



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 65.031/3
van 16 januari 2019

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘houdende de vergunning en subsidiëring van een organisatie die een digitaal platform met zorgaanbod voor personen met een handicap ter beschikking stelt en beheert’

Op 18 december 2018 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 ‘houdende de vergunning en subsidiëring van een organisatie die een digitaal platform met zorgaanbod voor personen met een handicap ter beschikking stelt en beheert’.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 8 januari 2019. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Jeroen VAN NIEUWENHOVE en Koen MUYLLE, staatsraden, en Astrid TRUYENS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Brecht STEEN, eerste auditeur-afdelingshoofd.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 16 januari 2019.

*

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 VAN HET ONTWERP

2. Het om advies voorgelegde ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering strekt tot de invoering van een vergunnings- en subsidiëringsregeling op grond waarvan één vereniging zal worden vergund en gesubsidieerd als ‘organisatie platform zorgaanbod’. Deze organisatie heeft tot taak om, in nauw overleg en samenwerking met het Vlaams Agentschap voor Personen met een Handicap (hierna: VAPH), voor personen met een handicap een digitaal platform, ‘digitaal platform zorgaanbod’ genaamd, ter beschikking te stellen en te beheren met een overzicht van het zorgaanbod van aanbieders van zorg en ondersteuning die door het VAPH vergund of erkend zijn, en van aanbieders van zorg en ondersteuning die niet door het VAPH vergund of erkend zijn.

Het ontwerp regelt de vergunningsvoorwaarden op vlak van de organisatie en het doel van de vereniging (artikel 3), de opdrachten en de taken ervan (artikelen 4 en 6), de verhouding met het VAPH (artikel 5), de procedure om de vergunning aan te vragen, te verlenen en te verlengen (artikel 7), alsook het bedrag (artikel 8), de uitbetaling (artikel 9) en de verantwoording (artikel 10) van de jaarlijkse subsidie.

RECHTSGROND

3. Onder voorbehoud van opmerking 4, kan voor het ontwerp rechtsgrond worden gevonden in artikel 8, 9°, van het decreet van 7 mei 2004 ‘tot oprichting van het intern verzelfstandigd agentschap met rechtspersoonlijkheid Vlaams Agentschap voor Personen met een Handicap’ (hierna: VAPH-decreet), dat in het eerste lid van de aanhef wordt aangehaald. Naar luid van deze bepaling kan de Vlaamse Regering “binnen het kader van de aan het agentschap toegewezen middelen en binnen het kader van de taken van het agentschap (...) nadere regels vaststellen betreffende de criteria, de voorwaarden, de gevallen, de bedragen, de organisatie, de erkenningsnormen en de subsidievoorwaarden inzake (...) het vergunnen en subsidiëren van organisaties die optreden als tussenpersoon tussen de aanbieders van ondersteuning of de leverancier en personen met een handicap”.

In het eerste lid van de aanhef wordt eveneens melding gemaakt van artikel 8, 11°, van het VAPH-decreet. Die bepaling kan niet als rechtsgrond worden beschouwd. Geen enkele bepaling van het ontwerp heeft immers betrekking op “het vaststellen van de voorwaarden voor de toegang tot de zorg en ondersteuning zonder toewijzing van het agentschap”, op “het vaststellen van de voorwaarden waaraan de aanbieders van [de] zorg en ondersteuning [zonder toewijzing van het agentschap] moeten voldoen” of op “de subsidiëring van [de] zorg en

ondersteuning [zonder toewijzing door het agentschap]”. Het ontwerp betreft niet de zorg en ondersteuning zelf, maar een platform dat er voor zorgt dat personen met een handicap kennis krijgen van die zorg en ondersteuning.

4. De ontworpen regeling dient zich op het eerste gezicht aan als een regeling waarbij een overheidstaak wordt toevertrouwd aan een private vereniging die daartoe vergund en gesubsidieerd wordt.

4.1. Op voorwaarde dat het niet gaat om essentiële overheidstaken, mag de overheid overheidstaken opdragen aan verenigingen die buiten haar toedoen om, louter op privé-initiatief – bijvoorbeeld overeenkomstig de wet van 27 juni 1921 ‘betreffende de verenigingen zonder winstoogmerk, de stichtingen en de Europese politieke partijen en stichtingen’ – tot stand zijn gekomen of tot stand worden gebracht, en die zij, met het oog op het vervullen van die taken, erkent of vergunt en subsidieert. De overheid is daarbij gerechtigd om de voorwaarden te bepalen waaraan zulke verenigingen moeten voldoen om te kunnen worden erkend of vergund en gesubsidieerd, met het oog op de uitvoering van de hun toevertrouwde taken. Die erkennings- of vergunningsvoorwaarden en subsidiëringsvoorwaarden mogen uitsluitend betrekking hebben op de uitvoering van die taken en op het aanwenden van de subsidies. Ze mogen er niet op neerkomen dat, in strijd met essentiële bepalingen van de wet van 27 juni 1921, regels worden vastgesteld die op ingrijpende wijze het bestaan, de organisatie en de werking van de betrokken verenigingen raken of die op een algemene wijze een administratief toezicht op die verenigingen organiseren dat immers rechtens alleen toelaatbaar is ten aanzien van gedecentraliseerde overheidsdiensten.¹

De sanctie voor het miskennen van die voorwaarden kan er alleen in bestaan dat de erkenning of vergunning wordt ingetrokken, de subsidiëring wordt stopgezet of de subsidies worden teruggevorderd die niet werden aangewend voor het doel waarvoor ze werden verleend.

Wanneer de regeling niet aan de voormelde beginselen zou voldoen, wordt in werkelijkheid een openbare dienst in organieke zin opgericht die, met alle (rechts)gevolgen vandien, beschouwd moet worden als een gedecentraliseerde overheidsdienst met rechtspersoonlijkheid in de zin van artikel 9 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instelling’, die onder de bevoegdheid van de decreetgever valt en waarvoor een legaliteitsbeginsel geldt.²

4.2. Alles wel beschouwd lijkt de ontworpen regeling te beantwoorden aan de zo-even in herinnering gebrachte beginselen van een vergunnings- en een subsidiëringsregeling.

Weliswaar zouden een aantal elementen van de ontworpen regeling kunnen wijzen op de wil van de overheid om in werkelijkheid veeleer een gedecentraliseerde overheidsinstelling op te richten. Met name het gegeven dat in de ontworpen regeling enkel gesproken wordt over

¹ Zie bv. adv.RvS 26.062/8 van 25 maart 1997 over een voorontwerp dat geleid heeft tot het decreet van 15 juli 1997 ‘houdende de Vlaamse Wooncode’, opmerking 2.2.1, *Parl.St.* VI.Parl. 1996-97, nr. 654/1, 147-148.

² In dat geval zouden de samenstelling, de werking en de opdrachten van de organisatie alsook het toezicht erop bij decreet moeten worden geregeld en zou er dus onvoldoende rechtsgrond zijn.

“de” organisatie (artikelen 3 tot 6), waardoor slechts één privaatrechtelijke vereniging voor vergunning (en subsidiëring) in aanmerking komt, is een element dat twijfel doet rijzen over de vraag of de stellers van het ontwerp, onder het mom van de “vergunning” en de subsidiëring, niet in feite beogen een organieke openbare dienst op te richten. Daarnaast wordt de samenstelling van de organen van de vereniging omstandig geregeld en wordt de doelstelling ervan nauwkeurig omschreven. Voorts blijkt dat de organisatie weliswaar het digitaal platform ontwerpt, maar dat het de overheid is, met name het VAPH, die eigenaar is van de broncode van het digitaal platform en die instaat voor de uitwerking en het onderhoud van het digitaal platform.

Maar anderzijds blijkt dat de vereniging niet samengesteld is uit vertegenwoordigers van de overheid en wordt er geen verregaand overheidsstoezicht ingevoerd dat onverenigbaar is met de toepasselijkheid van de wet van 27 juni 1921. Bij de samenstelling van de organen van de vzw zal bovendien toch nog een grote mate van vrijheid bestaan. In het kader van haar opdracht zal de vereniging ook geen bindende beslissingen ten aanzien van derden kunnen nemen.

4.3. Het besluit is derhalve dat voor de ontworpen regeling rechtsgrond kan worden gevonden in artikel 8, 9°, van het VAPH-decreet.

VORMVEREISTEN

5. Uit het vierde lid van de aanhef blijkt dat de stellers van het ontwerp van oordeel zijn dat de ontworpen subsidieregeling als een staatssteunregeling kan worden beschouwd, doch dat zij niet aangemeld hoeft te worden bij de Europese Commissie omdat de subsidieregeling zou voldoen aan de voorwaarden van het besluit van de Europese 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’ (hierna: besluit 2012/21/EU), m.a.w. dat gesubsidieerde dienstverlening kan worden beschouwd als een dienst van algemeen economisch belang.

Het is evenwel niet duidelijk of de ontworpen regeling geacht kan worden van aanmelding te zijn vrijgesteld om reden dat de subsidiëring is te beschouwen als een vergoeding voor het uitvoeren van openbaredienstverplichtingen. Het staat niet vast dat de voorwaarden die daartoe zijn gesteld bij besluit 2012/21/EU, dat zelf een gevolg is van het arrest *Altmark* van het Hof van Justitie,³ volledig zijn vervuld.⁴

³ HvJ 24 juli 2003, C-280/00, *Altmark Trans en Regierungspräsidium Magdeburg*.

⁴ Met name dat de openbaredienstverplichtingen duidelijk zijn afgebakend, dat de parameters op basis waarvan de compensatie wordt berekend vooraf op objectieve en doorzichtige wijze zijn vastgesteld, dat de compensatie niet hoger mag zijn dan nodig is om de kosten van de uitvoering van openbaredienstverplichtingen geheel of gedeeltelijk te dekken, rekening houdend met de opbrengsten alsmede met een redelijke winst uit de uitvoering van die verplichtingen en dat, bij gebrek aan openbare aanbesteding, de noodzakelijke compensatie wordt vastgesteld aan de hand van de kosten die een gemiddelde, goed beheerde onderneming, die zodanig is uitgerust dat zij aan de vereisten

Gelet op wat voorafgaat verdient het aanbeveling het ontwerp alsnog aan te melden bij de Europese Commissie met toepassing van artikel 108, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU), mede gelet op de draconische sanctie die dreigt bij een onterechte niet-aanmelding. Niet-aangemelde staatssteun is immers *per se* onwettig (zelfs indien ze verenigbaar verklaard zou kunnen worden indien ze correct werd aangemeld),⁵ en die onwettigheid moet door elke rechter, desnoods ambtshalve, worden opgeworpen,⁶ zonder dat de begunstigden van de steun zich op gewekt vertrouwen kunnen beroepen om de terugbetaling van de steun (met interest) te verhinderen.⁷ De nationale rechter – in België ook het Grondwettelijk Hof –⁸ is bevoegd om vast te stellen of een maatregel als nieuwe staatssteun moet worden aangemerkt en of, indien dat het geval is, die maatregel bij de Commissie moest worden aangemeld alvorens tot uitvoering te worden gebracht.⁹

De Europese Commissie kan, bijvoorbeeld op grond van een specifieke economische analyse aan de hand van bijkomende informatie die niet in het aan de Raad van State, afdeling Wetgeving, voorgelegde dossier is opgenomen, oordelen dat de betrokken regeling geen staatssteun is, of minstens – wat enkel zij mag beoordelen – dat ze verenigbaar is met de interne markt in het licht van artikel 107, lid 3, van het VWEU. De Commissie dient daartoe echter eerst in de gelegenheid te worden gesteld, wat precies de *ratio legis* is van de aanmeldingsplicht van artikel 108, lid 3, van het VWEU.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 3

6. Luidens artikel 3, eerste lid, 3^o, van het ontwerp is een van de vergunningsvoorwaarden dat de algemene vergadering van de organisatie platform zorgaanbod bestaat uit de “evenredige” vertegenwoordiging van, onder meer, de bijstandsorganisaties, en van de particuliere niet-vergunde initiatieven. Het is niet duidelijk op welke wijze die evenredigheid

van de openbare dienst kan voldoen, zou hebben gemaakt om deze verplichtingen uit te voeren, rekening houdend met de opbrengsten alsmede met een redelijke winst uit de uitoefening van deze verplichtingen..

⁵ 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; HvJ 5 maart 2015, C-667/13, *Estado Português*, punt 59 en 60.

⁶ HvJ 18 juli 2007, C-119/05, *Lucchini*, punt 61; HvJ 26 oktober 2016, C-590/14 P, *Dimosia Epicheirisi Ilektrismou AE*;

⁷ HvJ 20 maart 1997, C-24/95, *Alcan*; HvJ 29 april 2004, C-278/00, *Helleense Republiek*, punt 108. Zie ook: N. DE VOS, “De rol van het Europese en het Belgische vertrouwensbeginsel bij de terugvordering van Europese subsidies en staatssteun”, *RW* 2012-13, p. 130-131, nrs. 26 en 30; K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *European Union Law*, Sweet & Maxwell, 2011, p. 377, nr. 11-026.

⁸ GwH 7 november 2013, nr. 145/2013, B.2.2; GwH 17 juli 2014, nr. 106/2014, B.27.2; GwH 17 september 2015, nr. 114/2015, B.30.2.

⁹ GwH 6 april 2011, nr. 50/2011, B.12.3.1 tot B.12.3.4; GwH 17 juli 2014, nr. 106/2014, B.27.2; GwH 5 februari 2015, nr. 15/2015, B.6.3 – B.6.4; GwH 17 september 2015, nr. 114/2015, B.30.2.

zal worden bepaald, temeer daar er op het eerste gezicht geen organisatie van particuliere niet-vergunde initiatieven bestaat.

7. Het is onduidelijk wat in artikel 3, tweede lid, 3°, van het ontwerp wordt bedoeld met “de algemeen aanvaarde maatschappelijke waarden en rechten”, in het bijzonder die welke vervat zijn in de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens. Die Universele Verklaring is op 10 december 1948 aangenomen door de Verenigde Naties, maar ze is uit zichzelf niet juridisch bindend. Indien de stellers welbepaalde van die “waarden en rechten” bindend willen maken, kunnen die beter worden verduidelijkt. Indien de stellers enkel beogen de toepasselijkheid en in voorkomend geval de derdenwerking van reeds bestaande en bindende grondrechten te bevestigen, kan deze bepaling beter worden weggelaten.

Artikel 5

8. Deze bepaling betreft de taken van het VAPH in het kader van het digitaal platform. De verplichtingen van de organisatie platform zorgaanbod zijn opgenomen in artikel 6.¹⁰

Het derde lid van artikel 5 heeft evenwel betrekking op een verplichting van zowel het VAPH als de organisatie platform zorgaanbod, nl. het sluiten van een samenwerkingsovereenkomst, zodat het aanbeveling verdient om de inhoud van dit lid om te werken tot een apart artikel, in te voegen na artikel 6 van het ontwerp.

Artikel 6

9. Gelet op artikel 1, 3°, van het ontwerp schrijve men in de verschillende leden van artikel 6 telkens “organisatie platform zorgaanbod” in plaats van “organisatie digitaal platform”.

Eenzelfde opmerking geldt voor artikel 5, derde lid, en artikel 8, § 2, tweede lid, 2° en 3°, van het ontwerp.

Artikel 8

10.1. In artikel 8, § 2, eerste lid, van het ontwerp wordt bepaald dat de minister bevoegd voor de bijstand aan personen elk jaar het jaarlijkse subsidiebedrag – volgens artikel 8, § 1, tweede lid, bedraagt het in principe 100.000 euro – “kan (...) herzien naar aanleiding van begrotingsmaatregelen in het kader van het algemeen begrotingsbeleid”. Bovendien, zo blijkt uit het tweede lid van dezelfde paragraaf, “kan” die minister het bedrag ook herzien in een aantal andere gevallen, namelijk indien 1) het digitaal platform zorgaanbod niet voldoet aan de gestelde voorwaarden, 2) de organisatie digitaal platform de afspraken opgenomen in de

¹⁰ De verplichtingen inzake het “ontwerp”-platform zijn opgenomen in artikel 4 van het ontwerp.

samenwerkingsovereenkomst niet nakomt en 3) de organisatie digitaal platform de in artikel 6 vermelde opdrachten niet correct uitvoert.

10.2. Deze delegatie is problematisch om meerdere redenen.

10.2.1. Een delegatie aan een minister kan enkel betrekking hebben op bijkomstige of detailmatige aangelegenheden, terwijl de minister hier teveel beleidsruimte krijgt. De delegatie kan enkel worden aanvaard indien ze voldoende wordt ingeperkt, zodat de minister in een bepaalde hypothese verplicht wordt het bedrag in een bepaalde zin aan te passen.

10.2.2. Bovendien spoort de ontworpen bepaling niet met 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’, die regels bepaalt die op grond van artikel 50, § 2, derde lid, van de bijzondere wet van 16 januari 1989 ‘betreffende de financiering van de Gemeenschappen en de Gewesten’ inzake de controle met betrekking tot het verlenen en het gebruik van subsidies gelden voor de gemeenschappen en de gewesten. Uit artikel 13 van de wet van 16 mei 2003 volgt dat tot onmiddellijke terugbetaling van de subsidie is gehouden de begunstigde 1) die de voorwaarden niet naleeft waaronder de subsidie werd verleend, 2) die de subsidie niet aanwendt voor de doeleinden waarvoor zij werd verleend of 3) die de controle ter plaatse verhindert. Ook moet de begunstigde de aanwending van de ontvangen subsidiebedragen verantwoorden, bij gebreke waarvan hij is gehouden tot terugbetaling ten belope van het deel dat niet werd verantwoord. In zoverre in de ontworpen bepaling slechts wordt voorzien in terugvordering in een beperkter aantal gevallen en het slechts gaat om een mogelijkheid, en niet om een verplichting tot terugvordering, is ze minder streng dan artikel 13 van de wet van 16 mei 2003.

Artikel 11

11. Vermits de procedure voor het vergunnen en subsidiëren van een vereniging nog dient te worden doorlopen, leent de betrokken aangelegenheid zich niet tot terugwerkende kracht. Artikel 11 van het ontwerp zal moeten worden aangepast.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Astrid TRUYENS

Jo BAERT