



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 62.189/3
van 24 oktober 2017

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse minister van Welzijn,
Volksgezondheid en Gezin ‘tot uitvoering van artikel 57 van het
Procedurebesluit van 9 mei 2014, wat betreft de
programmatieregels voor de verdeling van subsidies in 2017’

Op 22 september 2017 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Welzijn, Volksgezondheid en Gezin verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een ontwerp van ministerieel besluit ‘tot uitvoering van artikel 57 van het Procedurebesluit van 9 mei 2014, wat betreft de programmatieregels voor de verdeling van subsidies in 2017’.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 17 oktober 2017. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Jan SMETS en Koen MUYLLE, staatsraden, Jan VELAERS en Bruno PEETERS, assessoren, en Astrid TRUYENS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Rein THIELEMANS, eerste auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 24 oktober 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 beperkt tot 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.¹

*

STREKKING VAN HET ONTWERP

2. Bij artikel 57 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: het Procedurebesluit) wordt de Vlaamse minister bevoegd voor bijstand aan personen (hierna: de minister) gemachtigd om de “programmatie van het subsidiebudget” te bepalen wanneer er budget beschikbaar is. In dat artikel worden de elementen bepaald waarmee de minister daarbij rekening moet houden.

Het om advies voorgelegde ontwerp van besluit van de Vlaamse minister van Welzijn, Volksgezondheid en Gezin strekt ertoe de regels te bepalen voor de verdeling van subsidies in 2017. Het bepaalt het totale subsidiebudget (artikel 1), de verdeling ervan over de basissubsidie voor groepsopvang, de subsidie voor inkomenstarief voor gezinsopvang en groepsopvang, en de plussubsidie voor gezinsopvang en groepsopvang, met nadere regels voor de verdeling binnen die categorieën (artikel 2). Vervolgens worden de programmatieregels vastgesteld voor de basissubsidie (artikelen 3 tot 6), voor de subsidie voor inkomenstarief (artikelen 7 tot 15) en voor de plussubsidie (artikelen 16 tot 20). Het ontwerp strekt ten slotte tot de opheffing van het ministerieel besluit van 11 december 2015 ‘tot uitvoering van artikel 57 van het Procedurebesluit van 9 mei 2014, wat betreft de programmatieregels voor de verdeling van subsidies’, dat de programmatieregels bepaalt voor de verdeling van het subsidiebudget van 2015 (artikel 21).

Het te nemen besluit heeft uitwerking met ingang van 15 maart 2017 (artikel 22).

RECHTSGROND

3.1. Het ontworpen besluit vindt in beginsel rechtsgrond in artikel 57 van het Procedurebesluit, zoals gewijzigd bij het besluit van de Vlaamse Regering van 8 september 2017 ‘tot wijziging van diverse bepalingen van het Procedurebesluit van 9 mei 2014’.²

Artikel 57 van het Procedurebesluit vindt op zijn beurt rechtsgrond in artikel 12, § 1, tweede lid, van het decreet van 20 april 2012 ‘houdende de organisatie van kinderopvang van baby’s en peuters’.

¹ Het ontwerp bevat tal van verschillen in behandeling die moeten kunnen worden verantwoord in het licht van het grondwettelijke beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie. De beoordeling van de door gemachtigde ter zake verschaftte verantwoording veronderstelt feitelijke kennis waarover de Raad van State, afdeling Wetgeving, niet beschikt. Het advies dient met dit voorbehoud te worden gelezen.

² Dat laatste besluit is bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad van 12 oktober 2017.

3.2. In een aantal bepalingen van het ontwerp wordt het inwilligen van subsidieaanvragen in verband gebracht met de startdatum van het attest van toezicht waarover een organisatie beschikt.³ In dit verband dient er nogmaals aan te worden herinnerd dat noch artikel 12 van het decreet van 30 april 2004 ‘tot oprichting van het intern verzelfstandigd agentschap met rechtspersoonlijkheid Kind en Gezin’, noch enige andere decretale bepaling, noch de algemene uitvoeringsbevoegdheid van de Vlaamse Regering, rechtsgrond kunnen bieden voor een regeling inzake het verkrijgen van een attest van toezicht.⁴

3.3. Luidens artikel 10, eerste lid, 1°, van het ontwerp worden de aanvragen voor de subsidie voor inkomenstarief (mede) beoordeeld op grond van een score toegekend door het lokale bestuur⁵. Volgens de gemachtigde vindt deze bepaling rechtsgrond in artikel 57, § 2, 3°, van het Procedurebesluit, maar op grond van die bepaling kan de minister enkel bijkomende criteria vaststellen die het intern verzelfstandigd agentschap met rechtspersoonlijkheid Kind en Gezin (hierna: Kind en Gezin) dient te hanteren om binnen eenzelfde geografisch gebied verschillende subsidieaanvragen tegen elkaar af te wegen. Bij die bepaling wordt de minister niet gemachtigd om taken toe te wijzen aan lokale besturen.⁶

In artikel 57, § 2, 3°, van het Procedurebesluit wordt overigens, in overeenstemming met het decreet van 20 april 2012, enkel Kind en Gezin vermeld als instantie die de subsidieaanvragen beoordeelt op grond van de door de minister uitgewerkte criteria.⁷

Het eerste lid, 1°, van artikel 10 van het ontwerp, en het ermee samenhangende tweede en derde lid van dit artikel, ontberen derhalve rechtsgrond en dienen uit het ontwerp te worden weggelaten.⁸

³ Zie artikel 5, tweede en derde lid, 1° en 3° tot 5°, en 11, derde lid, van het ontwerp.

⁴ Adv.RvS 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 regeling van het attest van toezicht voor zelfstandige opvangvoorzieningen’, opmerking 3. Zie ook: adv.RvS 56.345/3 van 12 juni 2014 over een ontwerp van besluit dat heeft geleid tot het (thans opgeheven) besluit van de Vlaamse Regering van 4 juli 2014 ‘houdende de voorwaarden voor de erkenning en de subsidie van gemandateerde voorzieningen, coördinatiepunten en flexibele opvangpools van doelgroepwerknemers, en de voorwaarden voor de toestemming en de subsidie van lokale diensten buurtgerichte buitenschoolse opvang, en de voorwaarden voor een aanvullende subsidie voor organisatoren met een vergunning groepsopvang en een plussubsidie’, opmerking 6.2.5; adv.RvS 56.383/3 van 17 juni 2014 over een ontwerp dat heeft geleid tot het Procedurebesluit Buitenschoolse Opvang, opmerking 4.2 en de in voetnoot 2 van dat advies vermelde adviezen; adv.RvS 60.710/3 van 10 februari 2017 over een ontwerp dat heeft geleid tot het besluit van de Vlaamse Regering van 17 maart 2017 ‘betreffende de subsidiëring van de organisatoren kinderopvang en buitenschoolse opvang ter uitvoering van het Vlaams Intersectoraal Akkoord’, opmerking 3.3.

⁵ Dit zijn het gemeentebestuur en het bestuur van het openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn of, in het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad, de Vlaamse Gemeenschapscommissie (zie artikel 2, 9°, van het decreet van 20 april 2012).

⁶ Daartoe zou overigens ook een decretale grondslag noodzakelijk zijn.

⁷ Weliswaar bepaalt artikel 6, § 3, van het decreet van 30 april 2004 dat Kind en Gezin zijn taak betreffende de regie van de kinderopvang uitoefent in samenspraak met de lokale besturen in overeenstemming met de regels die de Vlaamse Regering bepaalt. Daargelaten de vraag naar de draagwijdte van het begrip “in samenspraak”, dient te worden opgemerkt dat aangezien het Procedurebesluit ter zake geen delegatie aan de minister bevat en ministers niet beschikken over een algemene uitvoeringsbevoegdheid zoals de Vlaamse Regering die wel heeft op grond van artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’, het genoemde artikel 6, § 3, in dit geval geen rechtsgrond kan bieden voor het toekennen van een concrete taak aan de lokale besturen bij de beoordeling van de subsidieaanvragen.

⁸ De verdere vragen die deze bepalingen doen rijzen, worden derhalve niet onderzocht.

3.4. Luidens artikel 18 van het ontwerp gelden bij de beoordeling van de aanvragen tot het bekomen van de plussubsidie de “consensuscores” van Kind en Gezin en de Koning Boudewijnstichting. De gemachtigde verschaft de volgende toelichting omtrent deze “consensuscores”:

“In het artikel 18 is per criterium bepaald op welk maximum elk criterium van beide organisaties samen een score zullen krijgen. Kind en Gezin en de Koning Boudewijnstichting zullen in consensus de scores bepalen.”

De Raad van State ziet niet op grond waarvan aan de Koning Boudewijnstichting een medebeslissingsrecht bij de beoordeling van subsidieaanvragen zou kunnen worden toegekend. Zoals reeds is opgemerkt, vloeit uit het decreet van 20 april 2012 en uit artikel 57, § 2, 3°, van het Procedurebesluit voort dat de beoordeling van subsidieaanvragen enkel gebeurt door Kind en Gezin. Hoogstens zou aan de genoemde stichting een adviserende rol kunnen worden toegekend en dan nog enkel op voorwaarde dat het gaat om een louter facultatieve medewerking; er bestaat immers geen rechtsgrond om in het raam van de subsidieprocedure taken op te leggen aan de Koning Boudewijnstichting.

VORMVEREISTEN

4. De gemachtigde verklaarde dat het ontwerp niet werd aangemeld bij de Europese Commissie omdat het wordt geacht onder de vrijstelling van de aanmeldingsplicht te vallen.

De Raad van State, afdeling Wetgeving, is er reeds eerder van uitgegaan dat het verlenen van subsidies aan kinderopvanginitiatieven kan worden beschouwd als staatssteun in de zin van artikel 107 van het Verdrag ‘betreffende de werking van de Europese Unie’ (hierna: 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 kan gelden voor de procedureregels die voor de toekenning van de subsidies van toepassing zijn.⁹

Aangezien de “programmatie” die in het om advies voorgelegde ontwerp nader wordt geregeld, mede bepaalt welke kinderopvanginitiatieven voor subsidiëring in aanmerking komen, hangt de wijze waarop die “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 die zijn vastgesteld 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’,¹⁰ om van de aanmeldingsplicht te worden vrijgesteld. Indien niet aan alle

⁹ 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’, opmerking 5.

¹⁰ Het is wellicht deze vrijstellingsregeling die van toepassing kan zijn, aangezien artikel 2 van het besluit van de Vlaamse Regering van 22 november 2013 ‘houdende de subsidies en de eraan gekoppelde voorwaarden voor de

voorwaarden zou zijn voldaan, zal de ontworpen regeling alsnog bij de Europese Commissie 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).¹¹

BIJZONDERE OPMERKINGEN

Aanhef

5. In het eerste lid van de aanhef kan met meer precisie worden verwezen naar artikel 12, § 1, *tweede lid*, van het decreet van 20 april 2012.

Artikel 22

6. Luidens artikel 22 van het ontwerp heeft het te nemen besluit uitwerking met ingang van 15 maart 2017. De gemachtigde verschafte de volgende toelichting bij deze terugwerkende kracht:

“De oproep voor kandidaten voor de basissubsidie en subsidie voor inkomenstarief werd gelanceerd en bezorgd aan de sector op 22 maart 2017.

Het MB van 2015 bood alleen rechtsgrond voor de verdeling van het budget dat in 2015 vrijgemaakt werd voor kinderopvang, zoals bepaald in het eerste artikel van dat besluit. Bij gebrek aan huidig voorliggend MB is er geen rechtsgrond om de aanvragen te beoordelen. Er is geen afbreuk aan verworven rechten aangezien niemand op basis van het vorig MB in het kader van huidige uitbreidingsronde rechten heeft verkregen.

(...)

[E]r zijn bij de administratie geen rechtszaken bekend in deze. Het punt werd vanuit legistieke overwegingen toegevoegd, aangezien de administratie dit zelf duidelijker vond naar de rechtsonderhorige toe.”

Gelet hierop is er geen bezwaar tegen de terugwerkende kracht.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Astrid TRUYENS

Jo BAERT

realisatie van specifieke dienstverlening door gezinsopvang en groepsopvang van baby's en peuters' bepaalt dat de subsidies worden verleend met inachtneming van dat besluit.

¹¹ 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.