RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 70.502/1
van 22 december 2021

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot toekenning van een eenmalige subsidie in 2021 aan de organisatoren kinderopvang en publieke buitenschoolse opvang voor de ondersteuning van kinderbegeleiders op de werkvloer ter uitvoering van het zesde Vlaams Intersectoraal akkoord van 30 maart 2021 voor de social/non-profitsectoren voor de periode 2021-2025’

‡LW-CCMVLEFCE-HAFACUQ‡

Op 18 november 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, verlengd tot 27 december 2021, een advies te verstrekken over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot toekenning van een eenmalige subsidie in 2021 aan de organisatoren kinderopvang en publieke buitenschoolse opvang voor de ondersteuning van kinderbegeleiders op de werkvloer ter uitvoering van het zesde Vlaams Intersectoraal akkoord van 30 maart 2021 voor de social/non-profitsectoren voor de periode 2021-2025’.

Het ontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 14 december 2021. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Wouter PAS en Inge VOS, staatsraden, Michel TISON en Johan PUT, assessoren, en Greet VERBERCKMOES, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Rein THIELEMANS, eerste auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 22 december 2021.

*

‡LW-CCMVLEFCE-HAFACUQ‡

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 tot toekenning van een eenmalige subsidie, die uiterlijk op 31 december 2021 wordt uitbetaald, aan de organisatoren kinderopvang en publieke buitenschoolse opvang voor de ondersteuning van kinderbegeleiders op de werkvloer, ter uitvoering van het zesde Vlaams Intersectoraal akkoord van 30 maart 2021 voor de social profit en non-profitsectoren voor de periode 2021-2025.

De subsidie wordt uitbetaald aan het ondersteuningsnetwerk kinderopvang[1], de pools gezinsopvang[2], sommige organisatoren groepsopvang en de GSD-V[3] (artikel 3 van het ontwerp).

Voorts bepaalt het ontwerp onder meer de subsidiebedragen, de begunstigden, de betrokken periode van activiteiten en onkosten, somt het de activiteiten op waarvoor de subsidie moet worden aangewend en regelt het de verantwoording en het toezicht.

Het ontworpen besluit heeft uitwerking met ingang van 1 mei 2021.

3.1. Uit de rubriek “Rechtsgronden” in de aanhef van het ontwerp volgt dat voor het ontworpen besluit rechtsgrond wordt gezocht in artikel 5, § 1, eerste lid, 1°, a), artikel 5, § 2, 2°, a), en artikel 12 van het decreet van 30 april 2004 ‘tot oprichting van het intern verzelfstandigd agentschap met rechtspersoonlijkheid Opgroeien regie’, evenals in artikel 14 van het decreet van 20 april 2012 ‘houdende de organisatie van kinderopvang van baby’s en peuters’.

Hiermee kan worden ingestemd onder voorbehoud van wat volgt.

3.2. Wat betreft de subsidiëring van organisatoren kinderopvang in de zin van het decreet van 20 april 2012 kan, in zoverre de subsidiëring geregeld door het ontwerp als een vernieuwend project kan worden beschouwd, een beroep worden gedaan op artikel 14 van het decreet van 20 april 2012. Overeenkomstig dat artikel kan de Vlaamse Regering de nadere regels bepalen om vernieuwende projecten inzake kinderopvang die niet onder de toepassing van de bepalingen van het decreet vallen, te organiseren en te laten subsidiëren door het agentschap.

Hiervoor lijkt echter veeleer rechtsgrond te kunnen worden gevonden in artikel 10, 3°, van het decreet van 20 april 2012, dat bepaalt dat de organisator met een

[1] Het ondersteuningsnetwerk kinderopvang, vermeld in het besluit van de Vlaamse Regering van 23 februari 2018 ‘houdende toekenning van een subsidie aan het ondersteuningsnetwerk kinderopvang’ (artikel 1, 5°, van het ontwerp).

[2] De pools gezinsopvang, vermeld in artikel 2 van het besluit van de Vlaamse Regering van 22 februari 2019 ‘houdende de toekenning van een subsidie aan pools gezinsopvang’ (artikel 1, 11°, van het ontwerp).

[3] De vzw Gemeenschappelijke Sociale Dienst Lokale Besturen in Vlaanderen (artikel 1, 4°, van het ontwerp).

‡LW-CCMVLEFCE-HAFACUQ‡

vergunning voor gezinsopvang of met een vergunning voor groepsopvang een subsidie kan ontvangen van het agentschap voor de ondersteuning van specifieke opdrachten, gelezen in samenhang met artikel 12, § 1, van hetzelfde decreet, dat de Vlaamse Regering machtigt om onder meer de nadere regels te bepalen voor die subsidies.

De rechtsgrond impliceert in beide gevallen evenwel dat het Opgroeien regie[4] is die de subsidies verleent. Dit betekent minstens dat de beslissing over het al dan niet verlenen van de subsidie en over de hoogte van de subsidie door het agentschap moet worden genomen. Logischerwijze volgt daar ook uit dat het agentschap de subsidie dient uit te betalen.

Voor de toepassing van artikel 10, 3°, van het decreet van 20 april 2012 is bovendien vereist dat de subsidie aan de betrokken organisatoren zelf wordt verleend en dat zij zelf als begunstigden van de subsidies worden beschouwd.

Artikel 3, 4°, van het ontwerp, dat bepaalt dat de subsidie voor de organisatoren kinderopvang die een lokaal bestuur zijn, wordt uitbetaald aan de GSD-V, die de subsidie ter beschikking stelt van die organisatoren, strookt dan ook niet met voormelde rechtsgrondvereisten, hetgeen nog wordt versterkt door de door de gemachtigde verstrekte toelichting dat de GSD-V (en dus niet de organisatoren kinderopvang) de begunstigde zou zijn van de subsidie bedoeld in artikel 3, 4°, van het ontwerp.

Het ontwerp dient dan ook in overeenstemming te worden gebracht met de rechtsgrond, waarbij dergelijke tussenstap via de GSD-V, waarbij deze instaat voor de uitbetaling van de subsidie en/of zelf als begunstigde wordt beschouwd van de subsidie, wordt vermeden.

3.3. Voor de subsidies aan organisatoren buitenschoolse opvang uit de publieke sector kan artikel 12 van het decreet van 30 april 2004 rechtsgrond bieden. Ook deze rechtsgrondbepaling laat echter niet toe dat GSD-V als begunstigde van de subsidies wordt beschouwd en niet de organisatoren buitenschoolse opvang zelf aangezien GSD-V niet beschouwd kan worden als een initiatief als bedoeld in dat artikel.

3.4. Uit artikel 1, 7°, van het ontwerp blijkt dat de subsidie ook kan worden verleend aan een organisator buitenschoolse opvang met een attest van toezicht, hetgeen door de gemachtigde werd bevestigd.

In dat verband is het nuttig te herinneren 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 het laatstgenoemde advies is de afdeling Wetgeving tot de conclusie gekomen 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.

3.5. Wat betreft de subsidies aan het ondersteuningsnetwerk kinderopvang en de pools gezinsopvang, kan een ruim gelezen artikel 12 van het decreet van 30 april 2004 als rechtsgrond

[4] Art. 2, 1°, van het decreet van 20 april 2012.

‡LW-CCMVLEFCE-HAFACUQ‡

beschouwd worden, zij het dat het duidelijker en ook meer coherent zou zijn indien een uitdrukkelijke rechtsgrond zou worden tot stand gebracht in het decreet van 20 april 2012 voor de subsidiëring van ondersteuningsactiviteiten die ten goede komen aan organisatoren die vergund zijn op grond van dat decreet.[5]

3.6. Artikel 12 van het ontwerp bepaalt dat het agentschap en Zorginspectie toezicht uitoefenen op de naleving van de bepalingen van het besluit en dat de begunstigden daarvoor de gevraagde inlichtingen of stukken verstrekken.

In zoverre het ontwerp rechtsgrond vindt in artikel 12 van het decreet van 30 april 2004, ligt de rechtsgrond voor dit artikel in artikel 13, § 4, van hetzelfde decreet.

In zoverre het ontwerp rechtsgrond vindt in artikel 10, 3°, dan wel 14 van het decreet van 20 april 2012, vloeit uit artikel 15, eerste lid, eerste zin, van hetzelfde decreet reeds voort dat Zorginspectie toezicht uitoefent en bepaalt artikel 15, derde lid, reeds dat het agentschap toezicht uitoefent op stukken.

Artikel 12 van het ontwerp dient bijgevolg beperkt te worden tot het toezicht op de naleving van het ontwerp in de mate dat het rechtsgrond vindt in artikel 12 van het decreet van 30 april 2004, waarbij eventueel kan worden bepaald dat wat het toezicht betreft ten aanzien van de subsidie die wordt verleend aan organisatoren kinderopvang, het toezicht wordt uitgeoefend overeenkomstig artikel 15, eerste lid, eerste zin, en derde lid, van het decreet van 20 april 2012 door Zorginspectie en het agentschap.

3.7. Artikel 13, eerste lid, van het ontwerp strekt ertoe aan de inspecteurs van Zorginspectie bepaalde bevoegdheden te verlenen in het kader van de uitoefening van hun controle-opdrachten. In zoverre het gaat om dwingende toezichtsrechten, die geen toestemming van de gecontroleerde personen vereisen, is het niet mogelijk dergelijke rechten bij besluit van de Vlaamse Regering te verlenen. De inspecteurs kunnen de controles uitvoeren overeenkomstig de bepalingen van het decreet van 18 januari 2018 ‘houdende het overheidstoezicht in het kader van het gezondheids- en welzijnsbeleid’. Enkel indien afwijkingen daarop nodig zouden zijn, is vereist – op decretaal niveau – bijzondere bepalingen op te nemen.

3.8. Voor het opleggen van taken aan het agentschap Opgroeien regie vindt het ontwerp een bijkomende rechtsgrond in artikel 8, § 2, van het decreet van 30 april 2004, gelezen in samenhang met artikel 5, § 1, eerste lid, 1°, a) en 2°, en § 2, 2°, a) , van hetzelfde decreet.

[5] Zie ook adv.RvS 65.100/1 van 8 februari 2019 over een ontwerp dat geleid heeft tot het besluit van de Vlaamse Regering van 22 februari 2019 ‘houdende de toekenning van een subsidie aan pools gezinsopvang’, opm. 3.1.

‡LW-CCMVLEFCE-HAFACUQ‡

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Algemene opmerking

4.1. In het opschrift is sprake van een eenmalige subsidie in 2021, terwijl artikel 4 van het ontwerp bepaalt dat de subsidie betrekking heeft op activiteiten en onkosten die gerealiseerd zijn in de periode van 1 mei 2021 tot en met 30 juni 2022.

Artikel 9 van het ontwerp bepaalt dat de subsidie uiterlijk op 31 december 2021 wordt uitbetaald aan de begunstigden. Artikel 10 schrijft voor dat een functioneel en financieel bestedingsplan moet worden bezorgd aan het agentschap uiterlijk op 15 december 2021 en dat als het plan te laat wordt ingediend, 5% van het subsidieerbare bedrag wordt ingehouden.

Artikel 14 van het ontwerp bepaalt dat het ontworpen besluit uitwerking heeft met ingang van 1 mei 2021.

Hierover ondervraagd, verklaarde de gemachtigde:

> "De subsidie is een eenmalige projectsubsidie in functie van [de] opstart van deze maatregel. Omdat het betreffende budget afkomstig is uit de dotatie 2021, moet de subsidiebetaling kunnen ingeboekt worden op budgetjaar 2021. Gezien evenwel 2021 zo goed als voorbij is, de subsidie pas einde 2021 kan worden betaald en de begunstigden niet allemaal reeds in de mogelijkheid waren in 2021 uitvoering te geven aan de opdrachten in artikel 5, is het van belang de periode waarin de opdrachten kunnen uitgevoerd worden ruimer te maken dan enkel in 2021. Op die manier kunnen niet enkel de voorbereiding maar ook de opstartmaanden van deze nieuwe maatregel sterker ondersteund worden. De begunstigden moeten de uitgaven voor deze opdrachten kunnen aantonen, en eventuele overschotten worden teruggevorderd. De regeling ter zake is terug te vinden in artikels 8, 10 en 11."

Gevraagd of, zoals voorzien in artikel 10 van het ontwerp, wel kan worden verwacht dat het bestedingsplan uiterlijk op 15 december 2021 aan het agentschap wordt bezorgd, aangezien de ontworpen regeling pas na die datum zal worden bekendgemaakt, antwoordde de gemachtigde bovendien:

> "Aangezien de kwaliteitsmaatregel en de middelen reeds principieel werden beslist tussen de Vlaamse regering en de sociale partners in het VIA 6 akkoord dat werd beslist en goedgekeurd in maart 2021, is de sector reeds op de hoogte van het feit dat de middelen zullen kunnen besteed worden voor de bijkomende aanwerving van de ondersteuners op de werkvloer. Zij hebben deze maatregel dus reeds kunnen voorbereiden in afwachting van het wettelijk kader en het ter beschikking stellen van de financiële middelen.
>
> Omdat Oproeien de subsidie uiterlijk op 31 december 2021 moet kunnen uitbetalen (…), kon niet worden gewacht op de definitieve goedkeuring van dit BVR om de nodige informatie aan de kinderopvangsector te geven. Omwille van deze dringendheid heeft Opgroeien regie met toestemming van de Vlaamse regering de inhoud van dit BVR reeds bekend gemaakt na de principiële goedkeuring."

De retroactieve inwerkingtreding van het ontwerp op 1 mei 2021 werd door de gemachtigde voorts nog als volgt toegelicht:

‡LW-CCMVLEFCE-HAFACUQ‡

"De datum van 1 mei is de algemene ingangsdatum van alle maatregelen in het VIA6 over alle sectoren heen (op enkele uitzonderingen na).

Vermits de maatregelen voor de kinderopvang in het VIA6 reeds op 30 maart 2021 en de opstart per 1 mei werden bekend gemaakt, hebben meerdere organisatoren reeds pedagogische ondersteuners aangeworven of andere opdrachten in functie van de opstart van deze ondersteuning zelf geprefinancierd in afwachting van de uitrol van deze subsidie. Omdat de technische vertaling van deze maatregel in samenspraak met de sociale partners heel wat voeten in de aarde heeft gehad, kon het ontwerp BVR nu pas in het najaar 2021 worden voorgelegd. Daarom is op expliciete vraag van de sociale partners mogelijk gemaakt om ook reeds gemaakte en zelf geprefinancierde kosten vanaf 1 mei 2021 met terugwerking in te brengen als besteding van deze subsidie.

Het inhouden van een bedrag van 5% bij laattijdig indienen van het bestedingsplan van grotere begunstigden (artikel 10, 2de lid) is moeilijk retroactief in te voeren. De andere data voor opvolging en handhaving liggen naar alle waarschijnlijkheid wel na bekendmaking van ontwerp besluit."

4.2. Het verlenen van terugwerkende kracht aan besluiten is enkel toelaatbaar ingeval voor de retroactiviteit een wettelijke grondslag bestaat, de retroactiviteit betrekking heeft op een regeling waarbij, met inachtneming van het gelijkheidsbeginsel, voordelen worden toegekend of in zoverre de retroactiviteit noodzakelijk is voor de continuïteit of de goede werking van het bestuur en daardoor, in beginsel, geen verkregen situaties worden aangetast.

Enkel indien de retroactiviteit van de ontworpen regeling in één van de opgesomde gevallen valt in te passen, kan deze worden gebillijkt.

4.3. De retroactieve uitwerking van het ontworpen besluit kan in beginsel toelaatbaar worden geacht in de mate het gaat om de ambtshalve toekenning van een nieuwe eenmalige subsidie en de ontworpen regeling aldus voordelen toekent aan de betrokken voorzieningen.

Weliswaar worden aan de toekenning van de subsidies bepaalde verplichtingen gekoppeld, zoals de indiening van een bestedingsplan uiterlijk op 15 december 2021, met inhouding van 5% van het bedrag in geval van laattijdige indiening (artikel 10). Uiteraard kunnen dergelijke bepalingen niet worden toegepast vooraleer het tot stand te brengen besluit is bekendgemaakt, zoals door de gemachtigde ook werd bevestigd. De stellers van het ontwerp dienen er dan ook over te waken dat begunstigden die reeds initiatieven zouden hebben genomen die niet sporen met de ontworpen regeling, omdat ze de betrokken regels toen nog niet konden kennen, de kans krijgen om zich alsnog naar de regels van het ontwerp van besluit te schikken.

5. Het ontwerp is voorts onduidelijk wat betreft de vraag wie de begunstigden zijn van de subsidies. Het opschrift, artikel 2, eerste lid, en artikel 3 van het ontwerp dienen wat dat betreft op elkaar te worden afgestemd.

Eventueel kan artikel 2, eerste lid, van het ontwerp worden weggelaten, zoals voorgesteld door de gemachtigde, in welk geval de afstemming dient te gebeuren tussen het opschrift en artikel 3 van het ontwerp.

‡LW-CCMVLEFCE-HAFACUQ‡

Aanhef

6. De rubriek “Rechtsgronden” in de aanhef van het ontworpen besluit dient in overeenstemming te worden gebracht met wat hoger werd opgemerkt.

Artikel 1

7. In artikel 1, punt 8, van het ontwerp, wordt onder “organisator gezinsopvang” ook een organisator met een vergunning voor groepsopvang zoals omschreven in die bepaling verstaan, hetgeen door de gemachtigde als volgt werd toegelicht:

> “De term ‘organisator gezinsopvang’ is in voege sedert 2014 met het decreet houdende de organisatie van kinderopvang van baby’s en peuters en bijhorende vergunningsbesluit. Voorheen was er sprake van een erkende dienst voor onthaalouders, die zowel alleenwerkende als samenwerkende onthaalouders aangesloten had. Vanaf het decreet werd als vergunde gezinsopvang beschouwd alle opvang tot maximaal 8 plaatsen. Samenwerkende onthaalouders hadden echter meer dan 8 plaatsen, en kwamen door de afbakening in het decreet terecht onder noemer vergunde groepsopvang. De facto gaat het echter ook om onthaalouders die bij deze organisator zijn aangesloten. Omwille van de eenvoud van woordgebruik wordt (enkel) in dit ontwerp BVR onder de term ‘organisator gezinsopvang’ ook de groepsopvang door samenwerkende onthaalouders gevat.”

Het dient te worden vermeden om in een bepaald besluit een van het decreet en andere uitvoeringsbesluiten afwijkende terminologie te gebruiken, wat aanleiding kan geven tot onduidelijkheden en bijgevolg tot rechtsonzekerheid.

Artikel 2

8. Met betrekking tot het vierde lid, aangaande de niet-aanpassing van de bedragen bij de overschrijding van de spilindex, deelde de gemachtigde mee dat deze bepaling dient te worden geschrapt aangezien het om een eenmalige subsidie gaat. Hiermee kan worden ingestemd.

Artikel 5

9. In de mate dat in artikel 5 van het ontwerp wordt verwezen naar het zesde Vlaams intersectoraal akkoord voor de social/non-profitsectoren voor de periode 2021-2025 van 30 maart 2021, valt op te merken dat het niet aan te raden is te verwijzen naar een tekst die niet overeenkomstig de wet bekendgemaakt is en bijgevolg ook niet bindend is.[6]

10. Ondervraagd wat bedoeld wordt met “tewerkstellingskader” in het tweede lid, 1°, antwoordde de gemachtigde:

[6] Zie aanwijzing 137 van de Omzendbrief Wetgevingstechniek VR 2019/4.

‡LW-CCMVLEFCE-HAFACUQ‡

> "het bepalen hoeveel VTE pedagogische ondersteuners effectief zullen worden aangesteld, de loon- en arbeidsvoorwaarden, de modaliteiten van de tewerkstelling etc.".

Gevraagd wat dient te worden verstaan onder het begrip "uitklaren" in het tweede lid, 5°, antwoordde de gemachtigde bovendien:

> "de pedagogische ondersteuner zal niet op een eiland werken. Elke opvang heeft een verantwoordelijke en kinderbegeleiders. De wijze waarop de ondersteuner zich met hen gaan verhouden, hoe ze gaan samenwerken, hoe de verantwoordelijke en de ondersteuner samen de werking op de werkvloer gaan ondersteunen en aansturen, en wat daarbij dan juist de rol van elk is: dit wordt vooraf best helder afgestemd en afgesproken".

Het verdient aanbeveling om deze bepalingen te verduidelijken in de tekst van het ontwerp.

Artikel 7

11. In artikel 7 van het ontwerp dient te worden geschreven: "besluit 2012/21/EU van de Commissie …".

Artikel 9

12. Ondervraagd wat bedoeld wordt met de automatische uitbetaling aan de begunstigden zoals voorzien in deze bepaling, gaf de gemachtigde de volgende toelichting:

> "De subsidie moet door de begunstigden niet worden aangevraagd, maar zal meteen door Opgroeien (en voor het extra deel voor opvang door lokale besturen, door de GSD-V) worden overgemaakt aan alle begunstigden. De subsidie is immers bestemd voor alle vergunde opvang van baby's en peuters, en voor alle erkende of geattesteerde buitenschoolse opvang van lokale besturen. De begunstigden zijn dus allemaal gekend en ze hebben er allemaal recht op. Door geen aanvraagronde in te lassen, wordt administratieve eenvoud, administratieve lastenverlaging bij de opvang én bij de Vlaamse overheid en ook tijdswinst in uitvoering gerealiseerd.
>
> Mogelijk kunnen we gelet op de omschrijving beter de term 'ambtshalve' gebruiken?"

Het verdient inderdaad aanbeveling om hier de term "ambtshalve" in de plaats van het woord "automatisch" te hanteren.

‡LW-CCMVLEFCE-HAFACUQ‡

Artikel 10

13. Gevraagd waarom in het derde lid enkel sprake is van de organisatoren gezins- en groepsopvang, stelde de gemachtigde voor om deze bepaling te verduidelijken door te bepalen dat enkel de begunstigden vermeld in artikel 3, 1° en 2°, moeten aangeven in hun bestedingsplan hoe ze hun doelgroep gaan bereiken. Hiermee kan worden ingestemd.

DE GRIFFIER DE VOORZITTER

Greet VERBERCKMOES Marnix VAN DAMME

‡LW-CCMVLEFCE-HAFACUQ‡