



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 61.652/3
van 10 juli 2017

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘houdende de
procedureregels voor de subsidiëring van infrastructuur van
ziekenhuizen’

Op 8 juni 2017 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Welzijn, Volksgezondheid en Gezin verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘houdende de procedureregels voor de subsidiëring van infrastructuur van ziekenhuizen’.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 27 juni 2017. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Jan SMETS en Jeroen VAN NIEUWENHOVE, staatsraden, Jan VELAERS en Johan PUT, assessoren, en Annemie GOOSSENS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Tim CORTHAUT, auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 10 juli 2017.

*

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 tot de vaststelling van de procedureregels volgens dewelke de ziekenhuizen subsidies kunnen ontvangen voor hun infrastructuurinvesteringen, zoals die nader worden geregeld in het ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘betreffende de subsidiëring van infrastructuur van ziekenhuizen’¹ (hierna: het subsidie-ontwerp).

2.1. Hoofdstuk 1 van het ontwerp bevat een aantal algemene bepalingen, namelijk een reeks definities (artikel 1) en een bepaling waarbij aan het Vlaams Infrastructuurfonds voor Persoonsgebonden Aangelegenheden (hierna: het Fonds) de bevoegdheid wordt toegekend om “binnen de beschikbare begrotingskredieten” het strategisch forfait en het instandhoudingsforfait zoals geregeld in het subsidie-ontwerp toe te kennen aan de daarvoor in aanmerking komende ziekenhuizen volgens de nadere regels bepaald in dit ontwerp en in het subsidie-ontwerp.

2.2. Hoofdstuk 2 betreft de procedure voor de toekenning van het strategisch forfait.

Afdeling 1 bevat de algemene voorwaarden, die ertoe strekken te waarborgen dat het ziekenhuis effectief het genotsrecht heeft op het project waarvoor het strategisch forfait wordt aangevraagd (artikel 3) en dat er geen ongeoorloofde verwantschap bestaat tussen de aanvrager van het strategisch forfait en de eigenaar of de houder van zakelijke rechten op de grond waarop het project wordt uitgevoerd (artikel 4).

Afdeling 2 betreft een aantal bouwfysische, technische en kwalitatieve normen waaraan de investering moet voldoen (artikel 5). Er moet rekening worden gehouden met het advies van het agentschap Toegankelijk Vlaanderen (artikel 6).

Afdeling 3 bevat de eigenlijke aanvraagprocedure voor het strategisch forfait. Artikel 7 bepaalt dat om in aanmerking te komen voor een strategisch forfait voor een bepaald project, de aanvrager moet beschikken over een door de Vlaamse minister bevoegd voor het gezondheidsbeleid (hierna: de minister) goedgekeurd masterplan, alsook over een akkoord van de minister voor het strategisch forfait voor het project. De artikelen 8 en 9 van het ontwerp schrijven voor welke gegevens, documenten en stukken bij de aanvraag moeten worden gevoegd. Artikel 10 voorziet in de mogelijkheid om de procedure voor de goedkeuring van het masterplan in twee stappen te doorlopen.

¹ Waarover advies 61.651/3 wordt gegeven op dezelfde dag als dit advies (en over een vroegere versie waarvan reeds op 15 maart 2017 advies 60.973/3 is gegeven).

Afdeling 4 regelt de procedure voor het onderzoek van de aanvraag door het Fonds, die leidt tot de beslissing over de toekenning van het strategisch forfait (artikelen 11 tot 14) en op basis waarvan een opstartbeslissing voor de eigenlijke werken kan worden aangevraagd (artikel 15). Artikel 16 heeft betrekking op de stukken die moeten worden bijgehouden of voorgelegd tijdens de werken (paragraaf 1) en vanaf de ingebruikname (paragraaf 2). Het Fonds kan tijdens de uitvoering van de werken controles laten uitvoeren en kan aanvullende inlichtingen vragen (artikel 17). Bij de aanvraag over de opstartbeslissing beslist de minister over de toekenning van het strategisch forfait (artikel 18), waarvan het bedrag wordt vastgesteld door het Fonds (artikel 19). Het strategisch forfait wordt volledig toegekend voor het jaar van de ingebruikname (artikel 20, eerste lid) en vervolgens jaarlijks berekend aan de hand van het aantal bedden, plaatsen en eenheden die het ziekenhuis op 1 januari van het betrokken jaar in gebruik heeft (artikel 20, tweede lid). Artikel 21 voorziet in een evaluatie van de werken in het jaar dat volgt op het jaar van de ingebruikname.

Afdeling 5 betreft de procedure voor het geval waarin het project met volledige autofinanciering zonder een voorafgaand akkoord strategisch forfait wordt gefinancierd (artikel 22).

Afdeling 6 bevat een bijzondere bepaling die inhoudt dat een investering die gefinancierd wordt met een strategisch forfait in beginsel gedurende twintig jaar niet in aanmerking komt voor bijkomende financiering, tenzij indien gewijzigde regelgeving of gewijzigde en opgelegde veiligheidsvoorschriften een eerdere herconditionering noodzakelijk maken (artikel 23).

Afdeling 7 heeft betrekking op het toezicht en de sancties. De bevoegde personeelsleden van de Vlaamse administratie oefenen toezicht uit waaraan de aanvrager moet meewerken, onder meer door documenten te bewaren en ter beschikking te stellen aan de voormelde personeelsleden of te bezorgen aan het Fonds (artikel 24). De aanvrager kan het gesubsidieerde goed binnen een bepaalde periode slechts vervreemden, met een zakelijk recht bezwaren of de bestemming ervan wijzigen met toestemming van het Fonds of van de minister, naargelang het geval. Hij moet het gesubsidieerde goed als een goede huisvader beheeren en onderhouden binnen deze periode (artikel 25). De gevallen worden bepaald waarbij het strategisch forfait wordt teruggevorderd (artikel 26). De bezorging van de aanvraag, de informatie en de stukken in elektronische vorm en op papier wordt geregeld (artikel 27).

2.3. Hoofdstuk 3 bevat de procedureregels voor de toekenning van het instandhoudingsforfait. Aangezien het instandhoudingsforfait niet moet worden aangevraagd, moet de procedure ter zake niet worden geregeld. De uitbetaling van het instandhoudingsforfait gebeurt door het Fonds jaarlijks in het eerste semester van het betrokken jaar (artikel 28). Er wordt voorzien in de mogelijkheid voor het ziekenhuis om tegen de berekening van het instandhoudingsforfait bij het Fonds bezwaar aan te tekenen, waarover de leidende ambtenaar van het Fonds binnen dertig dagen na de ontvangst van het bezwaar beslist. Indien geen bezwaar wordt aangetekend, wordt de aanvrager geacht akkoord te gaan met de berekening (artikel 29).

2.4. Hoofdstuk 4 bevat een aantal gemeenschappelijke bepalingen over het strategisch forfait en het instandhoudingsforfait in het raam van de verenigbaarheid van de ontworpen regeling met het DAEB-vrijstellingsbesluit.²

Artikel 30 heeft betrekking op de openbardienstverplichtingen. Er wordt voorzien in een systeem waarbij minstens elke tien jaar wordt nagegaan of het ziekenhuis nog voldoet aan de voorwaarden vervat in artikel 2, derde lid, van het subsidie-ontwerp en zich dus nog kwijt van haar openbardienstverplichting. Indien dat het geval is, kan de subsidie voor maximaal tien jaar worden verlengd; zo niet volgt een afrekening van de investeringssubsidies voor de ten einde gekomen verplichtingen.

Artikel 31 schrijft een geregelde boekhoudkundige controle voor van het ziekenhuis (eerste lid) en voorziet in de verplichting om een gescheiden boekhouding te voeren teneinde aan de transparantieverplichtingen van het DAEB-vrijstellingsbesluit te voldoen (tweede lid).

Artikel 32 bepaalt dat alle documenten met betrekking tot de openbardienstverplichtingen ter beschikking moeten worden gehouden van het Fonds.

2.5. Hoofdstuk 5 omvat slotbepalingen. Artikel 33 voorziet in een overgangsregeling voor de uitbetaling van het instandhoudingsforfait voor het jaar 2017, die in afwijking van artikel 28 pas in het tweede semester van 2017 kan gebeuren. Artikel 34 voorziet in de uitwerking van het te nemen besluit met ingang van 1 januari 2017.

RECHTSGROND

3.1. Het ontworpen besluit vindt in beginsel rechtsgrond in de artikelen 6, tweede lid, en 8 van het decreet van 2 juni 2006 ‘tot omvorming van het Vlaams Infrastructuurfonds voor Persoonsgebonden Aangelegenheden tot een intern verzelfstandigd agentschap met rechtspersoonlijkheid, en tot wijziging van het decreet van 23 februari 1994 inzake de infrastructuur voor persoonsgebonden aangelegenheden’. Aan de eerstgenoemde bepaling ontleent de Vlaamse Regering de bevoegdheid om de regels te bepalen voor het bedrag, de voorwaarden, de toekenning en de vereffening van de financiering van de investeringen in de infrastructuur en de medisch-technische diensten van de ziekenhuizen. Bij de laatstgenoemde bepaling wordt de Vlaamse Regering gemachtigd om specifieke taken aan het Fonds toe te wijzen.

3.2. In de aanhef wordt ook verwezen naar artikel 30 van het decreet van 20 maart 2009 ‘houdende diverse bepalingen betreffende het beleidsdomein Welzijn, Volksgezondheid en Gezin’, dat een aantal delegaties bevat aan de Vlaamse Regering met betrekking tot de procedure voor machtigingen, toelatingen en erkenningen van verzorgingsvoorzieningen. Aangezien de ontworpen regeling enkel betrekking heeft op de

² 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’.

financiering, ook wat betreft de voorafgaande goedkeuring van een masterplan en het akkoord strategisch forfait, die enkel voorafgaande voorwaarden zijn voor de toekenning van die financiering, kan de aangehaalde decretale bepaling geen rechtsgrond bieden voor het ontworpen besluit.

3.3. In zoverre enkele bepalingen van het ontworpen besluit betrekking hebben op de toekenning, de terugvordering en de verantwoording van subsidies, vinden ze aanvullend rechtsgrond in artikel 57 van het decreet van 8 juli 2011 ‘houdende regeling van de begroting, de boekhouding, de toekenning van subsidies en de controle op de aanwending ervan, en de controle door het Rekenhof’.

VORMVEREISTEN

4. Overeenkomstig artikel 6, tweede lid, van het decreet van 2 juni 2006 moet over het ontworpen besluit advies worden ingewonnen van het raadgevend comité dat is opgericht bij het intern verzelfstandigd agentschap Zorg en Gezondheid. Uit het dossier van de adviesaanvraag blijkt niet dat die vormvereiste werd nageleefd. In de *bisnota* aan de leden van de Vlaamse Regering over het subsidie-ontwerp wordt dienaangaande aangevoerd dat dit advies niet kan worden aangevraagd omdat het raadgevend comité “nog niet operationeel is”.

De Raad van State kan zich bij die zienswijze niet aansluiten. De omstandigheid dat het raadgevend comité nog niet is opgericht, doet geen afbreuk aan de decretale verplichting om de ontworpen regeling aan te nemen na advies van dat raadgevend comité. Het niet in acht nemen van deze vormvereiste dreigt de wettigheid van het te nemen besluit in het gedrang te brengen.

5. Om dezelfde redenen als reeds werd uiteengezet in advies 60.973/3 over een eerdere versie van het subsidie-ontwerp,³ moet ook dit ontwerp om advies worden voorgelegd aan de Strategische Adviesraad voor het Vlaamse Welzijns-, Gezondheids- en Gezinsbeleid. Het ontwerp bevat immers niet enkel procedureregels, maar ook voorwaarden met betrekking tot de toekenning van de subsidies (zie daarover opmerking 7) die net als voor het subsidie-ontwerp voor de betrokken ziekenhuizen aanzienlijke financiële implicaties hebben. De ontworpen regeling bevat meer in het algemeen belangrijke beleidskeuzen, ook op procedureel vlak, die volgens de Raad van State van strategisch belang zijn in de zin van artikel 4, § 2, 2°, van het decreet van 7 december 2007 ‘houdende de oprichting van de Strategische Adviesraad voor het Vlaamse Welzijns-, Gezondheids- en Gezinsbeleid en van een Adviescommissie voor Voorzieningen van Welzijn, Volksgezondheid en Gezin en (Kandidaat-)pleegzorgers’.

Eventueel kan ook het advies van de Sociaal-Economische Raad van Vlaanderen (SERV) worden gevraagd zoals gebeurd is voor het subsidie-ontwerp.

³ Adv.RvS 60.973/3 van 15 maart 2017 over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘betreffende de subsidiëring van infrastructuur van de ziekenhuizen’, opmerking 5.

6. Indien de aan de Raad van State voorgelegde tekst ten gevolge van de voornoemde adviezen 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 OPMERKING

7. Het ontwerp bevat niet alleen bepalingen met betrekking tot de procedure van de infrastructuursubsidies, maar ook bepalingen die inhoudelijke voorwaarden vormen voor het al dan niet in aanmerking komen voor die subsidies. Dat is alleszins het geval voor de artikelen 3 tot 6 van het ontwerp. Op zijn minst zou dan ook het opschrift van het ontwerp moeten worden aangevuld.

Omdat bovendien het opschrift van het subsidie-ontwerp algemener is geformuleerd en de indruk zou kunnen wekken dat dat ontwerp ook de procedurebepalingen met betrekking tot de infrastructuursubsidies bevat, zou het nog beter zijn om dit ontwerp te integreren in het subsidie-ontwerp.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 4

8. Artikel 4 van het ontwerp bevat een lijst van gevallen waarin een onweerlegbaar vermoeden geldt dat er een ongeoorloofde verwantschapsband bestaat tussen de aanvrager van het strategisch forfait en de eigenaar of de houder van zakelijke rechten op de grond waarop het project wordt uitgevoerd.

Zoals de Raad van State reeds heeft opgemerkt in advies 54.158/3 van 15 oktober 2013 over een vergelijkbare regeling,⁴ wordt aldus een onderscheid in behandeling gemaakt tussen aanvragers onderling en tussen eigenaars en houders van zakelijke rechten onderling. Al berust dat onderscheid op een objectief criterium en al kan er geen twijfel over bestaan dat ermee een wettig doel wordt nagestreefd, toch moeten de stellers van het ontwerp, mede gelet op het gegeven dat een beperking wordt aangebracht op de vrijheid van vereniging, voor elk van de in de genoemde bepaling bedoelde gevallen nagaan of het onweerlegbare karakter van het vermoeden niet verder reikt dan noodzakelijk is om de beoogde doelstelling te bereiken.

De vraag rijst dan ook of niet op meer algemene wijze moet worden gekozen voor het weerlegbaar vermoeden zoals geregeld in artikel 4, § 4, van het ontwerp, eventueel aangevuld met een aantal concrete indicatoren die ervan doen blijken dat de verhouding tussen de aanvrager en de eigenaars en houders van zakelijke rechten effectief vrij is van belangenconflicten, zodat

⁴ Adv.54.158/3 van 15 oktober 2013 over een ontwerp dat heeft geleid tot het besluit van de Vlaamse Regering van 8 november 2013 ‘tot facilitering van de infrastructuurfinanciering via de alternatieve investeringswaarborg, verstrekt door het Vlaams Infrastructuurfonds voor Persoonsgebonden Aangelegenheden’, opmerking 9.

niet bij voorbaat zoveel gevallen moeten worden uitgesloten als volgens de thans ontworpen regeling het geval is.

Artikel 26

9. In advies 56.651/3 over het subsidie-ontwerp is reeds uiteengezet op welke punten het subsidie-ontwerp en eventueel ook dit ontwerp moeten worden aangepast om te voldoen aan de voorwaarden van het DAEB-vrijstellingsbesluit. Specifiek wat betreft de vereiste terugbetaling van ontvangen overcompensatie wordt in artikel 26 van het ontwerp, waarin de gevallen worden opgesomd waarin het verleende strategisch forfait zal worden teruggevorderd, geen melding gemaakt van de overcompensatie van de openbaredienstverplichting.

De regeling die thans vervat is in artikel 30, tweede lid, vierde zin, van het ontwerp met betrekking tot de afrekening van de investeringssubsidies, kan weliswaar zo worden begrepen dat “overmatige” investeringssubsidies moeten worden terugbetaald, maar het is raadzaam om meer uitdrukkelijk gewag te maken van de terugvordering, al was het maar omdat men *a contrario* uit artikel 26 van het ontwerp zou kunnen afleiden dat een formele terugvordering buiten de erin vermelde gevallen niet mogelijk is (zie daarover evenwel opmerking 10).

Artikel 26 van het ontwerp moet dan ook worden aangevuld met een vermelding van die hypothese met verwijzing naar het (aangepaste)⁵ artikel 30 van het ontwerp. Het toepassingsgebied zal dan wel moeten worden verruimd tot het instandhoudingsforfait.

10. Artikel 26 van het ontwerp kan uiteraard geen afbreuk doen aan artikel 13 van de wet van 16 mei 2003 ‘tot vaststelling van de algemene bepalingen die gelden voor de begrotingen, de controle op de subsidies en voor de boekhouding van de gemeenschappen en de gewesten, alsook voor de organisatie van de controle door het Rekenhof’. Door de huidige formulering van artikel 26 van het ontwerp zou de indruk kunnen ontstaan dat de investeringssubsidies niet kunnen worden teruggevorderd buiten de erin vermelde gevallen.

Het is dan ook raadzaam om de ontworpen bepaling te laten aanvangen met de zinsnede: “Met behoud van de toepassing van artikel 13 van de wet van 16 mei 2003 tot vaststelling van de algemene bepalingen die gelden voor de begrotingen, de controle op de subsidies en voor de boekhouding van de gemeenschappen en de gewesten, alsook voor de organisatie van de controle door het Rekenhof, zal ...”.

Artikel 29

11. De meerwaarde van hetgeen bepaald wordt in artikel 29, tweede lid, van het ontwerp ontgaat de Raad van State enigszins. Ook zonder deze bepaling zal de exploitant de berekening van het jaarlijkse instandhoudingsforfait moeten ondergaan wanneer hij geen bezwaar heeft ingediend. Het kan alleszins niet de bedoeling zijn dat het vermoeden van rechtswege dat de

⁵ Zie daarover opmerking 5.2.1 van advies 61.651/3.

exploitant met die berekening akkoord gaat, afbreuk doet aan eventuele rechtsmiddelen die hij kan uitoefenen (afgezien van de vraag of het niet uitoefenen van een bezwaarrecht niet leidt tot de onontvankelijkheid van een dergelijk rechtsmiddel). Artikel 29, tweede lid, van het ontwerp kan dan ook beter worden weggelaten.

Artikel 30

12. Wat betreft de verenigbaarheid van artikel 30 van het ontwerp met het vereiste vervat in artikel 2, lid 2, van het DAEB-vrijstellingsbesluit wordt verwezen naar de opmerkingen 5.2.1 en 5.2.2 van advies 61.651/3 over het subsidie-ontwerp en de daar voorgestelde aanpassingen van artikel 30 van dit ontwerp.

Artikel 34

13. Aan het te nemen besluit wordt terugwerkende kracht verleend tot 1 januari 2017. In opmerking 39 van advies 60.973/3 heeft de Raad van State de verantwoording aanvaard voor een gelijklopende terugwerkende kracht voor de regeling vervat in het subsidie-ontwerp. Voor de regeling vervat in dit ontwerp is dat niet anders, althans in zoverre die terugwerkende kracht noodzakelijk is om te waarborgen dat de in het subsidie-ontwerp voor 2017 in het vooruitzicht gestelde subsidies ook daadwerkelijk kunnen worden toegekend.

Voor het instandhoudingsforfait rijst op dat vlak alleszins geen probleem. Gelet op de overgangsbepaling vervat in artikel 33 van het ontwerp kan in de tweede helft van 2017 aan de ziekenhuizen de beloofde steun worden uitgekeerd.

Voor het strategisch forfait liggen de zaken echter anders. Het ontwerp bevat ter zake een reeks procedurele bepalingen waaraan wegens hun aard geen terugwerkende kracht kan worden verleend. Bovendien is die terugwerkende kracht op het eerste gezicht alvast niet nodig voor de gevallen die vermeld zijn in de artikelen 14 en 15 van het subsidie-ontwerp, aangezien daarvoor bij het tweede lid van die artikelen in een afwijkende aanvraagprocedure wordt voorzien. Hoe dan ook moet de inwerkingtreding van die artikelen worden afgestemd op die van dit ontwerp, gelet op de onderlinge verwijzingen.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Annemie GOOSSENS

Jo BAERT