



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 66.182/3
van 19 juni 2019

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘betreffende de programmatie, de erkenningsvoorwaarden en de subsidieregeling voor woonzorgvoorzieningen en verenigingen voor mantelzorgers en gebruikers’

Op 13 mei 2019 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Welzijn, Volksgezondheid en Gezin verzocht binnen een termijn van dertig dagen, verlengd tot 19 juni 2019, een advies te verstrekken over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘betreffende de programmatie, de erkenningsvoorwaarden en de subsidieregeling voor woonzorgvoorzieningen en verenigingen voor mantelzorgers en gebruikers’.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 11 juni 2019. De kamer was samengesteld uit Jeroen VAN NIEUWENHOVE, staatsraad, voorzitter, Peter SOURBRON en Koen MUYLLE, staatsraden, en Annemie GOOSSENS, griffier.

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

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 19 juni 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.

Gelet op de omvang van het ontwerp en de korte termijn die hem is toegemeten voor het onderzoek ervan, heeft de afdeling Wetgeving zich bovendien noodgedwongen moeten beperken tot een summier onderzoek van het ontwerp, zelfs met betrekking tot de in artikel 84, § 3, eerste lid, van die wetten opgesomde punten.

Voor zover in het ontwerp bepalingen worden hernomen die momenteel voorkomen in het besluit van de Vlaamse Regering van 24 juli 2009 ‘betreffende de programmatie, de erkenningsvoorwaarden en de subsidieregeling voor woonzorgvoorzieningen en verenigingen van gebruikers en mantelzorgers’, moet in eerste instantie worden verwezen naar de opmerkingen die de Raad van State heeft geformuleerd over de ontwerpen die tot die bepalingen hebben geleid. Die opmerkingen worden, in zoverre ze toentertijd niet werden gevolgd en nog steeds relevant zijn, hier in beginsel niet hernomen. Het thans voorliggende advies is vooral toegespitst op de bepalingen die in vergelijking met het besluit van de Vlaamse Regering van 24 juli 2009 nieuw of inhoudelijk gewijzigd zijn en op de coherentie en de samenhang tussen de verschillende bepalingen van het ontwerp.

Uit de vaststelling dat over een bepaling in dit advies niets wordt gezegd, mag bijgevolg niet zonder meer worden afgeleid dat er niets over gezegd kan worden en indien er wel iets over wordt gezegd, dat er niets meer over te zeggen valt.

*

VOORAFGAANDE OPMERKING

2. Rekening houdend met het ogenblik waarop dit advies gegeven wordt, vestigt de Raad van State de aandacht van de regering op het feit dat de verkiezingen van 26 mei 2019 tot gevolg hebben dat de regering sedert die datum en totdat een nieuwe regering is verkozen, niet over de volheid van haar bevoegdheid beschikt. Dit advies wordt evenwel gegeven zonder dat wordt nagegaan of dit ontwerp in die beperkte bevoegdheid kan worden ingepast, aangezien de afdeling Wetgeving geen kennis heeft van het geheel van de feitelijke gegevens die de regering in aanmerking kan nemen als ze te oordelen heeft of het vaststellen of het wijzigen van verordeningen noodzakelijk is.

*

STREKKING VAN HET ONTWERP

3. Het voor advies voorgelegde ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering strekt ertoe ter uitvoering van het Woonzorgdecreet van 15 februari 2019 (hierna: Woonzorgdecreet 2019) de regels te bepalen inzake de programmatie, de aanvullende erkenningsvoorwaarden en de subsidieregeling voor woonzorgvoorzieningen en verenigingen voor mantelzorgers en gebruikers (hierna ook: verenigingen).

3.1. Hoofdstuk 1 van het ontwerp bevat definities en bepaalt in welke gevallen onweerlegbaar wordt vermoed dat een rechtspersoon onder centrale leiding staat, alsook in welke gevallen een controlebevoegdheid in rechte of in feite al dan niet onweerlegbaar wordt vermoed.

Hoofdstuk 2 betreft de programmatie van de woonzorgvoorzieningen en de verenigingen en verwijst daarvoor naargelang de betrokken woonzorgvoorziening naar de bijlagen 1 tot 3, 5 tot 9 en 11 (lees: 3 tot 11) en voor de verenigingen naar bijlage 12.

Hoofdstuk 3 heeft betrekking op de erkenningsvoorwaarden. Afdeling 1 bepaalt aan welke voorwaarden, waaronder de specifieke erkenningsvoorwaarden bepaald in de bijlagen, op welk moment voldaan moet zijn om erkend te worden als woonzorgvoorziening of als vereniging, en om bijkomende¹ of bijzondere² erkenningen te krijgen. Afdeling 2 bepaalt welke voorwaarden gelden voor een voorlopige erkenning van bepaalde woonzorgvoorzieningen. Afdeling 3 bepaalt aanvullende erkenningsvoorwaarden die gelden voor alle woonzorgvoorzieningen en de verenigingen en die verband houden met het kwaliteitsbeleid en de rapportering daarover, de procedure die gevolgd moet worden bij grensoverschrijdend gedrag, de vereisten waaraan personeelsleden en bestuurders moeten voldoen en de verwerking van persoonsgegevens³. Afdeling 4 bepaalt aanvullende erkenningsvoorwaarden voor alle woonzorgvoorzieningen en de verenigingen die verband houden met de financiële en bestuurlijke weerbaarheid en transparantie. Afdeling 5 bepaalt de procedure voor het verlenen van individuele afwijkingen van sommige algemene erkenningsvoorwaarden en de specifieke erkenningsvoorwaarden.

Hoofdstuk 4 betreft de subsidiëring. Afdeling 1 bevat algemene bepalingen. Er wordt verwezen naar de specifieke subsidievoorwaarden, bepaald in de bijlagen 1 tot 3, 5 tot 8 en 12, en naar de voorwaarden voor de subsidies voor de terbeschikkingstelling en het gebruik van infrastructuur aan erkende woonzorgcentra en centra voor kortverblijf type 1, bepaald in bijlage 14. De wijze waarop de subsidie-enveloppe wordt toegekend en vereffend en eventueel het bepalen dat het betalen van de subsidie bij wijze van voorschot gebeurt, wordt gedelegeerd aan de Vlaamse

¹ De bijkomende erkenning voor een dienst voor gezinszorg als centrum voor dagopvang, de bijkomende erkenning voor een centrum voor dagverzorging voor het aanbieden van een verzorgingsstructuur die zwaar afhankelijke zorgbehoevende personen overdag opvangt, de bijkomende erkenning voor een centrum type 1 voor het aanbieden van oriënterend kortverblijf en de bijkomende erkenning voor een woonzorgcentrum voor het aanbieden van een verzorgingsstructuur die zwaar afhankelijke zorgbehoevende personen opneemt

² De bijzondere erkenning voor een woonzorgcentrum voor het aanbieden van gespecialiseerde zorg aan specifieke doelgroepen

³ Met inbegrip van de verwerking van persoonsgegevens van de personeelsleden en bestuurders door het agentschap Zorg en Gezondheid (een intern verzelfstandigd agentschap zonder rechtspersoonlijkheid, opgericht bij het besluit van de Vlaamse Regering van 7 mei 2004 'tot oprichting van het intern verzelfstandigd agentschap 'Zorg en Gezondheid'')

minister bevoegd voor de bijstand aan personen of de Vlaamse minister bevoegd voor het gezondheidsbeleid (hierna: de minister). Ook de indexering van de subsidies wordt geregeld. Afdeling 2 bevat specifieke bepalingen voor de lokale dienstencentra, bepaalde thuiszorgvoorzieningen en de verenigingen. Die bepalingen hebben betrekking op het prioriteitschema voor de toekenning van subsidies, de aanvraag en de vaststelling van de subsidies, alsook op het financiële verslag. Afdeling 3 bevat een artikel dat de minister machtigt om een tijdelijke subsidie te verlenen voor projecten en daar nadere regels over te bepalen.

Hoofdstuk “4” (lees: 5) regelt de samenstelling en de werkwijze van het permanent overlegorgaan weerbaarheid en transparantie.

3.2. Hoofdstuk “5” (lees: 6) bevat verscheidene wijzigingsbepalingen. In een aantal besluiten van de Vlaamse Regering worden verwijzingen naar het Woonzorgdecreet van 13 maart 2009 en naar het besluit van de Vlaamse Regering van 24 juli 2009 vervangen door verwijzingen naar respectievelijk het Woonzorgdecreet 2019 en het te nemen besluit. Voorts worden naast een aantal terminologische aanpassingen ook een aantal inhoudelijke wijzigingen aangebracht, die in hoofdzaak het volgende omvatten:

- het verduidelijken dat de brandveiligheidsnormen ook betrekking hebben op lokale dienstencentra en de antennes (artikel 36);
- een aanpassing van de inhoud van het attest dat aantoonde dat een gebruiker in aanmerking kan worden genomen voor een zorgbudget voor zwaar zorgbehoevenden in het kader van mantel- en thuiszorg (artikel 47, 1°);
- het aanvullen van de lijst van kwalificaties waarover de personeelsleden voor reactivering ten minste moeten beschikken om aan de financieringsnormen voor de betrokken voorzieningen te voldoen (artikel 51);
- een precisering van de berekening van de coëfficiënt animatiewerking (voortaan: begeleiding wonen en leven) in de basistegemoetkoming voor zorg in woonzorgcentra en eventueel in bijhorende centra voor kortverblijf (artikel 63);
- het invoegen van een reeks bepalingen over de dagprijzen, extra vergoedingen en de wijze waarop deze worden gefactureerd in woonzorgcentra, centra voor kortverblijf of centra voor dagverzorging (artikelen 69, 3°, 70, 72, 74, 3°, 76, 2°, 77, 78 en 80).

3.3. Hoofdstuk “5” (lees: 7) bevat de slotbepalingen, zijnde bepalingen tot opheffing van het besluit van de Vlaamse Regering van 24 juli 2009, het besluit van de Vlaamse Regering van 15 april 2016 ‘houdende de planning van bedden met een bijzondere erkenning als rust- en verzorgingstehuis en van woongelegenheden erkend als woonzorgcentrum met een bijzondere erkenning’ en drie ministeriële besluiten. Er wordt verwezen naar de overgangsbepalingen voor elke soort van woonzorgvoorzieningen en voor de verenigingen, opgenomen in de bijlagen 1 tot 12. De erkenning van gelijkwaardige beroepskwalificaties voor personeelsleden van een woonzorgvoorziening of vereniging wordt geregeld. Het Woonzorgdecreet 2019 wordt in werking gesteld op 1 januari 2020. Dat laatste geldt ook voor het te nemen besluit, met uitzondering van een aantal bepalingen die in werking treden op een datum vast te stellen door de minister en uiterlijk op 31 december 2025.

3.4. De bijlagen 1 tot 12 hebben betrekking op de programmatie, de specifieke erkenningsvoorwaarden, de subsidiëring en de overgangsbepalingen voor respectievelijk de lokale dienstencentra, de diensten voor gezinszorg, de diensten voor oppashulp, de diensten voor thuisverpleging (enkel specifieke erkenningsvoorwaarden en overgangsbepalingen), de diensten maatschappelijk werk van het ziekenfonds, de diensten voor gastopvang, de centra voor dagverzorging en de centra voor dagopvang (met inbegrip van voorwaarden voor bijkomende erkenningen), de centra voor kortverblijf type 1, 2 en 3 (met inbegrip van voorwaarden voor bijkomende erkenningen), de centra voor herstelverblijf (enkel programmatie, specifieke erkenningsvoorwaarden en overgangsbepalingen), de groepen van assistentiewoningen (enkel programmatie, specifieke erkenningsvoorwaarden en overgangsbepalingen), de woonzorgcentra (met inbegrip van voorwaarden voor bijkomende en bijzondere erkenningen) en de verenigingen.

Bijlage 13 betreft de subsidiëring van personeelsleden met een ex-DAC en ex-gescostatuut in woonzorgcentra.

Bijlage 14 heeft betrekking op de subsidiëring van de infrastructuur van de woonzorgcentra en de centra voor kortverblijf type 1.

BEVOEGDHEID

4. Artikel 21, eerste lid, tweede zin, van bijlage 4 bij het ontwerp schrijft voor dat de verpleegkundigen die aan de diensten voor thuisverpleging zijn verbonden, in het bezit moeten zijn van een diploma, getuigschrift of brevet dat hen toelaat de verpleegkunde in België uit te oefenen. Het bepalen van de (opleidings)vereisten om een gezondheidszorgberoep te kunnen uitoefenen, behoort tot de residuaire bevoegdheid van de federale overheid inzake de uitoefening van de geneeskunde. Het staat dan ook niet aan de Vlaamse Gemeenschap om deze vereiste, vervat in artikel 45 van de gecoördineerde wet van 10 mei 2015 ‘betreffende de uitoefening van de gezondheidsberoepen’, te hernemen, ook niet gedeeltelijk. De gemachtigde beaamde dat de ontworpen bepaling moet worden weggelaten.

RECHTSGROND

5. De artikelen 1 tot 26 van het ontworpen besluit vinden rechtsgrond in de artikelen 6, § 1, tweede lid, 1°, b), en 3°, 7, § 1, eerste lid, 3° en 4°, en § 3, 38, tweede, derde en vijfde lid, 43, 44, § 1, eerste lid, en § 2, 45, 46, eerste lid, 50, eerste lid, 51, 55, § 1, 56, 57, eerste en tweede lid, 59, § 3, tweede lid, § 4, tweede en derde lid, § 5, tweede lid, en § 6, tweede lid, en 61, eerste lid, van het Woonzorgdecreet 2019 en (aanvullend) in artikel 5 van het decreet van 17 oktober 2003 ‘betreffende de kwaliteit van de gezondheids- en welzijnsvoorzieningen’. In het laatstgenoemde geval moet daarbij ook worden gesteund op de algemene uitvoeringsbevoegdheid van de Vlaamse Regering (artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’).

De rechtsgrond voor enkele van deze ontworpen bepalingen wordt nader toegelicht in wat volgt.

5.1. Voor de artikelen 8 en 9 van het ontworpen besluit kan de rechtsgrond in beginsel worden gevonden in artikel 38, tweede lid, van het Woonzorgdecreet 2019. Aanvullend kan, specifiek voor artikel 9, worden gesteund op de algemene uitvoeringsbevoegdheid, gelezen in samenhang met artikel 5 van het decreet van 17 oktober 2003.

5.2. Artikel 13, vierde lid, van het ontworpen besluit bepaalt dat het aangestelde personeel van het agentschap⁴ of de zorginspectie⁵ gemachtigd is om kennis te nemen van de boekhouding en van de individuele facturen. De rechtsgrond voor een dergelijke bepaling in het Woonzorgdecreet 2019 is problematisch in zoverre dat inzagerecht verder reikt dan de persoonsgegevens.⁶ De gemachtigde bevestigde evenwel dat een inzagerecht reeds op algemene wijze is geregeld in het decreet van 19 januari 2018 ‘houdende het overheidstoezicht in het kader van het gezondheids- en welzijnsbeleid’ en dat de ontworpen bepaling dan ook kan worden weggelaten.

5.3. De eerste zin van artikel 15 van het ontworpen besluit geeft uitvoering aan artikel 38, vijfde lid, van het Woonzorgdecreet 2019, in zoverre erin nadere regels worden bepaald voor het toestaan van afwijkingen op specifieke erkenningsvoorwaarden. De tweede zin schrijft echter voor dat afwijkingen alleen kunnen worden toegestaan als het aanbod en de kwaliteit van de zorg en ondersteuning en de veiligheid voldoende gegarandeerd zijn. Dit is een voorwaarde die afwijkt van de voorwaarde in de voormelde decretale bepaling dat “de veiligheid van de gebruikers en het personeel, en de kwaliteit van de verstrekte woonzorg voldoende gewaarborgd zijn”. De Vlaamse Regering is niet gemachtigd om deze voorwaarde aan te vullen of aan te passen en kan dat ook niet op grond van de algemene uitvoeringsbevoegdheid. Artikel 15, tweede zin, moet dan ook worden weggelaten uit het ontworpen besluit.

6. De artikelen 27 tot 82 van het ontworpen besluit zijn wijzigingsbepalingen. In zoverre die wijzigingen neerkomen op aanpassingen van verwijzingen naar het Woonzorgdecreet van 13 maart 2009 en naar het besluit van de Vlaamse Regering van 24 juli 2009 of op louter terminologische of vormelijke aanpassingen, kan ervoor worden gesteund op de algemene uitvoeringsbevoegdheid, gelezen in samenhang met het Woonzorgdecreet 2019.

Anders is het voor inhoudelijke wijzigingen, die rechtsgrond vinden in de volgende bepalingen:

- artikel 36 van het ontworpen besluit in artikel 38, tweede lid, van het Woonzorgdecreet 2019;
- artikel 47, 1°, van het ontworpen besluit in artikel 78, tweede lid, van het decreet van 18 mei 2018 ‘houdende de Vlaamse sociale bescherming’ (hierna: VSB-decreet 2018);
- artikel 51 van het ontworpen besluit in de artikelen 145, § 2, 148, § 2, en 152, § 2, van het VSB-decreet 2018;

⁴ Zie artikel 1, 2°, van het ontwerp

⁵ Zie artikel 1, 5°, van het ontwerp

⁶ Het inzagerecht voor persoonsgegevens zou rechtsgrond vinden in artikel 59, § 5, tweede lid, 4°, van het Woonzorgdecreet 2019

- artikel 63 van het ontworpen besluit in de artikelen 145, § 1, 148, § 1, en 152, § 1, van het VSB-decreet 2018;
- artikel 65 van het ontworpen besluit in artikel 152, § 1, van het VSB-decreet 2018;
- de artikelen 69, 70, 72, 76, 2°, 77, 78 en 80 van het ontworpen besluit in artikel 141 van het VSB-decreet 2018 en (voor de artikelen 76, 2°, 77, 78 en 80) bijkomend in artikel 62 van het Woonzorgdecreet 2019;
- artikel 74, 3°, van het ontworpen besluit in de artikelen 145, § 3, 148, § 3, 150, § 3, en 152, § 3, van het VSB-decreet 2018.

7. Voor artikel 83 van het ontworpen besluit kan worden gesteund op de algemene uitvoeringsbevoegdheid, gelezen in samenhang met het Woonzorgdecreet 2019.

De artikelen 84 tot 86 van het ontworpen besluit vinden rechtsgrond in de artikelen 38, tweede lid, 92, 96 tot 99 en 101 van het Woonzorgdecreet 2019.

8.1. Bijlage 1 ('Lokale dienstencentra') bij het ontworpen besluit vindt rechtsgrond in de artikelen 38, tweede lid, 51, § 1, eerste en tweede lid, 55, § 1, 56, 58 en 92 van het Woonzorgdecreet 2019 en (aanvullend) in de artikelen 5 (gelezen in samenhang met de algemene uitvoeringsbevoegdheid) en 6, § 1, van het decreet van 17 oktober 2003.

8.2. Bijlage 2 ('Gezinszorg') bij het ontworpen besluit vindt in beginsel rechtsgrond in de artikelen 38, tweede lid, 43, 51, § 1, eerste, tweede en derde lid, 55, § 1, 56, 62, 92 en 96, § 1, vierde lid, van het Woonzorgdecreet 2019 en (aanvullend) in de artikelen 5 (gelezen in samenhang met de algemene uitvoeringsbevoegdheid) en 6, § 1, van het decreet van 17 oktober 2003, onder voorbehoud van wat volgt.

Overeenkomstig artikel 82 van bijlage 2 kan de administrateur-generaal een subsidie toekennen aan Zorggezind⁷ voor de vergoeding van de kosten van een functionaris voor gegevensbescherming. Anders dan de gemachtigde voorhoudt, kan de rechtsgrond daarvoor niet worden gevonden in de artikelen 55, § 1, en 56 van het Woonzorgdecreet 2019, aangezien die decretale bepalingen betrekking hebben op subsidies aan woonzorgvoorzieningen en verenigingen en niet kunnen fungeren als rechtsgrond voor een subsidie aan een koepelorganisatie. De gemachtigde verwees ook nog naar artikel 9 van het decreet van 18 juli 2008 'betreffende het elektronische bestuurlijke gegevensverkeer', maar die bepaling bevat enkel een machtiging om de opdrachten en de manier van aanwijzing van de functionarissen voor gegevensbescherming te bepalen, niet om een vergoeding van de kosten ervoor te regelen. De ontworpen bepaling kan dan ook enkel doorgang vinden nadat een specifieke rechtsgrond is gecreëerd.

8.3. Bijlage 3 ('Diensten voor oppashulp') bij het ontworpen besluit vindt in beginsel rechtsgrond in de artikelen 38, tweede lid, 51, § 1, eerste en tweede lid, 55, § 1, 56, 58, 62 en 92 van het Woonzorgdecreet 2019 en (aanvullend) in de artikelen 5 (gelezen in samenhang met de algemene uitvoeringsbevoegdheid) en 6, § 1, van het decreet van 17 oktober 2003, onder voorbehoud van wat volgt.

⁷ Dit is de koepelorganisatie van de erkende diensten voor gezinszorg van de Vlaamse Gemeenschap (artikel 1, 30°, van bijlage 2)

Artikel 28 van bijlage 3 heeft betrekking op de verwerking van gegevens over de oppassers en de gebruikers. In zoverre het gaat om gegevens van oppassers, ontbreekt daarvoor een decretale grondslag, aangezien in artikel 59 van het Woonzorgdecreet 2019, dat betrekking heeft op de verwerking van persoonsgegevens, wel gewag wordt gemaakt van de persoonsgegevens van gebruikers, maar niet van oppassers.⁸ Die decretale grondslag moet alsnog worden gecreëerd vooraleer de ontworpen bepaling doorgang kan vinden wat betreft de verwerking van gegevens van oppassers.

8.4. De rechtsgrond voor bijlage 4 ('Diensten voor thuisverpleging') bij het ontworpen besluit wordt geboden door de artikelen 38, tweede lid, en 92 van het Woonzorgdecreet 2019.

8.5. Bijlage 5 ('Diensten maatschappelijk werk van het ziekenfonds') bij het ontworpen besluit vindt rechtsgrond in de artikelen 38, tweede lid, 51, § 2, 55, § 1, 56, 62, 92 en 97 van het Woonzorgdecreet 2019 en (aanvullend) in de artikelen 5 (gelezen in samenhang met de algemene uitvoeringsbevoegdheid) en 6, § 1, van het decreet van 17 oktober 2003.

8.6. De rechtsgrond voor bijlage 6 ('Diensten voor gastopvang') bij het ontworpen besluit moet worden gezocht in de artikelen 38, tweede lid, 51, § 1, eerste en tweede lid, 55, § 1, 56, 58, 62 en 92 van het Woonzorgdecreet 2019 en (aanvullend) in de artikelen 5 (gelezen in samenhang met de algemene uitvoeringsbevoegdheid) en 6, § 1, van het decreet van 17 oktober 2003.

8.7. Bijlage 7 ('Centrum voor dagverzorging') bij het ontworpen besluit vindt rechtsgrond in de artikelen 38, tweede lid, 46, 51, § 1, eerste, tweede en derde lid, 55, § 1, 56, 58, 62 en 92 van het Woonzorgdecreet 2019 en (aanvullend) in de artikelen 5 (gelezen in samenhang met de algemene uitvoeringsbevoegdheid) en 6, § 1, van het decreet van 17 oktober 2003.

8.8. Bijlage 8 ('Centrum voor kortverblijf') bij het ontworpen besluit vindt rechtsgrond in de artikelen 38, tweede lid, 45, 51, § 1, eerste en tweede lid, 55, § 1, 56, 57, 62 en 92 van het Woonzorgdecreet 2019 en (aanvullend) in de artikelen 5 (gelezen in samenhang met de algemene uitvoeringsbevoegdheid) en 6, § 1, van het decreet van 17 oktober 2003.

8.9. Voor bijlage 9 ('Centra voor herstelverblijf') wordt de rechtsgrond geboden door de artikelen 38, tweede lid, 51, § 1, eerste en tweede lid, 59, § 4 (aanvullend), 62, 92 en 99, § 2, van het Woonzorgdecreet 2019.

8.10. Bijlage 10 ('Groepen van assistentiewoningen') bij het ontworpen besluit vindt rechtsgrond in de artikelen 38, tweede lid, 51, § 1, vierde lid, 62, 92 en 99, § 2, van het Woonzorgdecreet 2019 en (aanvullend) in de artikelen 5 (gelezen in samenhang met de algemene uitvoeringsbevoegdheid) en 6, § 1, van het decreet van 17 oktober 2003.

⁸ De gemachtigde bevestigde dat deze oppassers ook niet beschouwd kunnen worden als externe zorgverstrekkers in de zin van die decretale bepaling

- 8.11. De rechtsgrond voor bijlage 11 ('Woonzorgcentrum') bij het ontworpen besluit moet worden gezocht in de artikelen 38, tweede lid, 44, 51, § 1, eerste en tweede lid, 55, § 1, 56, 57, 62, 92 en 99, § 2, van het Woonzorgdecreet 2019 en (aanvullend) in de artikelen 5 (gelezen in samenhang met de algemene uitvoeringsbevoegdheid) en 6, § 1, van het decreet van 17 oktober 2003.
- 8.12. Bijlage 12 ('Verenigingen voor mantelzorgers en gebruikers') bij het ontworpen besluit vindt rechtsgrond in de artikelen 38, tweede lid, 51, § 1, eerste en tweede lid, 55, § 1, 56 en 92 van het Woonzorgdecreet 2019 en (aanvullend) in de artikelen 5 (gelezen in samenhang met de algemene uitvoeringsbevoegdheid) en 6, § 1, van het decreet van 17 oktober 2003.
- 8.13. De rechtsgrond voor bijlage 13 ('Subsidiëring van de personeelsleden met een ex-DAC- en ex-gescostatuuut in woonzorgcentra') bij het ontworpen besluit wordt geboden door artikel 76 van het decreet van 19 december 2014 'houdende bepalingen tot begeleiding van de begroting 2015' en de artikelen 55, § 1, 56 en 92 van het Woonzorgdecreet 2019.
- 8.14. Bijlage 14 ('Subsidiëring van de infrastructuur in woonzorgcentra en centra voor kortverblijf type 1') bij het ontworpen besluit vindt rechtsgrond in artikel 57, tweede en derde lid, van het Woonzorgdecreet 2019, gelezen in samenhang met de algemene uitvoeringsbevoegdheid (wat betreft het bepalen van het bedrag van de infrastructuursubsidies).
- 9.1. In de aanhef wordt nog melding gemaakt van artikel 5, eerste en tweede lid, van het decreet van 18 juli 2008 'betreffende de zorg- en bijstandsverlening'. De gemachtigde verklaarde dat die bepalingen rechtsgrond bieden voor de artikelen 29 tot 31 en 93 van bijlage 2, waarin wordt verwezen naar bepalingen van het besluit van de Vlaamse Regering van 27 maart 2009 'tot uitvoering van het decreet van 18 juli 2008 betreffende de zorg- en bijstandsverlening in de thuiszorg'. De ontworpen bepalingen zijn evenwel specifieke erkenningsvoorwaarden voor diensten voor gezinszorg, terwijl de bepalingen waarnaar verwezen wordt, kwalificatievereisten zijn voor individuele zorgverleners. De verwijzingen komen erop neer dat de diensten voor gezinszorg erop moeten toezien dat hun personeel aan de betrokken bepalingen van het besluit van de Vlaamse Regering van 27 maart 2009 voldoet, maar de rechtsgrond daarvoor wordt enkel geboden door artikel 38, tweede lid, van het Woonzorgdecreet 2019 en niet door rechtsgrondbepalingen voor het besluit van de Vlaamse Regering van 27 maart 2009, die in deze context niet relevant zijn.
- 9.2. In de aanhef wordt ook verwezen naar artikel III.6, tweede lid, van het Bestuursdecreet van 7 december 2018. Die bepaling, die betrekking heeft op het verlenen van specifieke delegaties aan het hoofd van een intern verzelfstandigd agentschap met rechtspersoonlijkheid, is echter niet nodig als rechtsgrond voor het ontworpen besluit, aangezien dergelijke delegaties ook op grond van de bestaande inhoudelijke rechtsgrondbepalingen kunnen worden verleend.

VORMVEREISTEN

10.1. Het ontwerp bevat verscheidene bepalingen die de verwerking van persoonsgegevens regelen. Artikel 36, lid 4, van verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 ‘betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming)’ (hierna: AVG), gelezen in samenhang met artikel 57, lid 1, c), en overweging 96 van die verordening, voorziet in een verplichting om de toezichthoudende autoriteit, in dit geval de Gegevensbeschermingsautoriteit bedoeld in de wet van 3 december 2017 ‘tot oprichting van de Gegevensbeschermingsautoriteit’, te raadplegen bij het opstellen van een voorstel voor een door een nationaal parlement vast te stellen wetgevingsmaatregel, of een daarop gebaseerde regelgevingsmaatregel in verband met verwerking.

10.2. Dat advies werd gevraagd op 25 februari 2019, maar in een brief van 2 april 2019 liet de toenmalige voorzitter van de Gegevensbeschermingsautoriteit weten dat sinds 29 maart 2019 de Vlaamse Toezichtcommissie voor de verwerking van persoonsgegevens bevoegd is om advies te geven over het ontwerp en dat de adviesaanvraag aan de Vlaamse Toezichtcommissie is bezorgd voor verder gevolg. De Vlaamse Toezichtcommissie bracht op 29 april 2019 advies VTC nr. 2019/06 uit.

10.3. In advies 61.267/2/AV van 27 juni 2017 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 3 december 2017,⁹ heeft de algemene vergadering van de afdeling Wetgeving uiteengezet dat noch de AVG,¹⁰ noch de bevoegdheidverdelende regels eraan in de weg staan dat in eenzelfde lidstaat meerdere toezichthoudende autoriteiten worden opgericht. In dat advies wordt gesteld dat de gemeenschappen en gewesten autoriteiten kunnen oprichten die toezicht houden op de naleving van de ‘specifieke’ regels die de deelstaten ter uitvoering van de AVG hebben vastgesteld inzake de verwerking van persoonsgegevens in het kader van activiteiten die onder hun bevoegdheid vallen.¹¹ Het verlenen van de bevoegdheid aan die autoriteiten om adviezen te geven, teneinde te voldoen aan de verplichting die voortvloeit uit de in opmerking 10.1 aangehaalde verordeningsbepalingen, hoort daar ook onder.

Zoals echter eveneens in het voormelde advies is uiteengezet, is het de Gegevensbeschermingsautoriteit die belast is met het toezicht op de naleving van de ‘algemene’ regels inzake de verwerking van persoonsgegevens, met inbegrip van de algemene regels die de federale overheid ter uitvoering van de AVG heeft vastgesteld.¹² Daaronder valt ook de bevoegdheid om, wat die regels betreft, advies te geven teneinde te voldoen aan de voormelde adviesverplichting.

⁹ *Parl St* Kamer 2016-17, nr 54-2648/001, 103-132

¹⁰ Zie immers artikel 51, lid 1, van de AVG

¹¹ *Ibid*, 115 (opmerking 7 1)

¹² *Ibid*, 106-115 (opmerkingen 1 tot 6) en 117 (opmerking 3)

De conclusie is dan ook dat het advies van de Gegevensbeschermingsautoriteit alsnog moet worden ingewonnen vooraleer het te nemen besluit doorgang kan vinden.

10.4. Indien de adviesaanvrager van oordeel zou zijn dat het raadplegen van zowel de Gegevensbeschermingsautoriteit als de Vlaamse toezichtcommissie problematisch zou kunnen zijn, staat het aan hem om een initiatief te nemen om desgevallend een samenwerkingsakkoord te sluiten over de wijze waarop de adviesverplichting die voortvloeit uit de in opmerking 10.1 aangehaalde verordeningsbepalingen door de toezichthoudende autoriteiten van de federale overheid, de gemeenschappen en de gewesten kan worden vervuld,¹³ op voorwaarde dat hiermee geen uitwisseling, afstand of teruggave van bevoegdheid in hoofde van de betrokken overheden gepaard gaat.

Een dergelijke samenwerking zou overigens ook in het verlengde liggen van de bepalingen van de AVG met betrekking tot de vereiste afstemming zowel tussen de toezichthoudende autoriteiten van verscheidene lidstaten¹⁴ als tussen de toezichthoudende autoriteiten van eenzelfde lidstaat.¹⁵⁻¹⁶

11.1. In advies 63.937/3 van 10 oktober 2018 over een voorontwerp dat heeft geleid tot het Woonzorgdecreet 2019 heeft de Raad van State het volgende uiteengezet aangaande de aanmelding bij de Europese Commissie op grond van artikel 108, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU) als mogelijke staatssteun:¹⁷

“6.1. De vraag rijst of de bepalingen van het voorontwerp aangaande de financiering van de woonzorgvoorzieningen, verenigingen, partnerorganisaties en projecten niet beschouwd moeten worden als een regeling inzake staatssteun in de zin van artikel 107 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU), die in beginsel onder het toepassingsgebied valt van de aanmeldingsplicht bij de Europese Commissie, zoals bedoeld in artikel 108, lid 3, van datzelfde verdrag. De gemachtigde verklaarde daarover het volgende:

‘[Die bepalingen] werden niet aangemeld. Als er gesubsidieerd wordt op basis van dit decreet, is het op basis van het DAEB-besluit.

Voor wat betreft de diensten voor thuisverpleging en de centra voor herstelverblijf is geen subsidiëring voorzien.

In 2019 zijn enkel centra voor dagverzorging, centra voor kortverblijf en woonzorgcentra op die manier gefinancierd in het kader van de VSB. De financiering voor de diensten gezinszorg zal pas in een latere fase in het kader van de VSB geoperationaliseerd worden.

¹³ Zie in dat verband ook de meer algemene suggestie in advies 61 267/2/AV, *l.c.*, 115-116 (opmerking 8)

¹⁴ Zie de artikelen 60 tot 67 van de AVG

¹⁵ Zie artikel 51, leden 1 tot 3, van de AVG

¹⁶ Zie adv RvS 66 033/1/AV van 3 juni 2019 over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot wijziging van het besluit van de Vlaamse Regering van 10 december 2010 tot uitvoering van het decreet betreffende de private arbeidsbemiddeling, wat betreft de invoering van een registratieverplichting voor sportmakelaars’, opmerkingen 5.1 tot 5.4

¹⁷ *Parl St* VI Parl 2018-19, nr 1765/1, 270-272

Alle andere woonzorgvoorzieningen en de verenigingen in het woonzorgdecreet (...) zijn (...) voorzieningen die beschouwd worden als diensten van algemeen belang (niet-economische activiteit).

Enkel de groepen van assistentiewoningen zijn DAEB, maar voorlopig worden op geen enkele manier subsidies voor hun werking voorzien.'

In artikel 55, § 2, van het voorontwerp wordt bepaald dat als ter uitvoering van het ontworpen decreet staatssteun wordt verleend aan een onderneming, deze wordt toegekend met inachtneming van het DAEB-besluit. Daarover verklaarde de gemachtigde het volgende:

'We vermelden het besluit in ons artikel 55, dit is onze intentie om te voldoen aan de voorwaarden die in dit besluit gesteld worden. We zullen hier bijgevolg rekening mee houden bij het opstellen van de sectorspecifieke regelgeving inzake subsidiëring. (...) Als we in het kader van dit decreet subsidies zullen verlenen, dan is dat als compensatie van de taken die in het kader van dit decreet worden opgelegd. De vrijstellingsregeling van het besluit 2012/21/EU lijkt ons de meest toepasselijke wanneer de diensten als economisch zouden worden beschouwd.'

6.2. In zoverre de subsidiëring betrekking heeft op diensten die te beschouwen zijn als diensten van algemeen belang die een niet-economische activiteit uitoefenen, is de aanmelding niet vereist.

Het is echter zeer de vraag of de zienswijze van de stellers van het voorontwerp dat alle woonzorgvoorzieningen die aan bod komen in het voorontwerp, met uitzondering van de groepen van assistentiewoningen, als dusdanig kunnen worden beschouwd, zoals verder zal blijken uit opmerking 7.1. De stellers van het voorontwerp zullen hun standpunt ter zake dan ook ernstig moeten heroverwegen.

6.3. Voor de subsidiëring van diensten die niet kunnen worden beschouwd als diensten van algemeen belang die een niet-economische activiteit uitoefenen, is de aanmelding bij de Europese Commissie vereist, tenzij een beroep kan worden gedaan op een vrijstellingsregeling¹⁸ en aan alle voorwaarden van deze vrijstellingsregeling is voldaan.

De loutere vermelding in artikel 55, § 2, van het voorontwerp dat de bepalingen van het DAEB-besluit in acht worden genomen, volstaat alvast niet voor de effectieve vrijstelling van de aanmeldingsverplichting. Zo moet worden nagegaan of de betrokken diensten kunnen worden ingepast in artikel 2, lid 1, c), van dat besluit. Overeenkomstig artikel 2, lid 2, mag de periode waarvoor de onderneming met het beheer van de dienst van algemeen economisch belang wordt belast, in beginsel niet langer zijn dan tien jaar. Artikel 4 van het DAEB-besluit schrijft voor dat een aantal vermeldingen moeten worden opgenomen in het besluit of de besluiten waarbij de betrokken onderneming met het beheer van de dienst van algemeen economisch belang wordt belast, zoals de inhoud en de duur van de openbardienstverplichtingen (artikel 4, a)), de beschrijving van het

¹⁸ Voetnoot 16 van het geciteerde advies. Zie, naast het reeds vermelde DAEB-besluit, verordening (EU) nr 360/2012 van de Commissie van 25 april 2012 'betreffende de toepassing van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op de-minimissteun verleend aan diensten van algemeen economisch belang verrichtende ondernemingen', verordening (EU) nr 1407/2013 van de Commissie van 18 december 2013 'betreffende de toepassing van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op de-minimissteun' en verordening (EU) nr 651/2014 van de Commissie van 17 juni 2014 'waarbij bepaalde categorieën steun op grond van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag met de interne markt verenigbaar worden verklaard'

compensatiemechanisme en de parameters voor berekening, monitoring en herziening van de compensatie (artikel 4, d)) en de regelingen om eventuele overcompensatie te vermijden en terug te vorderen (artikel 4, e)). Indien deze vermeldingen niet zouden worden opgenomen in het ontworpen decreet, moeten ze uiterlijk in de uitvoeringsbesluiten ervan aan bod komen.

6.4. Eventueel kunnen de stellers van het voorontwerp contact nemen met de diensten van de Europese Commissie teneinde na te gaan of aanmelding al dan niet vereist is. Bij een ten onrechte niet-aanmelding dreigt immers een draconische sanctie. Niet-aangemelde staatssteun is immers *per se* onwettig (zelfs indien ze verenigbaar verklaard zou kunnen worden indien ze correct werd aangemeld),¹⁹ en die onwettigheid moet door elke rechter, desnoods ambtshalve, worden opgeworpen,²⁰ zonder dat de begunstigen van de steun zich op een gewekt vertrouwen kunnen beroepen om de terugbetaling van de steun (met interest) te verhinderen.²¹ De nationale rechter 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.²²

In hetzelfde advies wordt nog (naar aanleiding van de toetsing aan de dienstenrichtlijn) het volgende uiteengezet over de kwalificatie van een aantal woonzorgvoorzieningen als diensten van algemeen belang die een niet-economische activiteit uitoefenen:²³

“7.1. Indien sommige van de voormelde woonzorgvoorzieningen beschouwd kunnen worden als niet-economische diensten van algemeen belang, vallen ze buiten het toepassingsgebied van het VWEU en van de dienstenrichtlijn (zie artikel 2, lid 2, a), van de dienstenrichtlijn, alsook protocol nr. 26 ‘betreffende de diensten van algemeen belang’ bij het VWEU). (...)”

Of sommige van de betrokken diensten effectief als niet-economische diensten van algemeen belang kunnen worden beschouwd, hangt af van de vraag of ze al dan niet tegen een economische tegenprestatie worden verricht. Dat de gebruiker van de dienst tot op zekere hoogte de werkingskosten van die dienst moet helpen dragen, doet niets af aan de aard van de betrokken dienst.²⁴

¹⁹ Voetnoot 17 van het geciteerde advies 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

²⁰ Voetnoot 18 van het geciteerde advies HvJ 18 juli 2007, C-119/05, *Lucchini*, punt 61, HvJ 26 oktober 2016, C-590/14 P, *Dimosia Epicheirisi Ilektrismou AE*, punten 98-101

²¹ Voetnoot 19 van het geciteerde advies 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

²² Voetnoot 20 van het geciteerde advies 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 en B 6 4, GwH 17 september 2015, nr 114/2015, B 30 2

²³ *Parl St* VI Parl 2018-19, nr. 1765/1, 276

²⁴ Voetnoot 22 van het geciteerde advies Zie ook HvJ 27 september 1988, zaak 263/86, *Humbel* en HvJ 7 december 1993, C-109/92, *Wirth*

Toch moet de kwalificatie van sommige van de betrokken diensten als niet-economische diensten van algemeen belang met grote behoedzaamheid worden benaderd. Zo kan de loutere omstandigheid dat een dienst voornamelijk met overheidsmiddelen wordt gefinancierd, niet automatisch tot deze kwalificatie leiden; de aard van de dienst moet mee in aanmerking worden genomen. Het Hof van Justitie²⁵ en het Grondwettelijk Hof²⁶ zijn er alvast in verscheidene arresten impliciet vanuit gegaan dat de betrokken zorgvoorzieningen (rustoorden en rust- en verzorgingstehuizen, serviceresidenties, centra voor dagopvang en centra voor nachtopvang) allen te beschouwen zijn als diensten die binnen het toepassingsgebied van het VWEU en van de dienstenrichtlijn vallen en dus niet te beschouwen zijn als niet-economische diensten van algemeen belang. De Raad van State kan zich dan ook niet aansluiten bij de ruime inschatting van de gemachtigde.”

In de memorie van toelichting werd naar aanleiding van die opmerkingen het volgende uiteengezet:²⁷

“Wanneer bepaalde woonzorgvoorzieningen worden gefinancierd in het kader van de VSB, zal de kwestie rond staatssteun voor deze woonzorgvoorzieningen aldaar worden behandeld. Alle andere woonzorgvoorzieningen en de verenigingen in dit ontwerp van decreet kunnen gesubsidieerd worden op basis van artikel 55. Het onderhavige ontwerp van decreet bevat echter geen detailregeling inzake subsidiëring. Bij de uitwerking van de besluiten van de Vlaamse Regering tot uitvoering van onderhavig ontwerp van decreet zal er als er sprake is van staatssteun, rekening worden gehouden met het DAEB-besluit en zullen de voorwaarden daarin worden gerespecteerd (DAEB: dienst van algemeen economisch belang).

De woonzorgvoorzieningen en verenigingen in onderhavig decreet zijn diensten van algemeen belang die belast zijn met een openbardienstverplichting. De programmatie, bepaald in onderhavig ontwerp van decreet en de bijhorende uitvoeringsbesluiten, schrijft immers voor welk aanbod nodig is in Vlaanderen, daarnaast is het aantal plaatsen (en dus het aantal marktdeelnemers) beperkt. De activiteit wordt gesubsidieerd door de overheid en als de activiteit niet wordt uitgeoefend, krijgt de woonzorgvoorziening of vereniging geen subsidies en vervalt de erkenning. Een erkenning is dus meer dan een loutere toelating de activiteit uit te oefenen, het houdt de verplichting in dit te doen. De overheid legt strenge erkenningsnormen op (zie artikel 38 van het ontwerp van decreet, verder geëxpliciteerd in de uitvoeringsbesluiten van de Vlaamse Regering), zowel naar activiteiten, infrastructuur, beroepskwalificaties, prijsbepaling en er is een minimum personeelsnorm.”

In artikel 55, § 2, van het Woonzorgdecreet 2019 wordt bepaald dat als in uitvoering van het decreet staatssteun in de zin van het VWEU aan een onderneming wordt verleend, die staatssteun wordt toegekend met inachtneming van het besluit 2012/21/EU van de 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

²⁵ Voetnoot 23 van het geciteerde advies HvJ 11 juli 2013, C-57/12, *Fédération des maisons de repos privées de Belgique (Femarbel)*

²⁶ Voetnoot 24 van het geciteerde advies GwH 9 december 2010, nr. 135/2010, B 6 1-B 6 3, GwH 25 januari 2012, nr. 10/2012, B 15 1, GwH 23 januari 2014, nr. 6/2014, B 17-B 27

²⁷ *Parl St* VI Parl 2018-19, nr. 1765/1, 31

voor de openbare dienst, verleend aan bepaalde met het beheer van diensten van algemeen economisch belang belaste ondernemingen' (hierna: DAEB-besluit).

11.2. De gemachtigde verklaarde dat het ontwerp geen bepalingen bevat die moeten worden aangemeld. Op de vraag welke steunmaatregelen in het ontwerp betrekking hebben op diensten van algemeen economisch belang, antwoordde zij het volgende:

“Er is geen regelgeving met betrekking tot de financiering van DAEB's opgenomen in de uitvoeringsbesluiten van het Woonzorgdecreet. Enkel serviceflats en woningcomplexen met dienstverlening zijn DAEB's, maar de financiering van die voorzieningen is niet opgenomen in het Woonzorgdecreet en de bijbehorende besluiten.”

Op de vraag welke steunmaatregelen betrekking hebben op diensten van algemeen belang die een niet-economische activiteit uitoefenen, antwoordde zij als volgt:

“Zoals reeds opgenomen in de MvT bij het Woonzorgdecreet zijn de woonzorgvoorzieningen en verenigingen in het Woonzorgdecreet diensten van algemeen belang die belast zijn met een openbardienstverplichting. De programmatie, bepaald in het Woonzorgdecreet en de bijhorende uitvoeringsbesluiten, schrijft immers voor welk aanbod nodig is in Vlaanderen, daarnaast is het aantal plaatsen (en dus het aantal marktdeelnemers) beperkt. De activiteit wordt gesubsidieerd door de overheid en als de activiteit niet wordt uitgeoefend, krijgt de woonzorgvoorziening of vereniging geen subsidies en vervalt de erkenning. Een erkenning is dus meer dan een loutere toelating de activiteit uit te oefenen, het houdt de verplichting in dit te doen. De overheid legt strenge erkenningsnormen op (zie artikel 38 van het Woonzorgdecreet en het ontwerp van besluit) zowel naar activiteiten, infrastructuur, beroepskwalificaties, prijsbepaling en er is een minimum personeelsnorm.”

11.3. De Raad van State moet de sterke twijfels herhalen die hij in het voormelde advies reeds heeft geuit bij de ruime inschatting van de niet-economische diensten van algemeen belang. De in opmerking 11.1 geciteerde argumentatie in de memorie van toelichting lijkt er vanuit te gaan dat het opleggen van “strenge erkenningsnormen” en de omstandigheid dat de erkenning “meer [is] dan een loutere toelating de activiteit uit te oefenen”, volstaat om aan te nemen dat de betrokken activiteit niet-economisch van aard zou zijn. De stellers van het ontwerp zouden er goed aan doen om die inschatting te heroverwegen.

In dat verband kan ook worden verwezen naar eerdere opmerkingen die de Raad van State inzake staatssteun heeft geformuleerd in zijn advies over het ontwerp dat heeft geleid tot de voorganger van de huidige bijlage 14, die betrekking heeft op de subsidiëring van de infrastructuur van de woonzorgcentra en de centra voor kortverblijf type 1, en waarin werd betoogd dat de betrokken woonzorgvoorzieningen beschouwd kunnen worden als ondernemingen waaraan een selectief voordeel wordt toegekend.²⁸

Indien bepaalde steunmaatregelen in het ontwerp alsnog als diensten van algemeen economisch belang worden gekwalificeerd, moet het ontwerp worden aangevuld met bepalingen die waarborgen dat de voorwaarden ter zake in het DAEB-besluit in acht worden genomen.

²⁸ Adv RvS 60 868/3 van 17 februari 2017 over een ontwerp dat heeft geleid tot het besluit van de Vlaamse Regering van 17 maart 2017 'tot wijziging van verschillende besluiten, wat betreft de invoering van infrastructuursubsidies voor woonzorgcentra en centra voor kortverblijf', opmerkingen 4 1 tot 4 4

12. Indien de aan de Raad van State voorgelegde tekst ten gevolge van het vervullen van de voornoemde vormvereisten nog wijzigingen zou ondergaan, moeten de gewijzigde of toegevoegde bepalingen, ter inachtneming van het voorschrift van artikel 3, § 1, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, aan de afdeling Wetgeving worden voorgelegd.

ALGEMENE OPMERKINGEN

A. Toepasselijkheid van en toetsing aan de dienstenrichtlijn en aan de vrijheid van vestiging en het vrij verkeer van diensten

13.1. In advies 63.937/3 ging de Raad van State reeds in op de vraag naar de toepasselijkheid van de dienstenrichtlijn²⁹ en plaatste hij vraagtekens bij de stelling dat enkel de groep van assistentiewoningen onder het toepassingsgebied ervan zou vallen en dat alle andere woonzorgvoorzieningen en de verenigingen als niet-economische diensten van algemeen belang zouden moeten worden beschouwd die buiten het toepassingsgebied van het VWEU en de dienstenrichtlijn vallen, of, in subsidiaire orde, onder de uitzonderingen zouden vallen van artikel 2, lid 2, f) (diensten van de gezondheidszorg), of artikel 2, lid 2, j) (sociale diensten), van de dienstenrichtlijn.³⁰

In de memorie van toelichting werd die stelling niettemin herhaald en verder toegelicht.³¹

13.2. Wat betreft de toetsing aan de dienstenrichtlijn voor de bepalingen met betrekking tot de groepen van assistentiewoningen, gaf de gemachtigde een antwoord waaruit blijkt dat die toetsing is uitgevoerd en dat geen strijdigheid met de relevante bepalingen van de dienstenrichtlijn is gebleken.

Wat betreft de overige woonzorgvoorzieningen en de verenigingen heeft de gemachtigde het volgende uiteengezet met betrekking tot de verenigbaarheid met de vrijheid van vestiging en het vrij verkeer van diensten, zoals gewaarborgd door de artikelen 49 en 56 van het VWEU:

“De woonzorgvoorzieningen en verenigingen onder het BVR WZD worden, op de GAW's en de diensten voor thuisverpleging na (zie MvT WZD), allemaal beschouwd als een DAB. Zoals in de MvT bij het Woonzorgdecreet bepaald is, valt de dienst voor thuisverpleging onder artikel 2, lid 2, f), van de richtlijn. Hieronder wordt de toetsing opgenomen voor de dienst voor thuisverpleging samen met de toetsing van de andere woonzorgvoorzieningen en verenigingen in het Woonzorgdecreet op de GAW's na. De andere woonzorgvoorzieningen en verenigingen worden eveneens getoetst (op de GAW's na), voor moest er geoordeeld worden dat deze toch geen DAB zijn in de zin van artikel 2, lid 2, a), van de richtlijn.

²⁹ Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 'betreffende diensten op de interne markt'

³⁰ Adv RvS 63 937/3, *Parl St* VI Parl 2018-19, nr 1765/1, 273-279

³¹ *Parl St* VI Parl 2018-19, nr 1765/1, 32-36

Art 49: (...) In het ontwerpbesluit zijn geen erkenningsvoorwaarden opgenomen die een discriminerende beperking vormen op het recht op vrijheid van vestiging. Vergunningseisen worden namelijk door het Hof van Justitie als niet-discriminatoire beperkingen weerhouden (Arrest Placanica, C-338/04, C-359/04 en C-360/04.) en de erkenningsvoorwaarden zelf zijn niet direct of indirect discriminatoir.

Art. 56: (...) Algemeen

Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie (bijvoorbeeld Arrest Analir, C-205/99, r.o. 38.) kan afgeleid worden dat het systeem van voorafgaande toestemming toegestaan is als het steunt op objectieve criteria die niet-discriminerend zijn en vooraf werden kenbaar gemaakt, op gemakkelijk toegankelijke procedureregels die de betrokkenen waarborgen dat hun aanvraag binnen een redelijke termijn objectief en onpartijdig zal worden behandeld, terwijl eventuele weigeringen in het kader van een beroep in rechte moeten kunnen worden betwist (Arrest Smits en Peerbooms, C-157/99, r.o. 90; arrest Müller-Fauré, C-385/99, r.o. 85; arrest Watts, C-372/04, r.o. 116; arrest Betfair, C-203/08, r.o. 50; arrest Carmen Media Group, C-46/08, r.o. 87.). Tot slot moet een controle *a posteriori* worden geacht te laat te komen om werkelijk efficiënt te kunnen zijn en het nagestreefde doel te kunnen bereiken (Arrest Canal Satélite Digital, C-390/99, r.o. 43).

Het ontwerpbesluit is transparant op vlak van de erkenningsvoorwaarden. De erkenningsvoorwaarden zijn niet-discriminerend en worden door middel van het besluit vooraf bekendgemaakt. Ook de procedureregels voldoen aan de voorwaarden, maar deze zullen in een apart besluit opgenomen worden. De controle *a posteriori* zou betekenen dat gebruikers onvoldoende beschermd worden alvorens zij gebruik maken van de woonzorgvoorzieningen en verenigingen. Om die reden is een voorafgaande toestemming nodig.

Residentiële ouderenzorg

Voor de woonzorgvoorzieningen en verenigingen binnen de residentiële ouderenzorg geldt dat een persoon die gevestigd is in een andere lidstaat, vrij is om ervoor te kiezen om gebruik te maken van een woonzorgcentrum, dagverzorgingscentrum, ... dat in België gevestigd is. De erkenningsvoorwaarden bevatten geen beperkingen hierop.

Thuiszorg

Voor de woonzorgvoorzieningen en verenigingen binnen de thuiszorg is het zo dat zij vrij zijn om diensten aan te bieden aan gebruikers van andere lidstaten. De erkenningsvoorwaarden bevatten geen verbod op het verrichten van diensten aan gebruikers van andere lidstaten, maar het ontwerp van besluit is enkel van toepassing op de thuiszorg die geleverd wordt in Vlaanderen en het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad.”

13.3. Ook hier moet de Raad van State, zoals reeds uiteengezet in opmerking 11.3, de sterke twijfels herhalen die hij in het voormelde advies heeft geuit bij de ruime inschatting van de niet-economische diensten van algemeen belang. Dat geldt ook voor de beoordeling van de uitzonderingsgrond van artikel 2, lid 2, j), voor de toepasselijkheid van de dienstenrichtlijn.

Wel kan aan de hand van de ontworpen regeling worden beaamd dat de diensten voor thuisverpleging, de centra voor dagverzorging en de woonzorgcentra (in het bijzonder die met een bijkomende erkenning), onder de uitzonderingsgrond van artikel 2, lid 2, f), van de dienstenrichtlijn vallen. Voor die voorzieningen kan worden teruggevallen op de door de gemachtigde weergegeven toetsing aan de artikelen 49 en 56 van het VWEU.

B. Overeenstemming met het gelijkheidsbeginsel

14. Het ontwerp bevat een aantal bepalingen waarvoor moet worden onderzocht of ze in overeenstemming zijn met het gelijkheidsbeginsel.

14.1. Overeenkomstig artikel 16 van het ontwerp kan aan erkende woonzorgvoorzieningen en aan erkende verenigingen een jaarlijkse subsidie worden toegekend, maar daarvan worden uitgezonderd de diensten voor thuisverpleging, de centra voor kortverblijf type 1, de groepen van assistentiewoningen en de centra voor herstelverblijf. Op de vraag hoe die verschillende behandeling kan worden verantwoord, gaf de gemachtigde het volgende antwoord:

“Diensten voor thuisverpleging

De financiering van verpleegkundige prestaties in de thuiszorg is een federale bevoegdheid. De dienst voor thuisverpleging, als organisatorisch geheel, is in Vlaanderen als thuiszorgvoorziening opgenomen in het woonzorgdecreet, evenwel zonder subsidiëring. De verpleegkundige handelingen van de thuisverpleegkundigen, actief in de dienst voor thuisverpleging, worden gefinancierd per prestatie door het RIZIV.

Centra voor kortverblijf type 1

De financiering van het centrum voor kortverblijf type 1 is geïntegreerd in de tegemoetkoming voor zorg binnen het decreet van 18 mei 2018 houdende de Vlaamse sociale bescherming.

Groepen van assistentiewoningen

De groepen van assistentiewoningen hebben nooit werkingssubsidies ontvangen. De zorg die verleend wordt, wordt verleend door andere erkende zorgaanbieders in de thuiszorg zoals de diensten voor gezinszorg, die gefinancierd worden door de Vlaamse Overheid en door de zorgverstrekkers die gefinancierd worden door het RIZIV.

Centra voor herstelverblijf

Tot nog toe werd er door de Vlaamse overheid voor geopteerd om hier geen financiering voor te voorzien (noch een werkingssubsidie, noch een financiering van de medische, verpleegkundige, zorgkundige en/of paramedische prestaties). De medische, verpleegkundige en paramedische prestaties die verstrekt worden binnen een centrum voor het herstelverblijf worden gefinancierd met prestatiefinanciering in het kader van de federale ziekteverzekering. Dit blijft ook zo in 2019. De inwerkingtreding van artikel 4, 8° van het decreet houdende de Vlaamse sociale bescherming, dat verwijst naar ‘transmurale zorg’ zal pas mogelijk zijn in een latere fase en zal apart worden geregeld, rekening houdend met de eigen Vlaamse bevoegdheden.”

Die verantwoording is overtuigend.

14.2. Artikel 21, derde lid, van het ontwerp schrijft voor dat de lokale dienstencentra, de diensten voor gastopvang, de centra voor dagopvang, de centra voor dagverzorging, de centra voor kortverblijf type 2 en type 3 en de verenigingen die in het voorgaande jaar al gesubsidieerd zijn en nog erkend zijn, opnieuw worden gesubsidieerd als ze voldoen aan de betrokken subsidiëeringsvoorwaarden. Op de vraag of de voorrang die daarmee wordt gegeven aan woonzorgvoorzieningen die al subsidies ontvangen ten nadele van nieuwkomers en hoe dat kan worden verantwoord in het licht van het gelijkheidsbeginsel, antwoordde de gemachtigde het volgende:

“Het prioriteitenschema waarvan sprake in artikel 21 heeft tot doel de subsidieaanvragen van de vermelde voorzieningen te prioriteren op basis van objectieve criteria, dit in functie van de beschikbare begrotingskredieten voor het subsidiëren van bijkomende voorzieningen bovenop de reeds gesubsidieerde. Idealiter worden alle erkende voorzieningen gesubsidieerd, maar deze situatie wordt ingeperkt door de beschikbare begroting. Daarom zijn prioriteringsregels nodig. Deze regeling is een bestendiging van de huidige regeling.”

Indien het ontworpen derde lid erop neerkomt dat voorzieningen die vorig jaar al gesubsidieerd werden, hoe dan ook voorrang krijgen op voorzieningen die niet gesubsidieerd zijn, schiet de verantwoording van de gemachtigde tekort. Noch de beperkte begrotingsmiddelen, noch de omstandigheid dat deze regeling al voorkomt in artikel 15, tweede lid, van het besluit van de Vlaamse Regering van 24 juli 2009, vormen een afdoende verantwoording.

14.3. Artikel 21 van bijlage 1 bij het ontwerp houdt in dat bij het bepalen van het prioriteitenschema voor de subsidiëring van lokale dienstencentra minstens rekening wordt gehouden met (onder meer) de datum van de erkenningsbeslissing en met de mate waarin het centrum in de periode die voorafgaat aan de datum waarop de ontvankelijke erkenningsaanvraag is ingediend, al een werking heeft uitgebouwd die gelijkaardig is aan die van een centrum. Op de vraag of daarmee voorrang wordt gegeven aan centra die reeds worden erkend en gesubsidieerd en hoe dat kan worden verantwoord in het licht van het gelijkheidsbeginsel, antwoordde de gemachtigde als volgt:

“Dit artikel is enkel van toepassing in de situatie dat er te weinig middelen zijn om alle erkende lokale dienstencentra te subsidiëren. Het is de minister die dan binnen de beschikbare begrotingskredieten de keuze moet maken welke lokale dienstencentra subsidies kunnen krijgen, en de Vlaamse Regering legt hiervoor een aantal randvoorwaarden vast voor het prioriteitenschema dat de minister dan moet opstellen.

In het kader van de erkenning stelt dit probleem zich niet. Alle lokale dienstencentra die aan de erkenningsvoorwaarden voldoen, kunnen erkend worden. Het maakt daarbij niet uit of het lokaal dienstencentrum voor zijn erkenningsaanvraag al een werking had of niet.

Een erkenning biedt echter geen garantie op subsidies, het is slechts een voorwaarde om eventueel subsidies te kunnen krijgen. Het al of niet ontvangen van subsidies hangt af van het budget dat op de door het Parlement goedgekeurde begroting ter beschikking is voor nieuwe initiatieven.”

Indien de ontworpen bepaling erop neerkomt dat centra die vorig jaar al erkend of gesubsidieerd werden, hoe dan ook voorrang krijgen op centra die niet erkend of gesubsidieerd zijn, schiet de verantwoording van de gemachtigde tekort. Noch de beperkte begrotingsmiddelen, noch de omstandigheid dat deze regeling al voorkomt in artikel 8 van bijlage VI bij het besluit van de Vlaamse Regering van 24 juli 2009, vormen een afdoende verantwoording.

14.4. Overeenkomstig artikel 22 van bijlage 1 bij het ontwerp kunnen lokale dienstencentra die op 31 december 2019 zijn erkend, hun erkenning behouden “conform de regels die op 31 december 2019 van toepassing zijn” en moeten ze uiterlijk op 31 december 2022 voldoen aan de nieuwe (specifieke) erkenningsvoorwaarden, “met uitzondering van de voorwaarden voor de infrastructuur, vermeld in afdeling 5 van voormeld hoofdstuk 3 van deze bijlage, voor wat de bestaande infrastructuur betreft”. Een analoge bepaling komt voor in artikel 23 van dezelfde bijlage, wat betreft centra die een aanvraag tot erkenning hebben ingediend waarover op 31 december 2019 nog geen beslissing is genomen. Op de vraag hoe deze verschillende behandeling van centra die worden erkend (of met goed gevolg een aanvraag tot erkenning hebben ingediend) voor en na 1 januari 2020 kan worden verantwoord, antwoordde de gemachtigde als volgt:

“De infrastructuurvereisten evolueren doorheen de tijd. Voor bestaande voorzieningen die kleinschalig zijn en beperkt gesubsidieerd worden, betekent een aanpassing van infrastructuur of verhuizen naar een nieuwe infrastructuur een financieel grote investering die verhoudingsgewijs een grote financiële impact zou hebben. Nieuwe voorzieningen kunnen meteen aan de juiste voorwaarden voldoen en hebben in het verleden niet moeten investeren in de infrastructuurvoorwaarden die toen van kracht waren.”

De artikelen 95 en 96 van bijlage 2 en de artikelen 69, 70, 72 van bijlage 7 van het ontwerp bevatten analoge bepalingen.

De Raad van State ziet niet goed in hoe een dergelijke in de tijd onbeperkte vrijstelling van strengere erkenningsvoorwaarden inzake infrastructuur verantwoord kan worden. Als er geen dergelijke verantwoording voorhanden is, en de stellers toch in een vrijstelling willen voorzien, moet worden aangesloten bij de werkwijze in de artikelen 100 en 151 van bijlage 8, waar een maximumtermijn van tien jaar wordt gehanteerd voor een vergelijkbare vrijstelling.

14.5. Overeenkomstig artikel 28 van bijlage 9 bij het ontwerp gelden voor de centra voor herstelverblijf die al uitgebaat zijn vóór 1 januari 2010 en die erkend zijn op 31 december 2019, minder strenge voorwaarden inzake de nettovloeroppervlakte van eenpersoonskamers en tweepersoonskamers, en dit voor onbepaalde tijd. Op de vraag hoe deze verschillende behandeling naargelang de datum van uitbating en erkenning kan worden verantwoord, antwoordde de gemachtigde het volgende:

“Het betreft hier centra die reeds bestonden voor het uitvaardigen van de eerste erkenningsvoorwaarden voor centra voor herstelverblijf met ingang van 1 januari 2010 en die op die datum niet voldeden aan de uitgevaardigde infrastructurele normen. Nieuwe centra die opgericht werden vanaf 1 januari 2010 moesten wel aan deze normen voldoen. Het betreft hier dus verschillende situaties die dan ook een verschillende behandeling rechtvaardigen. Deze overgangsbepaling herneemt trouwens wat nu reeds in artikel 6 van de bijlage X bij het BVR van 24 juli 2009 vermeld staat, maar beperkt de toepassing ervan

tot die centra die in de tussenliggende periode van 1 januari 2010 tot 1 januari 2019 erkend zijn geworden.

Vanuit een bekommernis dat het aanbieden van een kwalitatieve zorg binnen een aangepaste infrastructuur moet gebeuren, wordt voorgesteld om aan deze bepaling toe te voegen dat ingeval van een verbouwing van een dergelijk centrum waarvoor een omgevingsvergunning vereist is, deze bepaling komt te vervallen bij ingebruikname van de verbouwde infrastructuur.”

Indien het initiatief tot een verbouwing enkel afhangt van de ambitie van het betrokken centrum, kan het de toepassing van de strengere voorwaarden voor onbepaalde tijd uitstellen. Naar analogie van hetgeen is uiteengezet in opmerking 14.4, zou toch in een redelijke beperking in de tijd moeten worden voorzien.

Overigens moet in de artikelen 29 en 30 van bijlage 9 rekening worden gehouden met de uitzondering vervat in artikel 28.

14.6. In artikel 9 van bijlage 12 bij het ontwerp wordt als specifieke erkenningsvoorwaarde voor een vereniging bepaald dat de vereniging deel moet uitmaken van “het formele samenwerkingsverband van de verenigingen voor mantelzorgers en gebruikers, het ‘Vlaams Mantelzorgplatform vzw’ te noemen. Dat orgaan staat in voor beleidsadvisering en adviseert de overheid over het beleidsvoorbereidende werk rond alle thema’s die de mantelzorg aanbelangen. Het treedt op als medebeheerder van het Vlaams Expertisepunt Mantelzorg.” Op de vraag waar die twee instanties nader worden geregeld en waarom enkel het lidmaatschap van het Vlaams Mantelzorgplatform vzw in aanmerking komt (en niet dat van een andere instantie die dezelfde activiteiten kan ontplooien), antwoordde de gemachtigde het volgende:

“Het Vlaams Mantelzorgplatform is een vzw, die alle verenigingen voor mantelzorgers en gebruikers overkoepelt. Deze VZW is niet wettelijk verplicht noch geregeld. Het Vlaams Expertisepunt Mantelzorg is als project opgericht door de VZW Mantelzorgplatform en VZW SAM (Mens en Samenleving), in uitvoering van het mantelzorgplan. Het Vlaams Expertisepunt Mantelzorg zal vanaf 1/1/2020 ingekanteld worden in VIVEL, dit in uitvoering van het eerstelijnsdecreet.

Het Vlaams Expertisepunt Mantelzorg is opgezet door alle verenigingen voor mantelzorgers en gebruikers samen. Dit was zo bedoeld volgens het Vlaams Mantelzorgplan. De verenigingen hebben een gezamenlijke koepel-VZW opgericht ifv de oprichting van het Vlaams Expertisepunt Mantelzorg.”

Het valt niet uit te sluiten dat een andere koepelvereniging ontstaat die dezelfde activiteiten kan ontplooien. De ontworpen regeling komt erop neer dat een bestaande feitelijke toestand wordt vergrendeld. Mede in het licht van het recht van vereniging zou beter op algemene wijze worden bepaald dat kandidaat-verenigingen deel uitmaken van een koepelorganisatie die aan bepaalde voorwaarden voldoet.

C. Overige algemene opmerkingen

15.1. In de bijlagen worden kwalificatievereisten bepaald waaraan het personeel (met inbegrip van de leidinggevenden) moet voldoen, zoals bijvoorbeeld in artikel 16 van bijlage 1, dat voorschrijft dat de centrumleider van een lokaal dienstencentrum moet beschikken over de graad van master of bachelor, en in artikel 29 van bijlage 2, dat bepaalt dat het verzorgend personeel van diensten voor gezinszorg moet beschikken over een van de in dat artikel genoemde studiebewijzen, diploma's of attesten. In dat laatste artikel wordt eveneens bepaald dat ook een bekwaamheidsattest, uitgereikt door een opleidingscentrum dat erkend is door de Franse of de Duitstalige Gemeenschap dat opleidingen organiseert die naar inhoud en naar niveau gelijkwaardig zijn aan een opleiding die erkend is door de Vlaamse Gemeenschap, in aanmerking komt. Tevens wordt voorgeschreven dat een buitenlands studiebewijs in aanmerking komt op voorwaarde dat het door NARIC-Vlaanderen gelijkwaardig wordt verklaard met een Vlaams studiebewijs. In artikel 24 van bijlage 5 en artikel 23 van bijlage 9 wordt bepaald dat kwalificaties die door de bevoegde overheid zijn gelijkgesteld met de vereiste kwalificatie, ook in aanmerking komen.

Voorts bepaalt artikel 85 van het ontwerp op algemene wijze dat een personeelslid van een woonzorgvoorziening of een vereniging geacht wordt te voldoen aan de voorwaarden met betrekking tot diploma's, getuigschriften of opleidingen, vermeld in de bijlagen 1 tot 12, als een vergelijking van de bekwaamheden van dat personeelslid die blijken uit de diploma's, certificaten en andere titels en de relevante ervaring waarover het personeelslid beschikt, met de diploma's, getuigschriften of opleidingen die in de bijlagen vereist zijn, aantoont dat het personeelslid de kennis en kwalificaties bezit die daarmee overeenstemmen.

15.2. Op de vraag hoe artikel 85 van het ontwerp zich verhoudt tot het decreet van 24 februari 2017 'tot gedeeltelijke omzetting van richtlijn 2005/36/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 september 2005 betreffende de erkenning van beroepskwalificaties', dat een regeling bevat inzake de erkenning van beroepskwalificaties verworven in andere EU-lidstaten, antwoordde de gemachtigde het volgende:

“Artikel 85 van het ontwerp van BVR en het decreet van 24 februari 2017 tot gedeeltelijke omzetting van richtlijn 2005/36/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 september 2005 betreffende de erkenning van beroepskwalificaties moeten naast elkaar bekeken worden en hebben elk een verschillende functie. (...)

Als een personeelslid van een woonzorgvoorziening of vereniging onder het ontwerpbesluit aan de voorwaarden met betrekking tot diploma's, getuigschriften of opleidingen, vermeld in bijlage 1 tot en met 12, moet voldoen, dan kunnen deze beroepskwalificaties vergeleken worden met andere beroepskwalificaties en conform artikel 85 van het ontwerpbesluit evenwaardig beschouwd worden.

Om te weten of een persoon voldoet aan de andere beroepskwalificaties die vergeleken kunnen worden met de beroepskwalificaties in het ontwerpbesluit, wordt het decreet van 24 februari 2017 tot gedeeltelijke omzetting van richtlijn 2005/36/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 september 2005 'betreffende de erkenning van beroepskwalificaties' toegepast.

De in een andere lidstaat of andere lidstaten verworven beroepskwalificaties worden dus door het voornoemde decreet omgezet naar beroepskwalificaties die dan op hun beurt vergeleken kunnen worden conform artikel 85 van het ontwerpbesluit.”

Op de vraag hoe de “gelijkwaardigheidsregeling” in artikel 29 van bijlage 2 bij het ontwerp (voor het verzorgend personeel van diensten voor gezinszorg) zich verhoudt tot de algemene regeling in artikel 85 van het ontwerp, antwoordde de gemachtigde als volgt:

“Beide bepalingen zijn van toepassing. Wie niet voldoet aan de kwalificatievereisten op basis van de studiebewijzen, vermeld in artikel 29 van bijlage I (dat wil zeggen: het in het buitenland of in een andere Gemeenschap behaalde studiebewijs kan niet gelijkwaardig verklaard worden met een van de vermelde Vlaamse studiebewijzen), kan zich nog beroepen op relevante ervaring als vermeld in artikel 85 van het ontwerp-BVR. Die regeling is ook vandaag al van toepassing in de uitvoeringsbesluiten van het huidige Woonzorgdecreet van 13 maart 2009.”

De gemachtigde bevestigde dat standpunt voor de gelijkaardige bepalingen vervat in de artikelen 30, tweede lid, 3°, en 31, tweede lid, 2°, van bijlage 2. Voor artikel 24, 1° en 2°, van bijlage 5 en artikel 23, 5°, van bijlage 9 antwoordde zij dan weer dat de zinsnede “(of over) een kwalificatie die daarmee gelijkgesteld is (door de bevoegde overheid)” kan worden weggelaten omdat die niets toevoegt aan de algemene regeling vervat in artikel 85 van het ontwerp. Wellicht is dat ook het geval voor de artikelen 54, § 2, en 57, § 2, van bijlage 7.

15.3. Volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie en de uitgangspunten van richtlijn 2005/36/EG³² moet niet alleen rekening worden gehouden met de diploma's, certificaten en andere titels waarover de betrokkene beschikt, maar ook met de relevante ervaring van de betrokkene, door uit deze titels blijvende bekwaamheden en de ervaring te vergelijken met de in de nationale wettelijke regeling verlangde kennis en kwalificaties.³³ Dit impliceert dat, wanneer uit een vergelijkend onderzoek van de diploma's blijkt dat de daaruit voortvloeiende kennis en bekwaamheden slechts gedeeltelijk overeenstemmen, de betrokkene de gelegenheid moet krijgen te bewijzen dat hij de ontbrekende kennis en bekwaamheden heeft verworven. Artikel 85 van het ontwerp spoort met deze rechtspraak.

Voor de beroepen die binnen het toepassingsgebied vallen van richtlijn 2005/36/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 september 2005 ‘betreffende de erkenning van beroepskwalificaties’ is artikel 85 van het ontwerp evenwel overbodig, aangezien voor die beroepen richtlijn 2005/36/EG geacht moet worden te zijn omgezet bij het decreet van 24 februari 2017. Meer zelfs, de ontworpen bepaling zou zo begrepen kunnen worden dat het decreet overeenkomstig artikel 5, § 3, ervan niet meer van toepassing zou zijn voor de voorwaarden inzake beroepskwalificaties in de woonzorgvoorzieningen en de verenigingen die onder het toepassingsgebied vallen van het Woonzorgdecreet 2019. Dat is allicht niet de bedoeling.

Artikel 85 zou dan beperkt moeten worden tot de voorwaarden voor de erkenning van beroepskwalificaties die buiten het toepassingsgebied van richtlijn 2005/36/EG en het decreet van 24 februari 2017 vallen (voor zover er dergelijke beroepskwalificaties voorkomen in de ontworpen regeling). Die voorwaarden kunnen dan gelden voor de erkenning van die beroepskwalificaties verworven in een andere lidstaat van de EU of de EER of gelijkgestelde

³² Richtlijn 2005/36/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 september 2005 ‘betreffende de erkenning van beroepskwalificaties’.

³³ HvJ 22 januari 2002, C-31/00, *Dreessen*, punt 24. Zie ook HvJ 5 april 2011, C-424/09, *Toki*

staten en voor de erkenning van beroepskwalificaties verworven in een andere gemeenschap in België. Indien gewenst, kunnen die voorwaarden ook gelden voor de erkenning van beroepskwalificaties verworven in derde landen.

16. In artikel 17, § 1, eerste lid, en § 2, eerste lid, van bijlage 2 bij het ontwerp wordt bepaald dat de Vlaamse Regering de bijdragesystemen bepaalt met betrekking tot de bijdrage van de gebruiker per gepresteerd uur gezinszorg, respectievelijk schoonmaakhulp, karweihulp of oppashulp. Op de vraag waarom de Vlaamse Regering zichzelf wil machtigen tot het uitvaardigen van rechtsregels, antwoordde de gemachtigde het volgende:

“Dit is op dezelfde manier opgenomen in bijlage I bij het besluit van de Vlaamse Regering van 24 juli 2009 betreffende de programmatie, de erkenningsvoorwaarden en de subsidieregeling voor woonzorgvoorzieningen en verenigingen van gebruikers en mantelzorgers. Voorheen werd die regeling vastgelegd in een ministerieel besluit, maar de toenmalige regering besliste dat die bevoegdheid niet langer gedelegeerd kon worden aan de minister, bevoegd voor de bijstand aan personen, maar dat dit voortaan door de regering zelf moest geregeld worden. In afwachting van een nieuwe regeling door de Vlaamse Regering bleef wel de bestaande regeling voor de berekening van de gebruikersbijdrage verder van toepassing (ministerieel besluit van 26 juli 2001 tot vaststelling van het bijdragesysteem voor de gebruiker van gezinszorg). Tot op vandaag is er nog geen nieuwe regeling bepaald door de Vlaamse Regering. De voorbije jaren werd het ministerieel besluit wel enkele keren gewijzigd. Dat gebeurde echter steeds via een besluit van de Vlaamse Regering, aangezien de bevoegdheid hierover sinds 2010 dus niet meer gedelegeerd is aan de minister.”

Terecht is destijds geoordeeld dat een dergelijke regeling niet in haar geheel bij een ministerieel besluit behoort te worden vastgesteld. Dat neemt echter niet weg dat het zinloos is dat de Vlaamse Regering zichzelf machtigt om bepaalde regels aan te nemen. Bovendien is het zeer de vraag of het ministerieel besluit van 26 juli 2001 ‘tot vaststelling van het bijdragesysteem voor de gebruiker van gezinszorg’ nog wel op een actuele en deugdelijke rechtsgrond berust, zodat die regeling niet zomaar naast het ontworpen besluit kan gelden.

De conclusie is dat de hoofdlijnen van dat ministerieel besluit (inzonderheid bijlage II ervan) in bijlage 2 bij het ontwerp moeten worden geïntegreerd en dat enkel de regeling van de technische en detailmaatregelen (waaronder ook bijlage I bij dat ministerieel besluit) aan de minister kan worden overgelaten (wat dan veronderstelt dat een nieuw ministerieel besluit wordt uitgewerkt ter uitvoering van de machtigingen die in bijlage 2 worden opgenomen).

17.1. In artikel 36 van bijlage 2 en artikel 29 van bijlage 3 bij het ontwerp wordt gewag gemaakt van richtlijnen die het agentschap Zorg en Gezondheid ter beschikking stelt. Op de vraag of hiermee bindende voorschriften worden beoogd, antwoordde de gemachtigde als volgt:

“Het gaat hier eerder over een handleiding over hoe Vesta gebruikt moet worden, dit is geen verordenende bevoegdheid die gedelegeerd moet worden aan de minister.”

Als het de bedoeling is dat de richtlijnen worden nageleefd door de betrokken woonzorgvoorzieningen, gaat het om rechtsregels, die in beginsel niet kunnen worden vastgesteld door het agentschap. Het verlenen van verordenende bevoegdheid aan een openbare instelling is in beginsel immers niet in overeenstemming met de algemene publiekrechtelijke beginselen omdat erdoor geraakt wordt aan het beginsel van de eenheid van de verordenende macht en een rechtstreekse parlementaire controle ontbreekt. Bovendien ontbreken de waarborgen waarmee de klassieke regelgeving gepaard gaat, zoals die inzake de bekendmaking en de preventieve controle van de Raad van State. Dergelijke delegaties kunnen dan ook enkel worden gebillijkt om praktische redenen en voor zover zij een zeer beperkte of een hoofdzakelijk technische en niet-beleidsmatige draagwijdte hebben, en er mag worden van uitgegaan dat de instellingen die de betrokken reglementering moeten toepassen of er toezicht op uitoefenen, ook het best geplaatst zijn om deze met kennis van zaken uit te werken.

Er mag worden aangenomen dat de beoogde rechtsregels van technische en detailmatige aard zijn, zodat het wel mogelijk is om de vaststelling ervan te delegeren aan de minister.

17.2. In artikel 10, § 1, derde lid, van het ontwerp, artikel 50, vierde lid, van bijlage 2 en artikel 2, § 1, derde lid, van bijlage 10 erbij wordt gewag gemaakt van een formulier dat het agentschap (op zijn website) ter beschikking stelt. Daartegen bestaat geen bezwaar, op voorwaarde dat die formulieren enkel elementen bevatten die reeds voortvloeien uit het Woonzorgdecreet 2019, het ontworpen besluit of andere regelgeving.

18. Het te nemen besluit bevat bepalingen die voorschriften van het Woonzorgdecreet 2019 hernemen of parafraseren, zoals artikel 4 van het ontwerp, dat bepaalt dat de woonzorgvoorziening moet passen in de programmatie (zie artikel 38, zesde lid, van het Woonzorgdecreet 2019) en artikel 3, eerste zin, van bijlage 4, dat overlapt met artikel 18, eerste lid, 2°, van het Woonzorgdecreet 2019. De artikelen 7, 8, 9, 13 en 18 van bijlage 5 hernemen elementen die reeds voorkomen in de artikelen 4, § 1, eerste lid, 2°, 4°, 5°, 8° en 9°, en 19, eerste lid, van het Woonzorgdecreet 2019.

Het overnemen in een lagere regeling van bepalingen van een hogere regeling dient te worden vermeden. Niet alleen is een dergelijke werkwijze op het normatieve vlak overbodig aangezien ze geen nieuwe norm tot stand brengt, maar bovendien kan ze tot verwarring leiden over de precieze aard van het in de lagere regeling opgenomen voorschrift en kan ze inzonderheid aanleiding ertoe zijn dat later uit het oog verloren wordt dat alleen de hogere regelgever het betrokken voorschrift kan wijzigen. Het overnemen van decretale bepalingen in een besluit van de Vlaamse Regering kan dan ook alleen maar worden gedoogd in zoverre zulks noodzakelijk is voor de leesbaarheid van het besluit, in welk geval een uitdrukkelijke verwijzing naar de betrokken decreetsbepaling het aangewezen middel zal zijn om de aard van de betrokken bepaling herkenbaar te houden (“Overeenkomstig artikel ... van het decreet van ...”).

19. In verschillende bepalingen van het ontwerp die betrekking hebben op de indexering van subsidies wordt verwezen naar het indexcijfer dat wordt berekend en toegepast conform artikel 2 van het koninklijk besluit van 24 december 1993 ‘ter uitvoering van de wet van 6 januari 1989 tot vrijwaring van ’s lands concurrentievermogen’. De gemachtigde verklaarde dat telkens de afgevlakte gezondheidsindex wordt bedoeld. In dat geval moet ter wille van de rechtszekerheid worden verwezen naar artikel 2, § 2, van het genoemde koninklijk besluit.

20. In de artikelen 2 en 12 van het ontwerp en in verschillende bepalingen van de bijlagen (zoals artikel 5 van bijlage 1 en artikel 5 van bijlage 2) wordt geschreven “Met behoud van de toepassing van artikel (...) van het Woonzorgdecreet van 15 februari 2019”. Die formulering houdt in dat ervan wordt uitgegaan dat de bepalingen van het Woonzorgdecreet 2019 toepasselijk zijn, naast de betrokken bepalingen van het te nemen besluit. Zo’n vermelding is zinloos, omdat de bepalingen van het Woonzorgdecreet 2019 hoe dan ook toepasselijk zijn en zelfs voorgaan op de bepalingen van het te nemen besluit. De gemachtigde beaamde dat dergelijke vermeldingen beter kunnen worden weggelaten.

21. In het ontwerp komt tweemaal een hoofdstuk 4 voor en tweemaal een hoofdstuk 5 en in het eerste vermelde hoofdstuk 5 komt tweemaal een afdeling 4 voor. De hoofdstukken en afdelingen moeten dan ook worden vernummerd.

22. In verscheidene bepalingen van het te nemen besluit wordt gewag gemaakt van “het kwaliteitssysteem”, zoals in artikel 9, § 2, derde lid, en in artikel 14, eerste lid, 3°, van bijlage 1 erbij. De gemachtigde verklaarde dat het kwaliteitsmanagementsysteem wordt bedoeld, waarvan gewag wordt gemaakt in de artikelen 4 en 5 van het decreet van 17 oktober 2003. Er kan dan ook duidelijkheidshalve beter naar die decretale bepalingen worden verwezen en worden aangesloten bij de terminologie in dat decreet.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Aanhef

23. De vermelding van de rechtsgrond moet worden aangepast aan hetgeen is uiteengezet in de opmerkingen 5 tot 9.2.

24. In een nieuw in te voegen lid van de aanhef moet worden verwezen naar het overleg met de sector bedoeld in artikel 6, § 3, van het decreet van 17 oktober 2003.

25. De vermelding “Gelet op de adviezen;” moet worden vervangen door verwijzingen naar alle adviezen (naast dat van de Raad van State) die over het ontwerp zijn verleend.

26. In het laatste lid van de aanhef moet worden verwezen naar artikel 84, § 1, eerste lid, 2° (niet: 1°), van de wetten op de Raad van State.

Artikel 3

27. Volgens de gemachtigde moet in artikel 3, eerste lid, van het ontwerp worden verwezen naar bijlage “5 tot en met 11” in plaats van naar bijlage “5 tot en met 9 en 11”, aangezien bijlage 10 ook een programmatieregeling bevat voor de groepen van assistentiewoningen.

Artikel 20

28. Overeenkomstig artikel 20 van het ontwerp voert “[d]e initiatiefnemer (...) een gezond financieel beleid, besteedt [hij] subsidies doelmatig en voorziet [hij in] voldoende financiële middelen om een verantwoorde en continue zorg en ondersteuning te verzekeren”. Nog afgezien van de vraag wat de meerwaarde van een dergelijke bepaling is in vergelijking met de vereisten inzake financiële en bestuurlijke weerbaarheid en transparantie, vervat in de artikelen 6 tot 8 van het Woonzorgdecreet 2019, is een dergelijke bepaling zo vaag en algemeen geformuleerd dat de afdwingbaarheid ervan erg twijfelachtig is.

Artikel 25

29. Overeenkomstig artikel 25, tweede lid, van het ontwerp bepaalt de minister de nadere regels over de wijze waarop de aanvraag voor een tijdelijke subsidie voor projecten wordt ingediend, de criteria en de methode volgens welke die aanvraag wordt geëvalueerd, de vaststelling van het bedrag van de subsidie en de wijze waarop de subsidie wordt uitbetaald.

Zoals de Raad van State in het verleden reeds meermaals heeft opgemerkt, kan het toekennen van een verordenende bevoegdheid door de Vlaamse Regering aan één van haar leden, enkel toelaatbaar worden geacht in zoverre die delegatie slechts regels van bijkomstige aard of van beperkt belang betreft, hetgeen hier niet het geval is.

De regeling van de tijdelijke subsidies voor projecten moet verder worden uitgewerkt in artikel 25 van het ontwerp (onder meer wat betreft de voorwaarden voor dergelijke subsidies) vooraleer elementen ervan kunnen worden gedelegeerd aan de minister.

Artikel 36

30. In het ontworpen artikel 1/1 van het besluit van de Vlaamse Regering van 9 december 2011 ‘tot vaststelling van de specifieke brandveiligheidsnormen waaraan ouderenvoorzieningen, lokale dienstencentra en centra voor herstelverblijf moeten voldoen en tot bepaling van de procedure voor de uitreiking van het attest van naleving van die normen’ wordt verwezen naar het “besluit van de Vlaamse Regering van 8 juni 1999 tot vaststelling van de totale investeringssubsidie en de bouwtechnische normen voor centra voor dagverzorging, centra voor kortverblijf, woonzorgcentra en lokale dienstencentra”. Wellicht wordt bedoeld te verwijzen naar het besluit van de Vlaamse Regering van 8 juni 1999 ‘tot vaststelling van de totale investeringssubsidie en de bouwtechnische normen voor voorzieningen voor ouderen en voorzieningen in de thuiszorg’. In dat geval moet ermee rekening worden gehouden dat dat

besluit met ingang van 1 januari 2020 zal worden vervangen door het nog te nemen besluit van de Vlaamse Regering ‘tot vaststelling van de investeringssubsidie en de bouwtechnische en bouwfysische normen voor sommige woonzorgvoorzieningen en tot wijziging van diverse bepalingen in dat verband ingevolge het Woonzorgdecreet van 15 februari 2019’, dat in ontwerpvorm om advies is voorgelegd aan de Raad van State. In dat toekomstige besluit wordt echter geen gewag gemaakt van de “antennes” waaraan wordt gerefereerd in het ontworpen artikel 1/1, maar enkel (in artikel 10, tweede lid, 5°) van “maximum drie locaties” waarvoor subsidies kunnen worden toegekend.

Het ontworpen artikel 1/1 van het besluit van de Vlaamse Regering van 9 december 2011 zal moeten worden herzien in het licht van dat toekomstige besluit.

Artikelen 42 tot 82

31. De stellers van het ontwerp moeten voor ogen houden dat verscheidene bepalingen van het besluit van de Vlaamse Regering van 30 november 2018 ‘houdende de uitvoering van het decreet van 18 mei 2018 houdende de Vlaamse sociale bescherming’ die gewijzigd worden bij de artikelen 42 tot 82 van het ontwerp, recent werden gewijzigd of nog zullen worden gewijzigd vooraleer dit te nemen besluit in werking treedt. Van die wijzigingen zal melding moeten worden gemaakt in de inleidende zin van de betrokken ontworpen wijzigingsbepalingen.

Bijlage 2

32. In artikel 50, tweede lid, van bijlage 2 bij het ontwerp wordt gewag gemaakt van de criteria voor de *ontvankelijkheid* van de aanvraag van extra uren gezinszorg. De gemachtigde bevestigde evenwel dat het de criteria betreft om uit te maken of de aanvraag kan worden ingewilligd en niet de criteria om te beoordelen of de aanvraag alle voorgeschreven gegevens en documenten bevat. Men schrijve dan ook “de criteria voor de *beoordeling* van de aanvraag”.

Bijlage 7

33. Aangezien de programmatiebepalingen en specifieke erkenningsvoorwaarden in bijlage 7 bij het ontwerp niet enkel betrekking hebben op de centra voor dagverzorging maar ook op de centra voor dagopvang, dit zijn de centra voor dagopvang van een dienst voor gezinszorg met een bijkomende erkenning voor centrum voor dagopvang, verdient het aanbeveling om dit tot uitdrukking te brengen in het opschrift van deze bijlage. In elk geval schrijve men “Centra” in plaats van “Centrum”.

Bijlage 8

34. Bijlage 8 bij het ontwerp vertoont heel wat redactionele tekortkomingen, zoals ook blijkt uit wat volgt. Het is raadzaam om de tekst nog eens aan een grondig onderzoek te onderwerpen wat betreft interne coherentie, kruisverwijzingen en taalgebruik.

35. Het opschrift van bijlage 8 zou moeten luiden “Centra voor kortverblijf” in plaats van “Centrum voor kortverblijf”.
36. Overeenkomstig artikel 4 van bijlage 8 gelden onder meer de rechten vermeld in artikel 5, 6°, van bijlage 11 (voorkeuren van de bewoner van een woonzorgcentrum inzake zorgplanning en levenseinde) niet voor gebruikers van een centrum voor kortverblijf type 1, maar wel voor gebruikers van een centrum voor kortverblijf type 2 en type 3 (zie de artikelen 45, 6°, en 105, 6°, van bijlage 8). De Raad van State ziet niet in hoe dat verschil in behandeling kan worden verantwoord.
37. De vraag rijst of in artikel 7 van bijlage 8 wel correct wordt verwezen naar de artikelen 22 tot 27 van bijlage 11, aangezien artikel 27 niet behoort tot de onderafdeling die gewijd is aan de algemene bepalingen over de kwaliteit van zorg en ondersteuning.
38. In artikel 9 van bijlage 8 moet kennelijk naar artikel 29 (niet: 30) van bijlage 11 worden verwezen.
39. In artikel 13 van bijlage 8 wordt wellicht naar de verkeerde artikelen verwezen; zo behoort artikel 41 van bijlage 11 tot een andere onderafdeling dan de overige artikelen waarnaar wordt verwezen.
40. In artikel 19 van bijlage 8 moet allicht worden verwezen naar artikel 49 (niet: 50) van bijlage 11.
41. Overeenkomstig artikel 23 van bijlage 8 bepaalt de minister de planning, de evaluatiecriteria en de prioriteiten om bijkomende verblijfseenheden toe te kennen. Die delegatie aan de minister is slechts aanvaardbaar voor zover die machtiging betrekking heeft op regels van bijkomstige aard of van beperkt belang. Indien dat niet het geval is, moet de ontworpen bepaling worden aangevuld met de belangrijkste elementen van de beoogde regeling, vooraleer de rest aan de minister kan worden gedelegeerd.
- Die opmerking geldt eveneens voor de delegatie aan de minister vervat in artikel 36 van bijlage 8 om de nadere subsidievoorwaarden en de overgangsbepalingen vast te leggen en voor de delegatie aan de minister in artikel 98, vijfde lid, van bijlage 8 om de nadere subsidievoorwaarden vast te leggen.
42. De interne afsprakennota voor gebruikers van een centrum voor kortverblijf type 2 moet volgens artikel 53 van bijlage 8 geen afspraken bevatten over onder meer het beleid inzake het levenseinde, in tegenstelling tot de interne afsprakennota voor gebruikers van een centrum voor kortverblijf type 1 en type 3. Dit moet kunnen worden verantwoord in het licht van het gelijkheidsbeginsel.
43. De zin in artikel 54, derde lid, van bijlage 8 loopt niet.

44. In artikel 57, derde lid, van bijlage 8 moet worden verwezen naar de termijn, vermeld in het tweede (niet: eerste) lid.

45. In artikel 95 van bijlage 8 moet worden verwezen naar artikel 94, eerste lid, 4° (niet: 2°).

46. In artikel 119 van bijlage 8 schrappe men de zinsnede “, als vermeld in het eerste lid”.

Bijlage 10

47. Artikel 8 van bijlage 10 bij het ontwerp bevat twee verplichtingen gericht aan de groep van assistentiewoningen. De vraag rijst of, naar analogie van andere artikelen van dezelfde bijlage, die verplichtingen niet beter worden opgelegd aan de initiatiefnemer of aan de beheersinstantie.

48. Bij artikel 42, derde zin, van bijlage 10 wordt de minister gemachtigd om nadere voorwaarden te bepalen voor de gebruikers jonger dan 65 jaar aan wie assistentiewoningen kunnen worden aangeboden. Die delegatie aan de minister is slechts aanvaardbaar voor zover die machtiging betrekking heeft op regels van bijkomstige aard of van beperkt belang. Indien dat niet het geval is, moet de ontworpen bepaling worden aangevuld met de belangrijkste elementen van de beoogde regeling, vooraleer de rest aan de minister kan worden gedelegeerd.

Bijlage 11

49. Het opschrift van bijlage 11 bij het ontwerp zou moeten luiden “Woonzorgcentra” in plaats van “Woonzorgcentrum”.

50. In artikel 6, derde lid, van bijlage 11 schrijve men “en heeft een” in plaats van “een heeft een”.

Bijlage 14

51. Aangezien de tekst van bijlage 14 bij het ontwerp voor het overige niet is ingedeeld in hoofdstukken, schrappe men “Hoofdstuk 1. Definities”.

52. De tekst van bijlage 14 moet vanuit taalkundig oogpunt aan een nieuw onderzoek worden onderworpen. Zo moet in artikel 2, § 1, tweede lid, 2°, het woord “voor” worden geschrapt en schrijve men “in *gebruik* zijn genomen”. In artikel 3, eerste lid, 6°, schrijve men “volledig zijn” in plaats van “volledig zij”.

Dat geldt ook voor de kruisverwijzingen in bijlage 14, zoals blijkt uit de volgende voorbeelden.

- In de inleidende zin van artikel 2, § 2, wordt verwezen naar het “zesde lid” van paragraaf 1, terwijl die paragraaf geen zesde lid bevat.
- De voorwaarden vermeld in artikel 3, 1°, komen voor in deel 2, hoofdstuk 5 (niet: hoofdstuk 2, afdeling 6), van bijlage 8.
- In artikel 3, tweede lid, wordt verschillende keren ten onrechte verwezen naar “artikel 58” en naar “artikel 59 tot en met 61” van bijlage 11 bij het ontwerp; er moet kennelijk verwezen worden naar “artikel 53” en naar “de artikelen 54 tot 56” van die bijlage.

53. Bij artikel 4, § 1, 5°, van bijlage 14 wordt de minister gemachtigd om het percentage te bepalen waarmee de gefactureerde referentiedagen worden vermeerderd in het kader van de berekening van de gemiddelde bezettingsgraad van het woonzorgcentrum in de referentieperiode. Er kan niet worden aangenomen dat die delegatie betrekking heeft op regels van bijkomstige aard of van beperkt belang. Ofwel moeten aan die delegatie criteria worden verbonden waardoor de beoordelingsbevoegdheid van de minister alsnog in die zin wordt beperkt, ofwel moet de beoogde regeling in het ontwerp worden opgenomen.

54. Het is onduidelijk wat de zin is van artikel 8 van bijlage 14. Er wordt bepaald dat het subsidiebedrag dat met toepassing van artikel 4 is vastgesteld, op zijn vroegst met ingang van 1 januari 2018 wordt verleend en uitgekeerd, terwijl artikel 4 uiteraard slechts van toepassing is vanaf 1 januari 2020. Deze bepaling zou slechts zin kunnen hebben wanneer het gaat om een overgangsbepaling met betrekking tot de regeling die nu is opgenomen in bijlage XVII van het besluit van de Vlaamse Regering van 24 juli 2009, maar dan moet de bepaling grondig worden geherformuleerd.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Annemie GOOSSENS

Jeroen VAN NIEUWENHOVE



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 66.276/3
van 26 juni 2019

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot vaststelling van de investeringssubsidie en de bouwtechnische en bouwfysische normen voor sommige woonzorgvoorzieningen en tot wijziging van diverse bepalingen in dat verband ingevolge het Woonzorgdecreet van 15 februari 2019’

Op 27 mei 2019 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 vaststelling van de investeringssubsidie en de bouwtechnische en bouwfysische normen voor sommige woonzorgvoorzieningen en tot wijziging van diverse bepalingen in dat verband ingevolge het Woonzorgdecreet van 15 februari 2019’.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 18 juni 2019. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Jeroen VAN NIEUWENHOVE en Koen MUYLLE, staatsraden, Jan VELAERS en Bruno PEETERS, assessoren, en Annemie GOOSSENS, griffier.

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

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 26 juni 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.

*

VOORAFGAANDE OPMERKING

2. Rekening houdend met het ogenblik waarop dit advies gegeven wordt, vestigt de Raad van State de aandacht van de regering op het feit dat de verkiezingen van 26 mei 2019 tot gevolg hebben dat de regering sedert die datum en totdat een nieuwe regering is verkozen, niet over de volheid van haar bevoegdheid beschikt. Dit advies wordt evenwel gegeven zonder dat wordt nagegaan of dit ontwerp in die beperkte bevoegdheid kan worden ingepast, aangezien de afdeling Wetgeving geen kennis heeft van het geheel van de feitelijke gegevens die de regering in aanmerking kan nemen als ze te oordelen heeft of het vaststellen of het wijzigen van verordeningen noodzakelijk is.

STREKKING VAN HET ONTWERP

3.1. Het voor advies voorgelegde ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering strekt er in de eerste plaats toe om voor sommige woonzorgvoorzieningen, namelijk de centra voor dagopvang, de centra voor dagverzorging, de centra voor kortverblijf type 2 en type 3 en de lokale dienstencentra, de bouwtechnische en bouwfysische normen (artikelen 2 tot 9 van het ontwerp), de subsidiabele oppervlakte (artikel 10) en de (berekenningswijze van de) verschillende vormen van investeringssubsidies (artikelen 11 tot 17) vast te stellen. Deze bepalingen komen in de plaats van het besluit van de Vlaamse Regering van 8 juni 1999 'tot vaststelling van de totale investeringssubsidie en de bouwtechnische normen voor voorzieningen voor ouderen en voorzieningen in de thuiszorg', dat wordt opgeheven (artikel 32) met ingang van 1 januari 2020 (artikel 33, eerste lid).

De nieuwe regeling sluit zeer nauw aan bij de regeling in het voormelde op te heffen besluit. De voornaamste wijzigingen kunnen worden samengevat als volgt.

- De definities van de verschillende soorten voorzieningen en van het toepassingsgebied worden aangepast aan het (nieuwe) Woonzorgdecreet van 15 februari 2019 (artikel 1).
- Er wordt voorzien in specifieke bouwtechnische en bouwfysische normen, uitsluitend voor de lokale dienstencentra, die toepasselijk zijn naast de bestaande erkenningsnormen inzake infrastructuur voor deze centra (artikelen 7 en 9), in tegenstelling tot de centra voor dagopvang, de centra voor dagverzorging en de centra voor kortverblijf type 2 en type 3, waarvoor enkel naar de relevante erkenningsnormen wordt verwezen (artikelen 3 tot 6).
- Bij het bepalen van de subsidiabele oppervlakte van een lokaal dienstencentrum wordt rekening gehouden met de mogelijkheid dat een lokaal dienstencentrum kan bestaan uit een hoofdgebouw op één locatie, een hoofdgebouw en antennes op verschillende locaties of

gedecentraliseerde antennes op verschillende locaties, zonder duidelijk identificeerbaar hoofdgebouw (artikel 10, tweede lid, 5°).¹

- Het basisbedrag van de investeringssubsidies voor de lokale dienstencentra wordt verhoogd, zowel voor nieuwbouw, uitrusting en meubilering als voor uitbreiding (artikelen 11, eerste lid, 5°, en 12, § 1, 5°).
- Het wordt mogelijk om binnen een periode van twintig jaar toch een subsidiebelofte te verkrijgen voor hetzelfde project als het een verbouwing betreft uitsluitend voor brandveiligheidswerken of wanneer het aanvankelijk verkregen subsidiebedrag volledig is teruggestort of niet hoeft te worden teruggestort (artikel 15, tweede lid, 2° en 3°).

3.2. Van de gelegenheid wordt gebruik gemaakt om verschillende wijzigingen aan te brengen in het besluit van de Vlaamse Regering van 8 juni 1999 ‘houdende de procedureregels inzake de infrastructuur voor persoonsgebonden aangelegenheden’, naar aanleiding van wijzigingen die het Woonzorgdecreet van 15 februari 2019 met zich brengt voor de thuiszorg- en ouderenzorgvoorzieningen (artikelen 18 tot 23).

3.3. Ten slotte worden met ingang van 1 januari 2019 verscheidene wijzigingen aangebracht in het voormelde besluit van de Vlaamse Regering van 8 juni 1999 ‘tot vaststelling van de totale investeringssubsidie en de bouwtechnische normen voor voorzieningen voor ouderen en voorzieningen in de thuiszorg’, teneinde te anticiperen op de afschaffing, bij het Woonzorgdecreet van 15 februari 2019, van de regionale dienstencentra als erkende thuiszorgvoorzieningen (artikelen 24 tot 31 en 33, tweede lid).

3.4. Het te nemen besluit treedt in werking op 1 januari 2020, met uitzondering van een aantal autonome en wijzigingsbepalingen met betrekking tot de centra voor kortverblijf type 3, die pas later in werking treden, en van de artikelen 18, 2°, 19, 3°, 21 en 24 tot 31, die uitwerking hebben met ingang van 1 januari 2019 (artikel 33).

RECHTSGROND

4.1. Het ontworpen besluit vindt in beginsel rechtsgrond in de bepalingen die worden vermeld in het eerste lid van de aanhef.

4.2. Dat is echter anders voor artikel 9 van het ontworpen besluit, dat subsidiëringsvoorwaarden bevat voor lokale dienstencentra met betrekking tot het gebruik van de te subsidiëren locaties voor hetzij de opvang en ontmoeting van gebruikers, hetzij voor andere initiatieven. Die voorwaarden hebben betrekking op het gebruik van de betrokken gebouwen en niet op de bouwfysische, technische of kwalitatieve aspecten ervan. Er kan dan ook geen rechtsgrond voor worden gevonden in artikel 10 van het decreet van 23 februari 1994 ‘inzake de

¹ Zie daarover overigens adv RvS 66 182/3 van 19 juni 2019 over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘betreffende de programmatie, de erkenningsvoorwaarden en de subsidieregeling voor woonzorgvoorzieningen en verenigingen voor mantelzorgers en gebruikers’, opmerking 30

infrastructuur voor persoonsgebonden aangelegenheden', noch in enige andere bepaling van dat decreet.²

Indien de bepaling wordt omgewerkt tot een erkenningsnorm, kan artikel 38, tweede lid, van het Woonzorgdecreet van 15 februari 2019 ervoor rechtsgrond bieden. In dat geval zou de aangepaste ontworpen bepaling beter worden geïntegreerd in hoofdstuk 3 van bijlage 1 bij het te nemen besluit van de Vlaamse Regering 'betreffende de programmatie, de erkenningsvoorwaarden en de subsidieregeling voor woonzorgvoorzieningen en verenigingen voor mantelzorgers en gebruikers'.³ In elk geval kan de ontworpen bepaling niet worden gehandhaafd in de ontworpen regeling als een voorwaarde met betrekking tot infrastructuursubsidies.

VORMVEREISTEN

5 Ook al behelst het ontwerp geen ingrijpende wijziging van het systeem van investeringssubsidies, sommige wijzigingen hebben wel degelijk tot gevolg dat voortaan subsidies kunnen worden verleend onder soepeler voorwaarden dan voorheen of voor investeringen die voorheen niet voor subsidiëring in aanmerking kwamen.

De Raad van State heeft reeds bij eerdere gelegenheden uiteengezet dat het verlenen van subsidies aan sommige voorzieningen in persoonsgebonden aangelegenheden (zoals kinderopvanginitiatieven, ouderenvoorzieningen en verzorgingsinstellingen) mogelijk moet worden beschouwd als staatssteun in de zin van artikel 107 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie en in beginsel onder het toepassingsgebied valt van de aanmeldingsplicht bij de Europese Commissie, bedoeld in artikel 108, lid 3, van datzelfde Verdrag, en dat dat ook geldt voor de procedureregels waarbij de subsidies worden toegekend.⁴

Ook al kan het DAEB-vrijstellingsbesluit⁵ in beginsel toepassing vinden in de sector van de infrastructuursubsidies in persoonsgebonden aangelegenheden en kan worden aangenomen dat de betrokken voorzieningen belast zijn met een dienst van algemeen economisch belang, dit betekent nog niet dat de beoogde subsidies effectief worden toegekend voor de compensatie van een welbepaalde dienst van algemeen economisch belang en dat is voldaan aan

² Zie onder meer adv RvS 48 490/3 van 12 juli 2010 over een ontwerp dat heeft geleid tot het besluit van de Vlaamse Regering van 10 september 2010 'tot vaststelling van de investeringssubsidie en de bouwtechnische en bouwfysische normen voor de preventieve en de ambulante gezondheidszorg', opmerking 3 2

³ Over het ontwerp van dat besluit heeft de Raad van State op 19 juni 2019 advies 66 182/3 gegeven

⁴ Zie o m adv RvS 56 383/3 van 17 juni 2014 over een ontwerp dat heeft geleid tot het besluit van de Vlaamse Regering van 19 december 2014 'houdende de procedures voor de aanvraag en de toekenning van een erkenning, een attest van toezicht en de subsidies voor buitenschoolse opvang' (opmerking 5) en adv RvS 57 875/1/V van 24 augustus 2015 over een ontwerp dat heeft geleid tot het besluit van de Vlaamse Regering van 23 oktober 2015 'tot wijziging van artikel 57 van het Procedurebesluit van 9 mei 2014, wat betreft de programmatieregels voor subsidies' (opmerking 5)

⁵ Besluit 2012/21/EU van de 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'

de voorwaarden ter zake vervat in het DAEB-vrijstellingsbesluit. Dat aan die voorwaarden is voldaan, onder meer wat betreft de beperking in de tijd van de compensatie (artikel 2, lid 2, van het DAEB-vrijstellingsbesluit), de omvang van de compensatie (artikel 5) en de tweejaarlijkse verslaglegging aan de Europese Commissie (artikel 9), kan niet worden afgeleid uit het ontwerp, dat ter zake geen enkele bepaling bevat.

De stellers van het ontwerp moeten zich ervan vergewissen dat aan de voormelde voorwaarden is voldaan⁶ en eventueel bepalingen opnemen in het ontwerp om dat te waarborgen. Indien aan de voormelde voorwaarden niet is voldaan, zal de ontworpen regeling immers moeten worden aangemeld bij de Europese Commissie. Die aanmelding is noodzakelijk om de sanctie te vermijden in geval van een onterechte niet-aanmelding, namelijk dat de steun *per se* nietig is (zelfs indien ze verenigbaar verklaard zou kunnen worden als ze correct werd aangemeld).

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 33

6. Overeenkomstig artikel 33 treedt het te nemen besluit in werking op 1 januari 2020, met uitzondering van een aantal autonome en wijzigingsbepalingen met betrekking tot de centra voor kortverblijf type 3, die pas later in werking treden,⁷ en van de artikelen 18, 2°, 19, 3°, 21 en 24 tot 31, die uitwerking hebben met ingang van 1 januari 2019. De bepalingen waaraan aldus terugwerkende kracht wordt verleend, beogen de verwijzingen naar regionale dienstencentra te verwijderen uit de twee voormelde besluiten van 8 juni 1999.

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 verkrege situaties worden aangetast.

In de nota aan de leden van de Vlaamse Regering wordt in dat verband het volgende uiteengezet:

“De regionale dienstencentra worden afgeschaft in het nieuwe woonzorgdecreet. Aangezien dit nieuwe woonzorgdecreet pas in werking treedt vanaf 1/01/2020, blijven de regionale dienstencentra officieel tot die datum bestaan (lees: tot dan kunnen ze een erkenning of een voorafgaande vergunning krijgen). Als de regionale dienstencentra vanaf 1/01/2020 niet meer erkenbaar zijn, is het aangewezen dat aanvragen van regionale dienstencentra tot het bekomen van VIPA-investeringssubsidies niet langer toegelaten worden vanaf 1/01/2019. Dit omdat het VIPA wil vermijden dat regionale dienstencentra nu nog een aanvraag indienen en mogelijk dit jaar nog beginnen bouwen, maar bij de opening van hun nieuwe infrastructuur (rekening houdend met de termijn van

⁶ De nota aan de leden van de Vlaamse Regering bevat ter zake geen enkele toelichting

⁷ Namelijk op hetzelfde tijdstip als deel 4 van bijlage 8 bij het te nemen besluit van de Vlaamse Regering ‘betreffende de programmatie, de erkenningsvoorwaarden en de subsidieregeling voor woonzorgvoorzieningen en verenigingen voor mantelzorgers en gebruikers’ (zie artikel 87 van het ontwerp van dat besluit)

dossierbehandeling en de bouwtermijn is dit ten vroegste na 1/01/2020) niet erkend kunnen worden omdat op dat moment het nieuwe woonzorgdecreet in werking is getreden en de regionale dienstencentra dus afgeschaft zullen zijn. Deze maatregel is een vorm van goed bestuur.”

Op de vraag of sinds 1 januari 2019 aanvragen werden ingediend voor subsidies voor de bouw van regionale dienstencentra, antwoordde de gemachtigde ontkennend. Hij verklaarde eveneens dat geen subsidiebeloftes zijn toegekend sinds die datum voor de bouw van regionale dienstencentra. In die omstandigheden kan worden aangenomen dat geen afbreuk wordt gedaan aan gewekte verwachtingen bij regionale dienstencentra en kan de terugwerkende kracht dan ook worden aanvaard.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Annemie GOOSSENS

Jo BAERT