RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 70.459/1
van 13 december 2021

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot wijziging van het besluit van de Vlaamse Regering van 22 februari 2019 houdende de toekenning van een subsidie voor een vernieuwend project werknemersstatuut van de kinderbegeleider gezinsopvang, wat betreft de uitbreiding van het aantal werknemers ter uitvoering van het zesde Vlaams Intersectoraal akkoord van 30 maart 2021 voor de social/non-profitsectoren voor de periode 2021-2025 en wat betreft de aanpassing van het subsidiebedrag en de toekenningsprocedure’

‡ LW-BDMVOBIAE-HAEFJXV‡

Op 10 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 een advies te verstrekken over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot wijziging van het besluit van de Vlaamse Regering van 22 februari 2019 houdende de toekenning van een subsidie voor een vernieuwend project werknemersstatuut van de kinderbegeleider gezinsopvang, wat betreft de uitbreiding van het aantal werknemers ter uitvoering van het zesde Vlaams Intersectoraal akkoord van 30 maart 2021 voor de social/non-profitsectoren voor de periode 2021-2025 en wat betreft de aanpassing van het subsidiebedrag en de toekenningsprocedure’.

Het ontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 7 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 13 december 2021.

*

‡ LW-BDMVOBIAE-HAEFJXV‡

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 wijzigt het besluit van de Vlaamse Regering van 22 februari 2019 ‘houdende de toekenning van een subsidie voor een vernieuwend project werknemersstatuut van de kinderbegeleider gezinsopvang’.

De ontworpen wijzigingen verlengen de uiterlijke looptijd van de subsidie tot en met 31 maart 2023 en verhogen het bedrag van de subsidie per voltijdsequivalent kinderbegeleider per kalenderjaar zowel voor de organisator die onder de private sector valt als voor de organisator die onder de publieke sector valt (artikelen 1 en 2, 1° en 2°, van het ontwerp).

Ook wijzigt het ontwerp de bepaling inzake het verminderen van het bedrag van de subsidie als een voltijdsequivalent of een fractie ervan niet wordt ingevuld (artikel 2, 3°) en voegt het een bepaling in inzake het verlies van het recht op subsidie indien een voltijdsequivalent of een fractie ervan uit het vernieuwende project stapt en niet wordt vervangen door een nieuwe kinderbegeleider in een werknemersstatuut binnen een bepaalde periode (artikel 3, ontworpen artikel 4/1).

Daarnaast voegt het ontwerp een bepaling in inzake een oproep in 2021 voor de toekenning van bijkomende subsidies in het kader van het vernieuwende project (artikel 5), wijzigt het de bepalingen inzake de aanvraag en de toekenning van de subsidie (artikelen 6 en 7) en regelt het de procedure voor toepassing van het ontworpen artikel 4/1 en het bezwaar dat de organisator die de subsidie verliest, kan aantekenen (artikel 8).

Het ontworpen besluit treedt in werking op 1 januari 2022, behoudens sommige artikelen die uitwerking hebben met ingang van 1 april 2021, 1 mei 2021 of 1 oktober 2021 (artikel 10).

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), § 2, 2°, a) en artikel 8, § 2, 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’ dat luidt:

> “De Vlaamse Regering kan nadere regels bepalen om vernieuwende projecten inzake kinderopvang die niet onder de toepassing van de bepalingen in dit decreet vallen, te organiseren en te laten subsidiëren door het agentschap.”

Hiermee kan worden ingestemd onder voorbehoud van wat volgt.

‡ LW-BDMVOBIAE-HAEFJXV‡

3.2. In het advies 65.091/1 van 1 februari 2019 over het ontwerp dat leidde tot het te wijzigen besluit, heeft de Raad van State, afdeling Wetgeving, het volgende opgemerkt aangaande het beroep op voormeld artikel 14 van het decreet van 20 april 2012 als rechtsgrond:

> "De ontworpen regeling wordt door de stellers geconcipieerd als een verderzetting van het project dat het voorwerp uitmaakte van het reeds genoemde besluit van de Vlaamse Regering van 22 mei 2015, zoals dit werd verlengd zoals *sub* 2 omschreven. Met betrekking tot het ontwerp dat leidde tot het besluit van de Vlaamse Regering van 22 mei 2015 werd door de Raad van State, afdeling Wetgeving, in advies 57.202/3 van 2 april 2015 aangenomen dat het erin geregelde project kon worden beschouwd als een vernieuwend project in de zin van artikel 14 van het decreet van 20 april 2012, zodat de ontworpen regeling volgens het betrokken advies kon worden geacht rechtsgrond te vinden in die decretale bepaling. Met betrekking tot de verlenging van het project werd door de Raad van State, afdeling Wetgeving, in advies 60.709/3 van 9 februari 2017 over het ontwerp dat leidde tot het in voetnoot 1 vermelde besluit van de Vlaamse Regering van 24 februari 2017, eveneens aangenomen dat het nog steeds om een vernieuwend project als bedoeld in artikel 14 van het decreet van 20 april 2012 ging omdat het bestaande vernieuwende project inzake kinderopvang slechts voor een beperkte termijn werd verlengd.
>
> De gemachtigde deelde in verband met de noodzaak van een nieuwe verlenging van het voornoemde project het volgende mee:
>
> > 'Uit de evaluatie van de vorige termijn van het proefproject, bleek dat er nog heel wat elementen aan het proefproject niet ten volle functioneerden en er nog heel wat vragen open bleven staan. Door middel van verbetervoorstellen wordt gepoogd hieraan tegemoet te komen in het vernieuwende proefproject. Het is noodzakelijk dit eerst te evalueren vooraleer definitieve conclusies getrokken kunnen worden met betrekking tot de bestendiging van het werknemersstatuut voor onthaalouders.'
>
> In de nota aan de Vlaamse Regering wordt vermeld dat '[h]et vernieuwend project dat bij voorliggend besluit wordt geregeld (…) meer (is) dan enkel een verlenging van het aflopend project' en dat '[h]et nieuwe subsidiebedrag en de bijhorende subsidievoorwaarden (…) een significante bijsturing (zijn).' De gemachtigde lichtte de gewijzigde subsidievoorwaarden toe als volgt:
>
> > 'Op vlak van kwalificatie, kan de organisator voor dit vernieuwend project zowel kinderbegeleiders selecteren die voldoen aan de vergunningsvereiste m.b.t. kwalificatie, als kinderbegeleiders die een bewijs van een kwalificerend traject leveren zoals bepaald in artikel 8 van het Ministerieel Besluit van 25 november 2016 tot uitvoering van het Vergunningsbesluit van 22 november 2013.
> >
> > Ook de verplichting voor de organisator om samen te werken met een pool gezinsopvang, die instaat voor ondersteuning van organisatoren en een specifieke opdracht heeft met betrekking tot de kwalificatie van medewerkers, is een nieuwe subsidievoorwaarde.
> >
> > Verder worden enkel kinderbegeleiders geselecteerd die, wanneer zij voltijds zouden werken, beschikbaar zijn om gemiddeld 4 kinderen op te vangen. De tewerkstellingsbreuk wordt anders berekend, en in die zin is dit een nieuwe voorwaarde.'

‡ LW-BDMVOBIAE-HAEFJXV‡

Voorts wees de gemachtigde op de volgende elementen die kunnen staven dat het in het om advies voorgelegde ontwerp van besluit gaat om een ‘vernieuwend project’:

> ‘Er is een nieuw subsidiebedrag voorzien. Er is een uitbreiding van het aantal kinderbegeleiders. Er werden nieuwe voorwaarden geïmplementeerd op het vlak van loons- en arbeidsvoorwaarden.’

Mede op grond van de door de gemachtigde verstrekte toelichting kan worden aangenomen dat het in het om advies voorgelegde ontwerp nog steeds gaat om een project dat bedoeld is om een nieuwe vorm van tewerkstelling van kinderbegeleiders te evalueren, met gedeeltelijk nieuwe voorwaarden. Het ontwerp kan derhalve worden geacht te voldoen aan artikel 14 van het decreet van 20 april 2012 en om in die bepaling rechtsgrond te vinden. Wel zal erover moeten worden gewaakt dat er op een bepaald moment wordt overgegaan tot een definitieve evaluatie en dat, zo gewenst, het decreet van 20 april 2012 en de uitvoeringsbesluiten ervan worden aangepast zodat het vernieuwende project kan overgaan in vaste regelgeving. Artikel 14 van het decreet van 20 april 2012 kan immers niet blijvend rechtsgrond bieden voor afwijkende regelingen die niet langer als vernieuwend zouden kunnen worden beschouwd.”[1]

3.3. Gevraagd op welke gronden het project, dat thans verlengd wordt tot 31 maart 2023, nog steeds als een vernieuwend project in de zin van voormeld artikel 14 beschouwd kan worden, antwoordde de gemachtigde:

> “Enerzijds werd het project voor een korte duur verlengd tot maart 2023 omwille van de vaststelling, dat het agentschap in de periode van pandemie, de evaluatie van het vernieuwend project niet heeft kunnen voltooien.
>
> En anderzijds wijzigt dit ontwerp van wijzigend besluit niets aan de essentie van het BVR voor een vernieuwend project werknemersstatuut van de kinderbegeleider kinderopvang, maar maakt het mogelijk om bijkomende tewerkstelling als werknemer onthaalouder te realiseren. Om zo een zo goed mogelijke verdeling te realiseren van de onthaalouders werknemers over de organisatoren.”

Hoewel in het licht van de door het ontwerp aangebrachte wijzigingen en de door de gemachtigde verstrekte toelichting vooralsnog kan worden aangenomen dat het om advies voorgelegde ontwerp nog steeds betrekking heeft op een vernieuwend project waarvoor artikel 14 van het decreet van 20 april 2012 rechtsgrond kan bieden, past het niettemin om voormelde opmerking in herinnering te brengen waaruit blijkt dat deze bepaling niet blijvend rechtsgrond kan bieden voor afwijkende regelingen die niet langer als vernieuwend zouden kunnen worden beschouwd.

3.4. Voor het opleggen van taken aan het agentschap Opgroeien regie vindt het ontwerp rechtsgrond in artikel 8, § 2, van het decreet van 30 april 2004 ‘tot oprichting van het intern verzelfstandigd agentschap met rechtspersoonlijkheid Opgroeien regie’, gelezen in samenhang met artikel 5, § 1, eerste lid, 1°, a) en 2°, en § 2, 2°, a), van hetzelfde decreet. Zoals bevestigd door de gemachtigde, verdient het aanbeveling om ook artikel 5, § 1, eerste lid, 2°, bijkomend in de aanhef te vermelden.

[1] Adv.RvS 65.091/1 van 1 februari 2019 over een ontwerp van besluit dat geleid heeft tot het besluit van de Vlaamse Regering van 22 februari 2019 ‘houdende de toekenning van een subsidie voor een vernieuwend project werknemersstatuut van de kinderbegeleider gezinsopvang’, opmerking 3.

‡ LW-BDMVOBIAE-HAEFJXV‡

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Aanhef

4. In de rubriek “Rechtsgronden” in de aanhef van het ontworpen besluit dient ook melding te worden gemaakt van artikel 5, § 1, eerste lid, 2°, van het decreet van 30 april 2004.

5. In de rubriek “Vormvereisten” in de aanhef dient uiteraard de datum van het begrotingsakkoord, zijnde 25 oktober 2021, te worden vermeld.

Artikel 7

6. In het ontworpen artikel 15, vierde lid (artikel 7, punt 5°, van het ontwerp), is het onduidelijk wat wordt bedoeld met “vergunde gezinsopvang en groepsopvang samenwerking kinderbegeleiders in het werknemersstatuut”, zodat het aanbeveling verdient deze zinsnede te preciseren.

Artikel 10

7.1. Dit artikel bepaalt dat het ontworpen besluit in werking treedt op 1 januari 2022, behoudens sommige artikelen die uitwerking hebben met ingang van 1 april 2021, 1 mei 2021 of 1 oktober 2021.

Gevraagd of kan worden gewaarborgd dat het besluit voor 1 januari 2022 wordt bekendgemaakt in het *Belgisch Staatsblad*, verklaarde de gemachtigde bovendien:

> “Aangezien het besluit mogelijk niet voor 1 januari bekendgemaakt zal kunnen worden in het Belgisch [S]taatsblad willen we voorstellen om het besluit terugwerkende kracht te verlenen tot 1 januari 2022 en de bepaling in die zin aan te passen.”

7.2. 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.

7.3. Gevraagd naar een verantwoording voor het mogelijk verlenen van terugwerkende kracht aan de artikelen 2, 3°, 3, 8 en 9 van het ontwerp, verklaarde de gemachtigde:

> “Artikel 2, 3° voegt een gewijzigde opvolging en verrekening in voor de subsidies van tewerkstelling die niet wordt ingevuld en waarvoor geen vervanging wordt aangeworven. Deze bepaling is niet noodzakelijk ongunstiger voor de begunstigden, maar voorziet de opvolging reeds na een niet invulling van de tewerkstelling gedurende meer

‡ LW-BDMVOBIAE-HAEFJXV‡

dan 30 dagen. De voorgaande regeling gaf de organisator een termijn van 3 maanden waarbinnen een tewerkstelling niet ingevuld mocht blijven. De verrekening van de subsidie geschiedt op een gelijke wijze, namelijk vanaf de eerste dag van de maand nadat de gewijzigde situatie zich heeft voorgedaan.

Indien er bezwaren zouden zijn bij een terugwerkende kracht kan deze regeling ook ingaan na bekendmaking van het besluit in het Belgisch staatsblad.

Artikel 3 voert een nieuwe bepaling in waarbij een organisator ook het recht verliest op de subsidie indien een vrijgekomen tewerkstelling niet vervangen wordt binnen 6 maanden. Het agentschap wil het vrijgekomen budget inzetten voor tewerkstelling bij andere organisatoren.

Deze bepaling is belangrijk om de nodige tewerkstelling te realiseren bij de organisatoren die wel kunnen aanwerven.

Een terugwerkende kracht zou betekenen dat vanaf 1 januari 2022 de termijn van zes maanden loopt en de organisatoren maatregelen kunnen nemen om deze fracties alsnog in te vullen, dan wel geïnformeerd zijn dat deze middelen na het doorlopen van een procedure terug kunnen vrijgemaakt worden voor tewerkstelling bij een andere organisator.

Het is belangrijk in de sector kinderopvang de organisatoren te subsidiëren die effectief tewerkstelling kunnen realiseren, vandaar het voorstel voor terugwerkende kracht van deze bepaling.

Artikel 8: Deze bepaling voert de procedure in die gevolgd zal worden voor de besluitvorming van het agentschap. Bij voorkeur kunnen we de besluitvorming starten op een vaste datum, vandaar het voorstel voor terugwerkende kracht indien publicatie op die datum niet meer realiseerbaar zou zijn.

Artikel 9 bevat een materiële aanpassing, gelet op de opheffing van het vermelde Rekendecreet.”

Met betrekking tot de terugwerkende kracht voor de artikelen 1 (tot 1 april 2021), 2°, 1° en 2° (tot 1 mei 2021), en 4 tot 7 (tot 1 oktober 2021), gaf de gemachtigde de volgende verantwoording:

“Artikel 1 bevat de aanpassing van de datum die had moeten aangepast worden naar aanleiding van de verlenging van de termijn tot 31 maart 2023 in het besluit van 13 november 2020 tot wijziging van het besluit van de Vlaamse Regering van 22 februari 2019 houdende de toekenning van een subsidie voor een vernieuwend project werknemersstatuut van de kinderbegeleider gezinsopvang, wat betreft de verlenging van het project. Vandaar dat terugwerkende kracht wordt voorzien tot 1 april 2021.

Artikel 2, 1° en 2°: bevat de aanpassing van de bedragen zoals beslist in het VIA 6 akkoord tussen Vlaamse regering en sociale partners. Ook de ingangsdatum van deze aangepaste bedragen werden vastgelegd in het VIA 6 akkoord, vandaar de terugwerkende kracht voor de inwerkingtreding van deze verhoogde subsidiebedragen.

Artikel 4 tot en met 7: wijzigt de bepalingen inzake de oproep, de aanvraag en de toekenning van de subsidie. De terugwerkende kracht is noodzakelijk om de oproep te kunnen lanceren en beoordelen en dit in ieder geval vanaf 1 december 2021.”

‡ LW-BDMVOBIAE-HAEFJXV‡

7.4. Wat de artikelen 1 en 2, 1° en 2°, van het ontwerp betreft, kan de retroactieve uitwerking van het ontworpen besluit toelaatbaar worden geacht aangezien het om een verlenging van de subsidieperiode en een verhoging van de subsidiebedragen gaat en de ontworpen regeling aldus voordelen toekent aan de betrokkenen. Ook wat artikel 9 van het ontwerp betreft, rijst op dit punt geen bezwaar.

7.5. Aangezien de artikelen 2, 3°, en 3 van het ontwerp op meerdere punten nadeliger zijn voor de organisatoren dan de bestaande regeling, beantwoordt de terugwerking voor deze bepalingen niet aan één van de zo-even vermelde gevallen waarin ze toelaatbaar is. De beoogde retroactieve inwerkingtreding van de artikelen 2, 3°, en 3 van het ontwerp kan derhalve niet worden aanvaard.

7.6. De artikelen 4 tot en met 7 van het ontwerp hebben betrekking op de oproep, de uiterlijke termijn voor het indienen van de aanvraag van de subsidie, evenals op de termijnen en het beoordelingskader voor de toekenning van de subsidie. Uit artikel 10 van het ontwerp blijkt dat deze bepalingen uitwerking hebben met ingang van 1 oktober 2021 hetgeen in de nota aan de Vlaamse Regering als volgt wordt toegelicht:

> "Hierbij moet rekening gehouden worden met de termijnen die nodig zijn om de aanvragen in te dienen, te onderzoeken en te beslissen. Om de beslissing inzake de toekenning te kunnen nemen bij voorkeur uiterlijk op 31/12/2021 is het noodzakelijk de vermelde bepalingen van het besluit retroactief te laten ingaan zodat de oproep, de aanvraag en onderzoek reeds kunnen gestart worden."

In het ontworpen artikel 12/1 (artikel 5 van het ontwerp) is er daarbij sprake van een oproep door het agentschap, bekend te maken in 2021. Hierover ondervraagd, bevestigde de gemachtigde dat deze oproep reeds bekendgemaakt werd op 29 oktober 2021 onder voorbehoud van definitieve goedkeuring van het ontwerp van besluit door de Vlaamse Regering en dat organisatoren zich kandidaat konden stellen tot 3 december 2021.

In dat opzicht dienen de artikelen 4 tot en met 7 van het ontworpen besluit zich in de eerste plaats aan als de regularisatie in rechte van regels die de overheid zichzelf heeft opgelegd en die reeds zijn toegepast. "Reguleren" op deze wijze is in beginsel onaanvaardbaar. Het brengt nadelen teweeg die het *a posteriori* bekrachtigen van de regels in kwestie in een in de vereiste vorm aangenomen tekst niet ongedaan kan maken: het niet bekendmaken van de in het ontworpen besluit vervatte rechtsregels vóór de datum van afloop van de termijn voor het indienen van een subsidieaanvraag, heeft aldus onder meer tot gevolg dat de kring van potentiële aanvragers ervan beperkt wordt tot de personen die daarvan langs administratieve weg ingelicht zijn kunnen worden.

Hoewel kan worden aangenomen dat de toe te kennen subsidies voordelen inhouden voor de aanvragers, kunnen deze bovendien slechts worden toegekend van zodra ze in overeenstemming met de formele voorwaarden in het ontworpen besluit zijn aangevraagd en beoordeeld, hetgeen pas mogelijk is na de bekendmaking van het te nemen besluit.

‡ LW-BDMVOBIAE-HAEFJXV‡

Er dient dan ook een nieuwe periode te worden geopend om in te schrijven op de oproep en voor de behandeling van de aanvragen. De stellers van het ontwerp dienen er daarbij ook over te waken dat organisatoren die een aanvraag zouden hebben ingediend die niet spoort met de ontworpen regeling, omdat ze de betrokken regels dan nog niet kenden, de kans krijgen om zich alsnog naar de regels van het ontwerp van besluit te schikken.

7.7. Wat ten slotte artikel 8 van het ontwerp betreft, dat nieuwe procedurele bepalingen invoegt, valt evenzeer op te merken dat ervan dient te worden afgezien om eraan terugwerkende kracht te verlenen.

DE GRIFFIER DE VOORZITTER

Greet VERBERCKMOES Marnix VAN DAMME

‡ LW-BDMVOBIAE-HAEFJXV‡