RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 72.411/1
van 23 november 2022

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot wijziging van diverse besluiten wat betreft de uitvoering van het zesde Vlaams Intersectoraal Akkoord van 30 maart 2021 voor de social/non-profitsectoren voor de periode 2021-2025 voor de organisatoren kinderopvang en buitenschoolse opvang’

#LW-CDLWODDBG-HCEBBVT#

Op 25 oktober 2022 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 besluit van de Vlaamse Regering ‘tot wijziging van diverse besluiten wat betreft de uitvoering van het zesde Vlaams Intersectoraal Akkoord van 30 maart 2021 voor de social/non-profitsectoren voor de periode 2021-2025 voor de organisatoren kinderopvang en buitenschoolse opvang’.

Het ontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 17 november 2022. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Chantal BAMPS 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 23 november 2022.

*

‡LW-CDLWODDBG-HCEBBVT‡

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 ertoe om diverse besluiten met betrekking tot kinderopvang en buitenschoolse opvang te wijzigen in het kader van de uitvoering van het zesde Vlaamse Intersectoraal Akkoord van 30 maart 2021 voor de social/non-profitsectoren voor de periode 2021-2025 voor de organisatoren kinderopvang en buitenschoolse opvang. Hiertoe worden volgende besluiten gewijzigd: 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’ (artikelen 1 tot 5 van het ontwerp), het besluit van de Vlaamse Regering van 23 februari 2018 ‘houdende toekenning van een subsidie aan het ondersteuningsnetwerk kinderopvang’ (artikel 6), het besluit van de Vlaamse Regering van 22 februari 2019 ‘houdende de toekenning van een subsidie aan pools gezinsopvang’ (artikel 7), het besluit van 22 februari 2019 ‘houdende de toekenning van een subsidie voor een vernieuwend project werknemersstatuut van de kinderbegeleider gezinsopvang’ (artikel 8) en, tot slot, het besluit van 14 oktober 2022 ‘tot toekenning van een subsidie voor het jaar 2022 in het kader van het zesde Vlaams Intersectoraal Akkoord van 30 maart 2021 voor de social/non-profitsectoren voor de periode 2021-2025 aan GSD-V voor de realisatie van de kwaliteitsondersteuning op de werkvloer van de organistoren kinderopvang en kleuteropvang die een openbaar bestuur zijn’ (artikel 9). De wijzigingen hebben hoofdzakelijk betrekking op de subsidiëring van de organisatoren van kinderopvang en buitenschoolse opvang.

Het te nemen besluit treedt in werking op de tiende dag die volgt op de bekendmaking ervan in het *Belgisch Staatsblad*, met uitzondering van artikel 1 dat in werking treedt op 1 januari 2023 en de artikelen 2, 3, 5 en 9, die uitwerking hebben met ingang van 1 januari 2022 (artikel 10).

3.1. Luidens de rubriek “Rechtsgronden” in de aanhef van het ontwerp wordt rechtsgrond gezocht in artikel 5, § 1, eerste lid, 1°, a), en 2°, artikel 5, § 2, 2°, artikel 8, § 2, en artikel 12 van het decreet van 30 april 2004 ‘tot oprichting van het intern verzelfstandigd agentschap met rechtspersoonlijkheid Opgroeien regie’, in artikel 10, 3°, en artikel 12, § 1, tweede lid, van het decreet van 20 april 2012 ‘houdende de organisatie van kinderopvang van baby's en peuters’, evenals in artikel 17, vijfde lid, van het decreet van 3 mei 2019 ‘houdende de organisatie van buitenschoolse opvang en de afstemming tussen buitenschoolse activiteiten’.

Hiermee kan worden ingestemd, onder voorbehoud van wat volgt.

‡LW-CDLWODDBG-HCEBBVT‡

3.2. Wat de artikelen 6 en 7 van het ontwerp betreft, dient in herinnering te worden gebracht hetgeen eerder door de Raad van State, afdeling Wetgeving, over de rechtsgrond werd opgemerkt in het advies 70.910/1 van 23 februari 2022:[1]

> "Voor het invoeren van de nieuwe subsidievorm in het besluit van de Vlaamse Regering van 23 februari 2018 (hoofdstuk 2) en in het besluit van de Vlaamse Regering van 22 februari 2019 (hoofdstuk 3) wordt rechtsgrond gezocht in artikel 12 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, 2°, a), van dat decreet. Artikel 12 van het decreet van 30 april 2004 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.'
>
> Hoewel kan worden aangenomen dat de ontworpen regeling rechtsgrond vindt in een ruim gelezen artikel 12 van het decreet van 30 april 2004, blijft niettemin de vaststelling dat het duidelijker en ook meer coherent zou zijn indien voor het ontwerp een uitdrukkelijke rechtsgrond zou worden tot stand gebracht in het decreet van 20 april 2012. Het ontwerp voorziet immers in ondersteuning van organisatoren die vergund zijn op grond van het laatstgenoemde decreet en voor daarin geregelde initiatieven van kinderopvang.[2]"

3.3. Artikel 8 van het ontwerp past het aantal voltijdsequivalente kinderbegeleiders in de private sector, waarvoor het agentschap in 2021 een oproep bekend maakt voor de toekenning van bijkomende subsidies in het kader van het vernieuwende project, aan van 244 naar 247,5.

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.

3.4. Artikel 9 van het ontwerp wijzigt het totaalbedrag van de subsidie die wordt toegekend aan de Gemeenschappelijke Sociale Dienst Lokale Besturen in Vlaanderen vzw (GSD-V vzw) in artikel 1 van het besluit van 14 oktober 2022 'tot toekenning van een subsidie voor het jaar 2022 in het kader van het zesde Vlaams Intersectoraal Akkoord van 30 maart 2021 voor de

---

[1] Adv.RvS 70.910/1 van 23 februari 2022 over een ontwerp dat heeft geleid tot het besluit van de Vlaamse Regering van 11 maart 2022 '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, het besluit van de Vlaamse Regering van 23 februari 2018 houdende toekenning van een subsidie aan het ondersteuningsnetwerk kinderopvang en het besluit van de Vlaamse Regering van 22 februari 2019 houdende de toekenning van een subsidie aan pools gezinsopvang, wat betreft de realisatie van de kwaliteitsondersteuning 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' (opmerking 3.2).

[2] *Voetnoot 1 van het aangehaalde advies:* Zie ook adv.RvS 62.776/1 van 9 februari 2018 over een ontwerp dat geleid heeft tot het besluit van de Vlaamse Regering van 23 februari 2018 'houdende toekenning van een subsidie aan het ondersteuningsnetwerk kinderopvang'; 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 toekenning van een subsidie aan pools gezinsopvang'.

‡LW-CDLWODDBG-HCEBBVT‡

social/non-profitsectoren voor de periode 2021-2025 aan GSD-V voor de realisatie van de kwaliteitsondersteuning op de werkvloer van de organistoren kinderopvang en kleuteropvang die een openbaar bestuur zijn'.

In de mate dat hiervoor rechtsgrond wordt gezocht in artikel 10, 3°, van het decreet van 20 april 2012, dat bepaalt dat de organisator met een 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 subsidie, valt op te merken dat de rechtsgrond in beide gevallen impliceert dat het Opgroeien regie 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 9 van het ontwerp, dat voorziet in de uitbetaling van de subsidie aan de GSD-V strookt dan ook niet met voormelde rechtsgrondvereisten.

In de mate dat het enkel een regeling betreft met betrekking tot het begrotingsjaar 2022 kan voor deze bepaling rechtsgrond worden gevonden in de algemene uitvoeringsbevoegdheid waarover de regering beschikt op grond van artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 'tot hervorming der instellingen', gelezen in samenhang met artikel 3, derde lid, van de wet van 16 mei 2003 'tot vaststelling van de algemene bepalingen die gelden voor de begrotingen, de controle op de subsidies en voor de boekhouding van de gemeenschappen en de gewesten, alsook voor de organisatie van de controle door het Rekenhof', en artikel 12 van het decreet van 23 december 2021 'houdende de uitgavenbegroting van de Vlaamse Gemeenschap voor het begrotingsjaar 2022'.[3-4]

[3] In artikel 12 van het decreet van 23 december 2021 wordt bepaald dat, binnen de perken van het betrokken begrotingsartikel, subsidies kunnen worden toegekend onder meer voor het Vlaams Intersectoraal Akkoord Social Profit (begrotingsartikel GBO-1GCF2FA-WT). De gemachtigde verklaarde over dit artikel: "Het begrotingsartikel bevat de verwijzing naar de middelen die zijn voorzien in het kader van het VIA besluit. Artikel 9 bevat een wijziging in de subsidies die toegekend worden aan de organisatoren van de publieke sector via de GSD-V."

[4] Er moet evenwel de aandacht op worden gevestigd dat voornoemd artikel 12 van het decreet van 23 december 2021 slechts als grondslag kan gelden voor een regeling met betrekking tot het begrotingsjaar 2022, en niet voor de jaren die erop volgen. Opdat ook voor de toepassing van het subsidiebesluit gedurende de volgende jaren rechtsgrond voorhanden zou zijn, is vereist dat in de algemene uitgavenbegroting voor die jaren een gelijkaardig begrotingsartikel wordt opgenomen. Het verdient bijgevolg de voorkeur dat de rechtsgrond voor een subsidieregeling waarvan de geldingsduur een begrotingsjaar overschrijdt, wordt geboden door een organieke regeling vastgesteld bij een afzonderlijk decreet.

‡LW-CDLWODDBG-HCEBBVT‡

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Aanhef

4. De aanhef dient in overeenstemming te worden gebracht met hetgeen hiervoor werd uiteengezet over de rechtsgrond. Hiertoe dient de rubriek “rechtsgronden” te worden aangevuld met een verwijzing naar artikel 14 van het decreet van 20 april 2012, artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980, artikel 3, derde lid, van de wet van 16 mei 2003 en artikel 12 van het decreet van 23 december 2021.

Artikel 10

5.1. Dit artikel bepaalt onder meer dat de artikelen 2, 3, 5 en 9 uitwerking hebben met ingang van 1 januari 2022.

5.2. 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.

5.3. Gevraagd naar een verantwoording voor het verlenen van terugwerkende kracht aan de artikelen 2, 3, 5 en 9 van het ontwerp, verklaarde de gemachtigde:

> “Deze bepalingen 2, 3 en 5 hebben betrekking op een verhoging van subsidies koopkrachtondersteuning waarvoor budgetten ter beschikking werden gesteld in het kader van het VIA 6 akkoord. Deze budgetten kunnen met terugwerkende kracht nog verhoogd worden door het ter beschikking zijn van een budget dat als correctiebuffer werd gehanteerd, maar op heden kan ingezet worden voor een extra verhoging van de middelen koopkracht voor de private sector. Dit geldt zowel voor de opvang baby’s peuters als voor de organisatoren buitenschoolse opvang die geen openbaar bestuur zijn.
>
> De bepaling 9 heeft betrekking op de aanpassing van het totale bedrag dat in het vermelde subsidiebesluit aan GSD-V wordt ter beschikking gesteld. Het bedrag wordt aangevuld met de bedragen die eveneens moeten toegekend worden aan de organisatoren van de openbare sector met locatie gelegen in Brussels gewest. Dit bijkomende bedrag is 75.639,38 euro. Deze subsidies worden eveneens berekend en uitbetaald voor de periode 2022.
>
> Aangezien de 4 vermelde bepalingen een financieel voordeel opleveren voor de organisatoren is er o.i. geen bezwaar om de bepalingen retroactief te laten in werking treden.”

‡LW-CDLWODDBG-HCEBBVT‡

Wat de artikelen 2, 3, 5 en 9 van het ontwerp betreft, kan de retroactieve uitwerking van het ontworpen besluit bijgevolg toelaatbaar worden geacht aangezien het om een verhoging van de subsidiebedragen gaat en de ontworpen regeling aldus voordelen toekent aan de betrokkenen.

DE GRIFFIER DE VOORZITTER

Greet VERBERCKMOES Marnix VAN DAMME

‡LW-CDLWODDBG-HCEBBVT‡