



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 72.879/3
van 2 februari 2023

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot toekenning van een subsidie aan de diensten voor gezinszorg ter compensatie van het verlies aan subsidies door diverse crisissen’

Op 3 januari 2023 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 toekenning van een subsidie aan de diensten voor gezinszorg ter compensatie van het verlies aan subsidies door diverse crisissen’.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 31 januari 2023. De kamer was samengesteld uit Jeroen VAN NIEUWENHOVE, kamervoorzitter, Koen MUYLLE en Inge VOS, staatsraden, Bruno PEETERS, assessor, en Astrid TRUYENS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Lise VANDENHENDE, adjunct-auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 2 februari 2023.

*

1. Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft de afdeling Wetgeving zich toegespitst op het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING VAN HET ONTWERP

2. Het voor advies voorgelegde ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering strekt ertoe de diensten voor gezinszorg te compenseren voor de verliezen inzake subsidies die zij in 2022 hebben geleden en de extra personeels- en brandstofkosten die zij in 2022 hebben gehad (artikelen 2, 3, 4 en 6 van het ontwerp).

Voorts biedt artikel 5 de mogelijkheid voor diensten voor gezinszorg om aan het agentschap Zorg en Gezondheid (hierna: het agentschap) te vragen om de compensaties voor het verlies aan subsidies voor schoonmaakhulp, karweihulp en oppashulp voor het jaar 2020, die uitgevoerd werden met toepassing van artikel 6 van het besluit van de Vlaamse Regering van 10 juli 2020 ‘tot bepaling van een aantal maatregelen ter ondersteuning van de diensten voor gezinszorg naar aanleiding van de COVID-19-pandemie’, opnieuw te berekenen met andere gegevens dan die van het jaar 2019.

Artikel 7 bepaalt dat de subsidiebedragen worden geïndexeerd overeenkomstig artikel 69 van bijlage 2 bij het besluit van de Vlaamse Regering van 28 juni 2019 ‘betreffende de programmatie, de erkenningsvoorwaarden en de subsidieregeling voor woonzorgvoorzieningen en verenigingen voor mantelzorgers en gebruikers’ in plaats van overeenkomstig artikel 58, § 3, van dezelfde bijlage.

Overeenkomstig artikel 8 heeft het te nemen besluit uitwerking met ingang van 1 januari 2022.

RECHTSGROND

3. Het ontwerp vindt rechtsgrond in de artikelen 55, § 1, eerste lid, en 56, eerste lid, van het Woonzorgdecreet van 15 februari 2019. Op grond van de eerstgenoemde bepaling kan de Vlaamse Regering subsidies verlenen aan onder meer woonzorgvoorzieningen (waaronder diensten voor gezinszorg). Overeenkomstig de laatstgenoemde bepaling kan de Vlaamse Regering de regels vaststellen voor de aanvraag, de vaststelling, de toekenning en de vereffening van de subsidie.

VORMVEREISTEN

4. Artikel 2 en 6 strekken respectievelijk tot de invoering van een nieuwe subsidie aan de diensten voor gezinszorg ter compensatie van het verlies aan inkomsten uit subsidies tijdens de COVID-19-epidemie in het eerste kwartaal 2022 en van een extra subsidie voor de kilometers die het logistiek personeel of de doelgroepwerknemer voor de dienst hebben afgelegd.

De vraag rijst of de bepalingen van het ontwerp 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:

“Het ontwerp van besluit werd niet aangemeld bij de Europese Commissie op grond van artikel 108, derde lid, VWEU als mogelijke staatssteun. De diensten voor gezinszorg zijn niet-economische diensten van algemeen belang. Die diensten vallen onder de volgende uitzonderingen: artikel 2, 2, a), of in tweede orde artikel 2, 2, j), van de [diensten]richtlijn. De uitgebreide argumentatie daarvoor is terug te vinden in de memorie van toelichting bij het Woonzorgdecreet van 15 februari 2019: zie Vlaams Parlement, 1765 (2018-2019), Nr. 1, bladzijde 32 en volgende, punt 11.2. (<http://docs.vlaamsparlement.be/pfile?id=1439759>).

Mocht men van oordeel zijn dat die diensten voor gezinszorg toch geen dienst van algemeen belang (DAB) zijn in de zin van artikel 2, 2, a), van de richtlijn, dan kan voor de toetsing verwezen worden naar de uitleg van de gemachtigde van de Vlaamse Regering, zoals opgenomen onder punt 13.2. van het advies van de Raad van State nr. 66.182/3 van 19 juni 2019: de diensten voor gezinszorg zijn thuiszorgvoorzieningen. Die voorzieningen zijn vrij 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 besluit met de erkennings- en subsidievoorwaarden is enkel van toepassing op de thuiszorg die geleverd wordt in Vlaanderen en het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad.”

De Raad van State moet de sterke twijfels herhalen die hij in advies nr. 63.937/3 van 10 oktober 2018 over een voorontwerp dat heeft geleid tot het Woonzorgdecreet 2019¹ en in advies nr. 66.182/3 van 19 juni 2019 over een ontwerp dat heeft geleid tot het besluit van de Vlaamse Regering van 28 juni 2019 ‘betreffende de programmatie, de erkenningsvoorwaarden en de subsidieregeling voor woonzorgvoorzieningen en verenigingen voor mantelzorgers en gebruikers’² reeds heeft geuit bij de ruime inschatting van de niet-economische diensten van algemeen belang en bij de beoordeling van de uitzonderingsgrond van artikel 2, lid 2, f), van de dienstenrichtlijn.³

¹ *Parl.St.* VI.Parl. 2018-19, nr. 1765/1, 270-272 en 276.

² Zie de opmerkingen 11.1 tot 11.3 en 13.1 tot 13.3.

³ Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 ‘betreffende diensten op de interne markt’.

Indien bepaalde steunmaatregelen in het ontwerp alsnog als diensten van algemeen economisch belang worden gekwalificeerd, is de aanmelding bij de Europese Commissie vereist, tenzij een beroep kan worden gedaan op een vrijstellingsregeling en aan alle voorwaarden van deze vrijstellingsregeling is voldaan.

Indien de aan de Raad van State voorgelegde tekst ten gevolge van het vervullen van dat vormvereiste nog wijzigingen zou ondergaan,⁴ 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.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 5

5.1. Artikel 5 van het ontwerp biedt de mogelijkheid aan een dienst voor gezinszorg die in 2020 geen gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid, vermeld in artikel 10, eerste lid, van het besluit van de Vlaamse Regering van 10 juli 2020, om aan het agentschap te vragen om de compensaties voor het verlies aan subsidies voor schoonmaakhulp, karweihulp en oppashulp voor het jaar 2020, die uitgevoerd werden met toepassing van artikel 6 van het voormelde besluit, opnieuw te berekenen met andere gegevens dan die van het jaar 2019, als hij van oordeel is dat de gegevens van 2019 niet representatief zijn en afwijken van een normaal werkingsjaar.

Deze mogelijkheid werd oorspronkelijk reeds geboden bij artikel 10, eerste lid, van het besluit van de Vlaamse Regering van 10 juli 2020, dat luidt als volgt: “Als een dienst van oordeel is dat de gegevens van 2019 niet representatief zijn en afwijken van een normaal werkingsjaar, kan die aan het agentschap vragen om bij de berekeningen die uitgevoerd worden met toepassing van artikel 2, 5, 6 en 8, andere gegevens te gebruiken dan die van 2019. De dienst die gebruik wil maken van die mogelijkheid, bezorgt voor 15 september 2020 een gemotiveerde aanvraag, samen met de nodige bewijsstukken, aan het agentschap.”

Artikel 5 van het ontwerp strekt ertoe, enkel voor de toepassing van artikel 6 van het besluit van de Vlaamse Regering van 10 juli 2020, met name voor de berekening van de compensatie voor het verlies aan subsidies voor schoonmaakhulp, karweihulp en oppashulp, opnieuw de kans te bieden een aanpassing van de berekening te vragen voor het werkjaar 2020. Artikel 5 van het ontwerp voorziet niet in dezelfde mogelijkheid voor compensatie voor het verlies aan subsidies voor gezinszorg (artikelen 2 en 5 van hetzelfde besluit) of voor compensatie voor het verlies aan inkomsten uit de bijdragen van de gebruikers (artikel 8 van hetzelfde besluit).

5.2. Volgens de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof is een verschil in behandeling slechts verenigbaar met de grondwettelijke beginselen van gelijkheid en niet discriminatie, wanneer dat verschil op een objectief criterium berust en het redelijk verantwoord is. Het bestaan van een dergelijke verantwoording moet worden beoordeeld, rekening houdend met het doel en de gevolgen van de betrokken maatregel en met de aard van de ter zake geldende beginselen; het

⁴ Namelijk andere wijzigingen dan diegene waarvan in dit advies melding wordt gemaakt of wijzigingen die ertoe strekken tegemoet te komen aan hetgeen in dit advies wordt opgemerkt.

beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie is geschonden wanneer er geen redelijk verband van evenredigheid bestaat tussen de aangewende middelen en het beoogde doel.⁵

Hoewel het onderscheid wordt gemaakt op basis van een objectief criterium (enkel voor schoonmaakhulp, karweihulp en oppashulp wordt opnieuw de mogelijkheid geboden om de berekening voor het jaar 2020 aan te passen), rijst de vraag naar de evenredigheid van het onderscheid in het licht van het beoogde doel.

In de nota aan de Vlaamse Regering wordt uiteengezet dat artikel 5 van het ontwerp is ingegeven door de fusie van i-mens met SOWEL. I-mens maakte blijkbaar geen gebruik van de mogelijkheid die werd geboden bij artikel 10 van het besluit van de Vlaamse Regering van 10 juli 2020, en krijgt door artikel 5 van het ontwerp de mogelijkheid om opnieuw een gemotiveerde aanvraag in te dienen om bij de berekening van de subsidies andere gegevens te gebruiken dan die van 2019. In de nota aan de Vlaamse Regering wordt betoogd dat “[o]mwille van het gelijkheidsbeginsel (...) die mogelijkheid [wordt] aangeboden aan alle diensten voor gezinszorg die daarvoor in het verleden geen gemotiveerde aanvraag ingediend hebben”.

Op de vraag of er geen andere diensten voor gezinszorg zijn waaraan een gelijkaardige mogelijkheid moet worden geboden voor andere compensaties waarin het besluit van de Vlaamse Regering van 10 juli 2020 voorziet, antwoordde de gemachtigde als volgt:

“Door de aard van het subsidiemechanisme stelt er zich enkel een probleem bij de aanvullende thuiszorg en niet bij gezinszorg. Bij gezinszorg werd er gekeken of de gepresteerde uren van 2019 groter waren dan de gepresteerde uren van 2020. Dat is een eenduidig principe, waarbij er geen discussie mogelijk is, ook niet wanneer er een fusie van diensten was, want dan werden de prestaties 2019 van de beide diensten gewoon samengenomen. Bij aanvullende thuiszorg wordt er gewerkt met resultaatsindicatoren. De gefactureerde uren 2019 worden ook samengeteld, maar wel afgezet tegenover een gezamenlijke resultaatsindicator, waarbij de prestaties van een dienst de resultaatsindicator van de andere dienst negatief kan beïnvloeden. Artikel 5 laat toe om dat te corrigeren.

(...)

Voor de compensaties van 2020 die vermeld worden in de artikelen 2, 5 en 8 van het BVR van 10 juli 2020, had een eventuele fusie tussen twee diensten voor gezinszorg geen impact, dat probleem stelde zich uitsluitend bij de berekening van de compensaties voor aanvullende thuiszorg (vermeld in artikel 6 van het BVR van 10 juli 2020).”

5.3. De Raad van State beschikt niet over het vereiste inzicht in de feitelijke omstandigheden om op sluitende wijze te kunnen uitmaken of er geen andere diensten voor gezinszorg zijn die zich voor de toepassing van de artikelen 2, 5 en 8 van het besluit van de Vlaamse Regering van 10 juli 2020 in vergelijkbare omstandigheden bevinden en die gebruik hadden kunnen maken van de afwijkingsmogelijkheid in artikel 10 van hetzelfde besluit maar dit om welke reden dan ook niet hebben gedaan. Hij moet op dit punt dan ook een voorbehoud formuleren.

⁵ Vaste rechtspraak van het Grondwettelijk Hof. Zie bv.: GwH 17 juli 2014, nr. 107/2014, B.12; GwH 25 september 2014, nr. 141/2014, B.4.1; GwH 30 april 2015, nr. 50/2015, B.16; GwH 18 juni 2015, nr. 91/2015, B.5.1; GwH 16 juli 2015, nr. 104/2015, B.6; GwH 16 juni 2016, nr. 94/2016, B.3; GwH 18 mei 2017, nr. 60/2017, B.11; GwH 15 juni 2017, nr. 79/2017, B.3.1; GwH 19 juli 2017, nr. 99/2017, B.11; GwH 28 september 2017, nr. 104/2017, B.8.

Artikel 8

6. Overeenkomstig artikel 8 van het ontwerp heeft het te nemen besluit uitwerking met ingang van 1 januari 2022. In dat verband moet worden opgemerkt dat het verlenen van terugwerkende kracht aan besluiten slechts onder bepaalde voorwaarden toelaatbaar kan worden geacht.

Het verlenen van terugwerkende kracht aan besluiten is enkel toelaatbaar ingeval voor de retroactiviteit een wettelijke grondslag bestaat, de retroactiviteit betrekking heeft op een regeling waarbij, met inachtneming van het gelijkheidsbeginsel, voordelen worden toegekend of in zoverre de retroactiviteit noodzakelijk is voor de continuïteit of de goede werking van het bestuur en daardoor, in beginsel, geen verkregen situaties worden aangetast. Enkel indien de retroactiviteit van de ontworpen regeling in één van de opgesomde gevallen valt in te passen, kan deze worden gebillijkt.

Gelet op het gegeven dat de ontworpen regeling voordelen toekent aan de rechtsonderhorige in de vorm van gunstigere berekeningen van subsidies en bijkomende subsidies en – blijkens een door de gemachtigde bezorgde tabel – van gunstigere aanpassingen inzake de indexerings, kan de terugwerkende kracht worden aanvaard.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Astrid TRUYENS

Jeroen VAN NIEUWENHOVE