



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 71.034/1
van 15 maart 2022

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot wijziging van 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, wat betreft de realisatie van de koopkrachtmaatregelen in de publieke sector en tot wijziging van artikel 8 en 12 van het Overgangsbesluit subsidies buitenschoolse opvang van 24 september 2021’

Op 14 februari 2022 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 17 maart 2017 betreffende de subsidiëring van de organisatoren kinderopvang en buitenschoolse opvang ter uitvoering van het Vlaams Intersectoraal akkoord, wat betreft de realisatie van de koopkrachtmaatregelen in de publieke sector en tot wijziging van artikel 8 en 12 van het Overgangsbesluit subsidies buitenschoolse opvang van 24 september 2021’.

Het ontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 10 maart 2022. 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 Lise VANDENHENDE, adjunct-auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 15 maart 2022.

*

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 voegt in 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’ bepalingen in aangaande een subsidie voor koopkrachtondersteuning (artikelen 1 tot en met 4).

Daarnaast worden de verwijzingen in de artikelen 8 en 12 van het Overgangsbesluit subsidies buitenschoolse opvang van 24 september 2021¹ aangepast, zodat voor de organisatoren van buitenschoolse opvang ook voormelde nieuwe subsidies in aanmerking worden genomen voor de toekenning van de zogenaamde ‘transitiesubsidie erkend’ en ‘transitiesubsidie attest van toezicht’ (artikelen 5 en 6).

De in het ontworpen besluit geregelde subsidies voor koopkrachtondersteuning gelden voor organisatoren groepsopvang en organisatoren buitenschoolse opvang voor zover zij een openbaar bestuur zijn.²

De artikelen 1 en 3 hebben uitwerking met ingang van 1 juli 2021. Artikel 4 heeft uitwerking met ingang van 31 december 2021 en de artikelen 2, 5 en 6 hebben uitwerking met ingang van 1 januari 2022.

3. Rechtsgrond voor de ontworpen regeling wordt geboden door de bepalingen van het decreet van 30 april 2004 ‘tot oprichting van het intern verzelfstandigd agentschap met rechtspersoonlijkheid Opgroeien regie’, van het decreet van 20 april 2012 ‘houdende de organisatie van kinderopvang van baby’s en peuters’ en van het decreet van 3 mei 2019 ‘houdende de organisatie van buitenschoolse opvang en de afstemming tussen buitenschoolse activiteiten’, die worden vermeld onder de rubriek “Rechtsgronden” in de aanhef van het ontwerp, onder voorbehoud van hetgeen volgt.

¹ Besluit van de Vlaamse Regering van 24 september 2021 ‘tot regeling van de bestaande subsidies buitenschoolse opvang en de bijbehorende voorwaarden gedurende een overgangsperiode en tot wijziging van artikel 1, 2 en 3 van 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 gescostatuuat’. Dit besluit wordt overeenkomstig artikel 2 ervan aangehaald als: ‘Overgangsbesluit subsidies buitenschoolse opvang van 24 september 2021’.

² Voor organisatoren die geen openbaar bestuur zijn: zie adv.RvS 70.460/1 van 13 december 2021 over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot wijziging van 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, wat betreft de realisatie van de koopkrachtmaatregelen, en tot wijziging van artikel 12 van het Overgangsbesluit subsidies buitenschoolse opvang van xx xx 2021’. Dit besluit werd definitief goedgekeurd op 14 januari 2022, zie <https://beslissingenvlaamseregering.vlaanderen.be/document-view/61DC5B37364ED9000800072C>.

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.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

ALGEMENE OPMERKINGEN

4.1. Volgens de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof is een verschil in behandeling slechts verenigbaar met de grondwettelijke beginselen van gelijkheid en niet-discriminatie, wanneer dat verschil op een objectief criterium berust en het redelijk verantwoord is. Het bestaan van een dergelijke verantwoording moet worden beoordeeld, rekening houdend met het doel en de gevolgen van de betrokken maatregel en met de aard van de ter zake geldende beginselen; het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie is geschonden wanneer er geen redelijk verband van evenredigheid bestaat tussen de aangewende middelen en het beoogde doel.³

4.2. De afdeling Wetgeving merkte eerder in advies 70.460/1 van 13 december 2021 op:

“De subsidies in het ontworpen besluit worden verleend aan organisatoren die geen openbaar bestuur zijn. Ondervraagd naar een verantwoording voor de beperking van het toepassingsgebied van de betrokken subsidieregelingen in het licht van het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel, verstrekte de gemachtigde de volgende toelichting:

‘Er wordt nog gewerkt aan een ontwerp besluit van de Vlaamse regering waarbij ook uitvoering wordt gegeven aan de VIA 6 maatregelen inzake koopkracht voor de organisatoren van de publieke sector. Aangezien de berekeningen voor de publieke sector nog niet konden worden gefinaliseerd met de sector, hebben we de aanpassingen van het vermelde subsidiebesluit van 17 03 2017 eerst voor de private sector ingediend, waarna de aanpassingen voor de publieke sector in een volgende aanpassing van hetzelfde besluit zullen volgen.’

Gelet op dit voornemen, dient er over gewaakt te worden dat de aanpassingen wat betreft organisatoren uit de publieke sector eveneens in regelgeving worden omgezet, met gelijkaardige inwerkingtreding.”⁴

Het voorliggende ontwerp van besluit verleent subsidies aan organisatoren van buitenschoolse opvang die een openbaar bestuur zijn, waarbij evenwel in een latere inwerkingtreding wordt voorzien dan wat geldt in voormelde subsidieregeling voor organisatoren die geen openbaar bestuur zijn.

³ Vaste rechtspraak van het Grondwettelijk Hof. Zie bv.: GwH 17 juli 2014, nr. 107/2014, B.12; GwH 25 september 2014, nr. 141/2014, B.4.1; GwH 30 april 2015, nr. 50/2015, B.16; GwH 18 juni 2015, nr. 91/2015, B.5.1; GwH 16 juli 2015, nr. 104/2015, B.6; GwH 16 juni 2016, nr. 94/2016, B.3; GwH 18 mei 2017, nr. 60/2017, B.11; GwH 15 juni 2017, nr. 79/2017, B.3.1; GwH 19 juli 2017, nr. 99/2017, B.11; GwH 28 september 2017, nr. 104/2017, B.8.

⁴ Adv.RvS 70.460/1 van 13 december 2021, opm. 4.

Ondervraagd over deze verschillende inwerkingtreding, antwoordde de gemachtigde:

“Het inwerking treden van de verschillende subsidiecomponenten is gebaseerd op de vragen van de sociale partners en de verdeling van de subsidies die via het VIA 6 akkoord werden ter beschikking gesteld ter investering in de sector. De data houden met andere woorden rekening met de beschikbare budgetten.”

De adviesaanvrager zal er in het licht van het grondwettelijk gewaarborgde gelijkheidsbeginsel moeten over waken dat voor beide categorieën van organisatoren van buitenschoolse opvang in een gelijkaardige inwerkingtreding van de betrokken subsidies wordt voorzien, dan wel dat dergelijk verschil in behandeling op het vlak van de inwerkingtreding kan worden verantwoord in het licht van het grondwettelijke beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie.

4.3. Gevraagd naar de reden waarom publieke initiatieven voor gezinsopvang niet in het ontwerp werden opgenomen, terwijl voor het realiseren van de koopkrachtmaatregelen in de gezinsopvang wel al een besluit werd aangenomen voor private initiatieven,⁵ verklaarde de gemachtigde:

“Dit is een keuze gemaakt door de publieke sociale partners. We willen erop wijzen dat voor de onthaalouders *sui generis* (...) er wel ook werd beslist tot een verhoging van de onkostenvergoeding (...).”

Het besluit waarnaar wordt verwezen is het besluit van de Vlaamse Regering van 3 september 2021 ‘tot wijziging van het Subsidiebesluit van 22 november 2013, wat betreft de realisatie van het groeipad voor groepsopvang en de verhoging van de kostenvergoeding voor kinderbegeleider gezinsopvang ter uitvoering van het zesde Vlaams Intersectoraal akkoord van 30 maart 2021 voor de social/non-profitsectoren voor de periode 2021-2025’.

Dit besluit voorziet weliswaar in een verhoging van de kostenvergoeding voor kinderbegeleiders van gezinsopvang, zowel voor de publieke als de private sector, doch biedt als dusdanig geen verantwoording voor voormeld verschil in behandeling, dat best nader wordt verantwoord.

4.4. De in het ontwerp van besluit geregelde subsidies voor koopkrachtondersteuning gelden voor organisatoren groepsopvang en buitenschoolse opvang voor zover zij een openbaar bestuur zijn. De vraag rijst waarom andere opvanginitiatieven van buitenschoolse opvangactiviteiten zoals organisatoren van een buitenschoolse opvang die een subsidie voor een project FCUD krijgen en organisatoren met een subsidie voor flexibele opvangpool niet in het ontwerp zijn opgenomen.⁶

⁵ Zie het in voetnoot 2 aangehaalde besluit van de Vlaamse Regering.

⁶ Dit terwijl zij wel werden opgenomen in de artikelen 6 en 9 van het in voetnoot 2 aangehaalde besluit van de Vlaamse Regering.

Hierover ondervraagd, antwoordde de gemachtigde:

“De publieke sociale partners bepalen de manier waarop de subsidies verdeeld worden. Hier is de keuze gevallen om de budgetten te verdelen op basis van erkende plaatsen en plaatsen attest van toezicht. Dus niet op basis van een combinatie van plaatsen en voltijds equivalenten, zoals wel gebeurde bij de private organisatoren.

Omdat de meeste FCUD vte's verbonden zijn aan een IBO werking is deze verdeling op basis van plaatsen te motiveren.”

Gevraagd om toe te lichten waarom aldus voor een andere benadering werd gekozen voor publieke initiatieven ten opzichte van private organisatoren, antwoordde de gemachtigde bovendien:

“De concrete toepassing wordt door de partners zelf voorgesteld en uitgewerkt. De enige motivatie die hierbij vermoedelijk speelde is dat bij lokale besturen het personeel uniformere weddes heeft en dus minder op basis van een bepaald statuut worden vergoed. Met andere woorden voor een openbaar bestuur speelt dan minder het feit dat een bepaalde vte duurder is dan een [andere] (in vergelijking met private partners).”

Voor een IBO-werking (i.e. een initiatief buitenschoolse opvang) is voorzien in een subsidie voor koopkrachtondersteuning. Indien de FCUD vte's inderdaad hoofdzakelijk verbonden zijn aan een IBO-werking, kan met deze verantwoording worden ingestemd.

ARTIKELSGEWIJZE OPMERKINGEN

Aanhef

5. De aanhef dient in overeenstemming te worden gebracht met hetgeen hiervoor werd opgemerkt bij de rechtsgrond. Hiertoe dient in de rubriek “Rechtsgronden” in de aanhef van het ontwerpbesluit bijkomend te worden verwezen naar artikel 5, § 1, eerste lid, 2°, van het decreet van 30 april 2004.

Artikel 1

6. In artikel 1 moet worden gespecificeerd dat artikel 9/1 wordt ingevoegd in afdeling 1 van hoofdstuk 2 van het besluit van de Vlaamse Regering van 17 maart 2017.

Artikel 3

7. In het ontworpen artikel 32/2 van het besluit van de Vlaamse Regering van 17 maart 2017 wordt verwezen naar een organisator met een attest van toezicht voor

groepsopvang als vermeld in artikel 3 van het Kwaliteitsbesluit Buitenschoolse Opvang van 16 mei 2014.⁷

Dit besluit werd echter met ingang van 1 januari 2022 opgeheven door artikel 34 van het besluit van de Vlaamse Regering van 16 oktober 2020 ‘tot toekenning van een kwaliteitslabel aan organisatoren van kleuteropvang’. In dit besluit is sprake van een kwaliteitslabel, zodat de ontworpen regeling in deze zin dient te worden aangepast.⁸

Volgens artikel 7 van het ontwerp heeft artikel 4 ervan echter uitwerking met ingang van 31 december 2021. Om die reden kan de verwijzing naar een organisator met een attest van toezicht voor groepsopvang als vermeld in artikel 3 van het Kwaliteitsbesluit Buitenschoolse Opvang van 16 mei 2014 niet louter worden vervangen door een verwijzing naar voormelde nieuwe regeling, doch dient een verwijzing naar deze laatste regeling te worden toegevoegd in de ontworpen bepaling.

Artikel 7

8. De artikelen 1 en 3 hebben uitwerking met ingang van 1 juli 2021. Artikel 4 heeft uitwerking op 31 december 2021 en de artikelen 2, 5 en 6 op 1 januari 2022.

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.

Bij de inwerkingtreding met terugwerkende kracht, verstrekke de gemachtigde de volgende toelichting:

“Er is een verschillende datum van inwerkingtreding voorzien om de verhoging in verschillende fases te realiseren:

- 1 juli 2021:
 - de koopkrachtondersteuning van 384,04 euro voor organisatoren groepsopvang (art. 1);
 - de koopkrachtondersteuning voor organisatoren groepsopvang met attest van toezicht, met een subsidie IBO, een organisator in een afzonderlijke binnenruimte en met een subsidie voor lokale diensten ten bedrage van 168,77 euro (art. 3);

⁷ Besluit van de Vlaamse Regering van 16 mei 2014 ‘houdende de voorwaarden voor erkenning en attest van toezicht en het kwaliteitsbeleid voor buitenschoolse gezinsopvang en groepsopvang’.

⁸ Artikel 35 van het besluit van de Vlaamse Regering van 16 oktober 2020 voorziet in een overgangsregeling op grond waarvan de organisator met een attest van toezicht, met uitzondering van de organisator die alleen een attest van toezicht voor vakantieopvang heeft, van rechtswege een kwaliteitslabel krijgt.

- 1/1/2022:
 - de koopkrachtondersteuning van 558,35 euro voor organisatoren groepsopvang (art. 2);
 - Artikel 8 van het Overgangsbesluit subsidies buitenschoolse opvang van 24 09 2021 wordt aangepast vanaf 1 januari zodat de verhoogde subsidie kan opgenomen worden in de transitiesubsidie attest van toezicht vanaf 1 januari 2022 (artikel 5);
 - Artikel 12 van het Overgangsbesluit subsidies buitenschoolse opvang van 24 09 2021 wordt aangepast vanaf 1 januari zodat de verhoogde subsidie kan opgenomen worden in de transitiesubsidie erkend vanaf 1 januari 2022 (artikel 6) ;
- 31/12/2021:
 - de koopkrachtondersteuning voor organisatoren groepsopvang met attest van toezicht, met een subsidie IBO, een organisator in een afzonderlijke binnenruimte en met een subsidie voor lokale diensten ten bedrage van 262,10 euro (art. 4);

Deze bepaling treedt in werking op 31/12/2021 zodat de subsidie ook kan mee opgenomen worden in de transitiesubsidies voor de sector buitenschoolse opvang.”

De retroactieve uitwerking van het ontworpen besluit kan toelaatbaar worden geacht aangezien het telkens gaat om een verhoging van de subsidiebedragen (artikelen 1, 2, 3 en 4), dan wel de inpassing van deze subsidie in de transitiesubsidie (artikelen 5 en 6) en de ontworpen regeling aldus voordelen toekent aan de betrokkenen.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Greet VERBERCKMOES

Marnix VAN DAMME