regionale coördinatie van buitenschoolse opvang hebben, stop te zetten met ingang van 1 januari 2019.

Het ontwerp bevat nog een overgangsbepaling betreffende de vorming van één rechtspersoon door de organisaties die op 31 december 2017 een subsidie voor ondersteuning krijgen op grond van het besluit van de Vlaamse Regering van 6 maart 2009 ‘houdende de toekenning van een subsidie ter ondersteuning van de zelfstandige kinderopvangvoorzieningen’, het reeds genoemde besluit van 13 december 2013 of de in de artikelen 22 tot 24 van het ontwerp genoemde besluiten van de administrateur-generaal van 28 juni 2016, alsook een overgangsbepaling betreffende het inzetten van de middelen van het voormalige project “Ondersteuning van de kwaliteitszorg in de kinderopvang” van de provincie Limburg.

Ten slotte bevat het ontwerp een opheffingsbepaling waarbij de besluiten van de Vlaamse Regering van 6 maart 2009 en 13 december 2013 en de besluiten van de administrateur-generaal van 11 juni 2014 worden opgeheven.

Het te nemen besluit treedt in werking op 1 januari 2019, behoudens sommige artikelen ervan die in werking treden op (lees: uitwerking hebben met ingang van) 1 januari 2018.

BEVOEGDHEID VAN DE AFDELING WETGEVING

3. De artikelen 22 tot 24 en 27, 3^o tot 5^o, van het ontwerp hebben betrekking op de wijziging of de opheffing van besluiten van de administrateur-generaal (van Kind en Gezin) die subsidies toekennen aan nominatief bepaalde organisaties.

De vraag rijst of deze artikelen al dan niet het reglementaire karakter hebben dat vereist is opdat de Raad van State er op grond van artikel 3, § 1, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, advies kan over verlenen.

Een reglementair besluit in de zin van die bepaling kan worden omschreven als een besluit dat nieuwe, dwingende voorschriften bevat, die een onpersoonlijke en abstracte rechtstoestand regelen en die gelden voor een onbepaald aantal gevallen en van toepassing zijn op de rechtsonderhorigen in het algemeen, dan wel op een onbepaalde groep, niet geïndividualiseerde, rechtsonderhorigen die zich in eenzelfde objectieve toestand bevinden.⁴

De genoemde artikelen van het ontwerp gelden enkel ten aanzien van de nominatief in de te wijzigen of op te heffen besluiten bepaalde organisaties. Er is dan ook niet voldaan aan het vereiste dat het ontwerp van toepassing is op een onbepaalde groep niet geïndividualiseerde rechtssubjecten.

⁴ M. VAN DAMME en B. DE SUTTER, Raad van State II. Afdeling Wetgeving, Brugge, die Keure, 2013, p. 120, nr. 175; J. SALMON, J. JAUMOTTE en E. THIBAUT, Le Conseil d’État de Belgique, Brussel, Bruylant, 2012, p. 199-201, nrs. 85-1 en 85-2; zie ook Raad van State, Jaarverslag 2008-2009, Brussel, s.d. (2009), 35.

De artikelen 22 tot 24 en 27, 3° tot 5°, van het ontwerp zijn bijgevolg niet reglementair van aard, zodat de Raad van State, afdeling Wetgeving, niet bevoegd is om er advies over te verlenen.

RECHTSGROND

4.1. De artikelen 1 tot 13 en 25 tot 27 van het ontwerp, die in hoofdzaak betrekking hebben op de oprichting, de opdrachten en de subsidiëring van het ondersteuningsnetwerk kinderopvang, of daarmee samenhangen, kunnen in beginsel⁵ geacht worden rechtsgrond te vinden in artikel 12 van het decreet van 30 april 2004 ‘tot oprichting van het intern verzelfstandigd agentschap met rechtspersoonlijkheid Kind en Gezin’. Die bepaling luidt:

“De Vlaamse Regering kan binnen het kader van de taak van het agentschap, vermeld in artikelen 5, 6, 7 en 8 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.”.

4.2. Artikel 14 van het ontwerp, dat betrekking heeft op het toezicht op en de handhaving van de ontworpen regeling, vindt rechtsgrond in artikel 13, § 4, van het decreet van 30 april 2004.

4.3. Voor het opleggen van taken aan Kind en Gezin binnen de artikelen 1 tot 13 van het ontwerp, wordt de rechtsgrond geboden door artikel 8, § 2, van het decreet van 30 april 2004, gelezen in samenhang met artikel 6, § 1, 4°, van hetzelfde decreet.

4.4. Wat betreft de wijzigingen aan het Vergunningsbesluit van 22 november 2013 (artikelen 15 tot 17 van het ontwerp), wordt de rechtsgrond geboden door artikel 6, § 5, van het decreet van 20 april 2012 ‘houdende de organisatie van kinderopvang van baby’s en peuters’, gelezen in samenhang met artikel 6, § 1, 3°, c), ervan, wat de artikelen 15 en 17 van het ontwerp betreft, en met artikel 6, § 2, ervan, wat artikel 16 van het ontwerp betreft.

4.5. De artikelen 18 en 19 van het ontwerp, die wijzigingen aanbrengen in het besluit van de Vlaamse Regering van 13 december 2013 ‘houdende de regels voor de toekenning van een projectsubsidie aan pedagogische en taalondersteunende organisaties voor de pedagogische en taalondersteuning van kinderdagopvangvoorzieningen’, vinden rechtsgrond in artikel 12 van het decreet van 30 april 2004.

4.6. De artikelen 20 en 21 van het ontwerp, die wijzigingen aanbrengen in 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 gescostatuuw’ vinden eveneens rechtsgrond in artikel 12 van het decreet van 30 april 2004, gelezen in samenhang met artikel 6 ervan.

⁵ Zie evenwel opmerking 5 hierna.

5. In een weliswaar ruime lezing van artikel 12 van het decreet van 30 april 2004 kan worden aangenomen dat die bepaling rechtsgrond biedt voor het regelen van het oprichten en het subsidiëren van een ondersteuningsnetwerk kinderopvang, met inbegrip van het bepalen van de opdrachten ervan. Niettemin moet worden vastgesteld dat in die bepaling slechts sprake is van het toestaan of subsidiëren van “initiatieven”, welk begrip niet uitdrukkelijk wordt gedefinieerd in het decreet van 30 april 2004 maar waaronder in de context van dat decreet lijkt te moeten worden verstaan “opvanginitiatieven”⁶. De vraag rijst dan ook of artikel 12 wel daadwerkelijk zo ruim mag worden gelezen dat op grond daarvan ook het oprichten van een ondersteuningsnetwerk, dat als zodanig geen opvanginitiatief of een voorziening inzake kinderopvang is maar enkel een ondersteunende functie heeft ten aanzien van dergelijke initiatieven of voorzieningen, kan worden geregeld en gesubsidieerd. De Raad van State, afdeling Wetgeving, is dan ook van mening dat voor regelingen van die aard ter wille van de rechtszekerheid het best in een geëigende rechtsgrond wordt voorzien. Dit geldt eveneens voor het regelen en subsidiëren van ondersteuningsstructuren waarvan de activiteiten (mede) betrekking hebben op de voorzieningen bedoeld in het decreet van 20 april 2012 ‘houdende de organisatie van kinderopvang van baby’s en peuters’, die nu ook noodzakelijkerwijs worden geregeld en gesubsidieerd op grond van voornoemd artikel 12 van het decreet van 30 april 2004 bij gebreke van een meer geëigende rechtsgrond in het decreet van 20 april 2012.⁷

VORMVEREISTEN

6. In zijn begrotingsakkoord van 12 december 2017 stelt de minister van Begroting als voorwaarde dat in geval van overschrijding van het toegelaten maximum aan reservevorming, het toepassings- of aanzuiveringsplan ook voor akkoord moet worden voorgelegd aan de minister van Begroting.

Uit de beslissing van de Vlaamse Regering van 22 december 2017 blijkt dat het ontworpen besluit principieel wordt goedgekeurd, mits voldaan wordt aan de voorwaarden geformuleerd in het begrotingsakkoord van 12 december 2017.

Bijgevolg zal in artikel 9, 4°, van het ontwerp niet enkel melding moeten worden gemaakt van de goedkeuring van het toepassings- of aanzuiveringsplan door de Inspectie van Financiën, maar ook van het vereiste akkoord van de minister van Begroting.

7. De gemachtigde heeft bevestigd dat over het ontworpen besluit niet het advies is ingewonnen van de Strategische Adviesraad voor het Vlaamse Welzijns-, Gezondheids- en Gezinsbeleid, als bedoeld in artikel 4, § 2, 2°, van het decreet van 7 december 2007 ‘houdende de oprichting van de Strategische Adviesraad voor het Vlaamse Welzijns-, Gezondheids- en

⁶ Zie artikel 7, § 2, laatste lid, van het decreet, waarin sprake is van de “opvanginitiatieven, als bedoeld in artikel 6”. In dat artikel 6 is sprake van “opvanglocaties”. Zie ook de commentaar bij artikel 12 in de memorie van toelichting bij dat decreet, waarin sprake is van het erkennen en subsidiëren van “voorzieningen” inzake kinderopvang (*Parl. St. Vl. Parl.*, 2003-04, nr. 2103/1, p. 9-10).

⁷ Zie, wat dit laatste betreft, reeds advies 59.621/3 van 20 juli 2016 over het ontwerp dat heeft geleid tot het besluit van de Vlaamse Regering van 16 december 2016 ‘tot wijziging van het besluit van de Vlaamse Regering van 13 december 2013 houdende de regels voor de toekenning van een projectsubsidie aan pedagogische en taalondersteunende organisaties voor de pedagogische en taalondersteuning van kinderdagopvangvoorzieningen’.

Gezinsbeleid en van een Adviescommissie voor Voorzieningen van Welzijn, Volksgezondheid en Gezin en (Kandidaat-)pleegzorgers' omdat "het ontwerp van besluit niet beschouwd wordt als van strategisch belang" en "het enkel gaat om het samenbrengen van enkele stromen binnen dit ondersteuningsnetwerk".

Het komt de Raad van State, afdeling Wetgeving, voor dat de ontworpen regeling een ruimere draagwijdte heeft dan de gemachtigde aangeeft. Het staat evenwel aan de Vlaamse Regering om het strategische belang van het ontworpen besluit te beoordelen en om vervolgens al dan niet bedoeld advies in te winnen.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

ALGEMENE OPMERKINGEN

8. Het ontworpen artikel 32 van het Vergunningsbesluit van 22 november 2013 (artikel 17 van het ontwerp) wijzigt de bestaande vergunningsvoorwaarde inzake pedagogische ondersteuning bij het pedagogisch beleid ten aanzien van de organisatoren van kinderopvang als bedoeld in het decreet van 20 april 2012.

Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement van de Raad van 12 december 2006 'betreffende de diensten op de interne markt' kan van toepassing zijn op een aantal particuliere organisatoren van kinderopvang die daartoe erkend en gesubsidieerd worden door de Vlaamse Gemeenschap.

Het staat aan de stellers van het ontwerp om na te gaan of de gewijzigde vergunningsvoorwaarde niet-discriminatoire, gerechtvaardigd om een dwingende reden van algemeen belang en proportioneel is (artikel 10, lid 1, a) tot c), van de dienstenrichtlijn).

9. Uit artikel 2 van het ontwerp blijkt dat de subsidie geregeld in de artikelen 1 tot 14 van het ontwerp wordt toegekend aan één organisatie en uit artikel 25 van het ontwerp blijkt dat het de bedoeling is dat verschillende organisaties met het oog hierop samen een rechtspersoon vormen.

Het is niet noodzakelijk strijdig met het grondwettelijke beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie dat slechts één organisatie wordt gesubsidieerd, maar daarvoor dient dan wel een afdoende verantwoording voorhanden te zijn. De gemachtigde heeft de regeling verantwoord als volgt:

"De keuze voor een eengemaakt steunpunt sluit aan bij een cruciale evolutie in het beleidsdomein Welzijn, Volksgezondheid en Gezin, waarbij ondersteuningsstructuren zoveel mogelijk worden gestroomlijnd. Gelet op de beperkte budgettaire middelen en om die middelen zo efficiënt mogelijk in te zetten, wordt geopteerd voor één enkel steunpunt ter vervanging van de bestaande ondersteuningsstructuren. Alleen een stevig uitgebouwde organisatie kan in staat worden geacht om op basis van het Vlaamse beleid en van signalen vanuit het werkveld, de samenleving en de wetenschap, de nodige ondersteuning te bieden aan de Vlaamse kinderopvang in globo.

Vandaar dat de beperkte beschikbare middelen worden geïnvesteerd in één enkele organisatie. Gelet op de expertise die de huidige ondersteuningsstructuren al hebben opgebouwd en op de ervaring die ze al hebben verworven inzake ondersteuning van het werkveld worden zij betrokken bij de uitwerking van deze ondersteuningsstructuur, aangezien zij nu ook het verspreide ondersteuningslandschap grotendeels vorm geven binnen de sector.”

Rekening houdend met deze verantwoording lijkt de regeling aanvaardbaar in het licht van het gelijkheidsbeginsel.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

Aanhef

10. Rekening houdend met hetgeen hiervoor is opgemerkt over de rechtsgrond voor het ontworpen besluit, dient de aanhef te worden aangepast.

Artikel 12

11. In artikel 12, derde lid, van het ontwerp is sprake van specifieke maatregelen voor de betaling van de voorschotten en de saldoafrekening. Ter wille van de rechtszekerheid verdient het aanbeveling om de aard van de mogelijke maatregelen nader te omschrijven.

Artikel 17

12. In artikel 32, tweede lid, van het ontwerp wordt bepaald dat moet worden rekening gehouden met “het pedagogisch raamwerk, ontwikkeld in september 2014 door de vakgroep sociale agogiek van de universiteit Gent en het expertisecentrum ervaringsgericht onderwijs van de Katholieke Universiteit Leuven, in opdracht van Kind en Gezin”.

Indien het de bedoeling is om middels die verwijzing bindende regels op te leggen, dient te worden opgemerkt dat in dat geval een verwijzing niet volstaat maar dat de beoogde regels in de ontworpen bepaling zelf of in een bijlage bij het Vergunningsbesluit van 22 november 2013 moeten worden opgenomen. Die regels moeten dan bovendien op zodanige wijze worden geformuleerd dat de normatieve draagwijdte ervan duidelijk is.

Artikel 26

13. Volgens de gemachtigde is het de bedoeling om geen afbreuk te doen aan de oorspronkelijke bestemming van de middelen van het project ‘Ondersteuning van de kwaliteitszorg in de kinderopvang’, toegekend door de provincie Limburg aan de vzw Limburgs Steunpunt Kinderopvang. Die bestemming wordt dan ook het best gepreciseerd in artikel 26 van het ontwerp.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Wim GEURTS

Marnix VAN DAMME