



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 63.433/3
van 31 mei 2018

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot wijziging
van diverse besluiten inzake de infrastructuur voor
persoonsgebonden aangelegenheden’

Op 2 mei 2018 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Welzijn, Volksgezondheid en Gezin verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot wijziging van diverse besluiten inzake de infrastructuur voor persoonsgebonden aangelegenheden’.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 22 mei 2018. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Jan SMETS en Koen MUYLLE, staatsraden, Jan VELAERS en Bruno PEETERS, assessoren, en Astrid TRUYENS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Brecht STEEN, eerste auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 31 mei 2018.

*

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 beperkt tot het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

2. Het om advies voorgelegde ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering strekt ertoe diverse wijzigingen aan te brengen in de regelgeving betreffende de investeringssubsidies voor voorzieningen of diensten die actief zijn in de sector van de persoonsgebonden aangelegenheden.

Daartoe worden verschillende wijzigingen aangebracht in het besluit van de Vlaamse Regering van 8 juni 1999 ‘houdende de procedureregels inzake de infrastructuur voor persoonsgebonden aangelegenheden’ (hierna: procedurebesluit), in het besluit van de Vlaamse Regering van 18 juli 2008 ‘tot regeling van de algemene leiding, de werking, het beheer en de vertegenwoordiging van het Vlaams Infrastructuurfonds voor Persoonsgebonden Aangelegenheden’, in de sectorale besluiten betreffende de voorzieningen voor ouderen en de thuiszorgvoorzieningen, de voorzieningen en de diensten erkend door het agentschap Jongerenwelzijn, de verzorgingsvoorzieningen, het algemeen welzijnswerk, de preventieve en ambulante gezondheidszorg en de voorzieningen voor gezinnen met kinderen,¹ en in sommige besluiten die betrekking hebben op de subsidiëring van de ziekenhuisinfrastructuur².

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

3.2. De artikelen 22 en 23 van het ontworpen besluit vinden rechtsgrond in artikel 11 van het decreet van 2 juni 2006 en in artikel 7, derde lid, van het kaderdecreet bestuurlijk beleid

¹ 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’; besluit van de Vlaamse Regering van 18 juni 2010 ‘tot vaststelling van de investeringssubsidie en de bouwtechnische en bouw fysische normen voor de door het agentschap Jongerenwelzijn erkende voorzieningen en vergunde diensten’; besluit van de Vlaamse Regering van 16 juli 2010 ‘tot vaststelling van de investeringssubsidie en de bouwtechnische en bouw fysische normen voor de verzorgingsvoorzieningen’; besluit van de Vlaamse Regering van 10 september 2010 ‘tot vaststelling van de investeringssubsidie en de bouwtechnische en bouw fysische normen voor het algemeen welzijnswerk’; besluit van de Vlaamse Regering van 10 september 2010 ‘tot vaststelling van de investeringssubsidie en de bouwtechnische en bouw fysische normen voor de preventieve en de ambulante gezondheidszorg’; besluit van de Vlaamse Regering van 4 maart 2011 ‘tot vaststelling van de investeringssubsidie en de bouwtechnische en bouw fysische normen voor de sector van de voorzieningen voor gezinnen met kinderen’.

² Koninklijk besluit van 25 april 2002 ‘betreffende de vaststelling en de vereffening van het budget van financiële middelen van de ziekenhuizen’; besluit van de Vlaamse Regering van 17 juni 2016 ‘betreffende de subsidiëring van de uitrusting en apparatuur van de medisch-technische diensten van de ziekenhuizen en tot wijziging van het koninklijk besluit van 25 april 2002 betreffende de vaststelling en de vereffening van het budget van financiële middelen van de ziekenhuizen, wat de financiering van de lasten van de voormelde uitrusting en apparatuur betreft’; besluit van de Vlaamse Regering van 14 juli 2017 ‘houdende de procedureregels voor de subsidiëring van infrastructuur van ziekenhuizen’.

van 18 juli 2003, dat krachtens artikel 10, § 4, van dat decreet van toepassing is op de intern verzelfstandigde agentschappen met rechtspersoonlijkheid zoals het VIPA.

3.3. Er dient een voorbehoud te worden gemaakt wat betreft de rechtsgrond voor artikel 50 van het ontworpen besluit, dat ertoe strekt een wijziging aan te brengen in de specifieke subsidiëeringsvoorwaarden voor de wijkgezondheidscentra. Te dien aanzien kan worden verwezen naar advies 48.490/3,³ waarin het volgende wordt opgemerkt over (onder meer) de bepaling die heeft geleid tot het thans te wijzigen artikel 21 van het besluit van de Vlaamse Regering van 10 september 2010:

“3.2. Een voorbehoud dient evenwel te worden gemaakt betreffende de bepalingen inzake de wijkgezondheidscentra. In hoofdstuk 6 van het ontwerp worden specifieke voorwaarden bepaald waaraan de wijkgezondheidscentra dienen te voldoen om voor een investeringssubsidie in aanmerking te komen.

Anders dan de bepalingen uit het ontwerp die op de erin bedoelde voorzieningen van toepassing zijn en anders dan de bepalingen die normen vastleggen voor voorzieningen in de overige sectoren van de welzijns- en gezondheidssector, zijn die voorwaarden niet van bouwtechnische of bouwfysische aard, hebben ze geen betrekking op de uitrusting en de meubilering, en betreffen ze evenmin de subsidiabele oppervlakte.

Het gaat daarentegen om inhoudelijke vereisten en daaraan accessoire normen waaraan de werking van de wijkgezondheidscentra moeten voldoen.

Het decreet van 23 februari 1994 heeft echter enkel betrekking op het materiële kader waarbinnen de organisaties en instellingen, werkzaam in de sector van de persoonsgebonden aangelegenheden, kunnen functioneren, wat onder meer blijkt uit artikel 10 van dat decreet, waarin wordt bepaald dat de Vlaamse Regering per categorie van investering de ‘bouwfysische, technische en kwalitatieve normen voor investeringen’ bepaalt. Daarmee worden normen bedoeld die eigen zijn aan de infrastructuur, te onderscheiden van erkenningsnormen, die betrekking hebben op de ‘initiatiefnemers’⁴.

Uit wat voorafgaat volgt dat de artikelen 19 tot 21 van het ontwerp rechtsgrond ontberen. Nu er geen rechtsgrond is voor het invoeren van inhoudelijke erkennings- of subsidiëeringscriteria voor wijkgezondheidscentra, is ook het invoeren van bouwtechnische en bouwfysische normen voor die centra, die slechts een accessorium zijn van de genoemde criteria, doelloos, zodat ook artikel 5 uit het ontwerp dient te worden weggelaten.”

Tenzij ondertussen een deugdelijke rechtsgrond zou zijn gecreëerd, ontbeert artikel 50 van het ontworpen besluit derhalve eveneens rechtsgrond.

³ 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.

⁴ Voetnoot 1 van advies 48.490/3: Memorie van toelichting, *Parl.St.*, Vl. Raad, 1993-94, nr. 448/1, p. 11.

VORMVEREISTEN

4. De artikelen 66 tot 68 van het ontwerp dienen op grond van artikel 6, tweede lid, van het decreet van 2 juni 2006 te worden onderworpen aan het advies van het raadgevend comité opgericht bij het intern verzelfstandigd agentschap Zorg en Gezondheid. Dat advies blijkt, al wordt ervan melding gemaakt in de aanhef, niet te zijn ingewonnen.

In de nota aan de leden van de Vlaamse Regering wordt in dit verband het volgende opgemerkt:

“In voorkomend geval kon het advies van het Raadgevend Comité bij het agentschap Zorg en Gezondheid niet worden aangevraagd gezien dat comité nog niet operationeel is, niettegenstaande de Vlaamse Regering de leden ervan in haar vergadering van 22 december 2017 heeft aangeduid.”

Dat het opgerichte raadgevend comité nog niet operationeel is, doet evenwel geen afbreuk aan de decretale verplichting om over de ontworpen regeling het advies van dat raadgevend comité in te winnen. Het niet in acht nemen van dit vormvereiste dreigt de wettigheid van het te nemen besluit in het gedrang te brengen.

Het verdient dan ook aanbeveling om het betrokken comité zo snel mogelijk operationeel te maken en het ontwerp alsnog om advies voor te leggen.

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

Het verlenen van subsidies aan sommige voorzieningen in de sector van de persoonsgebonden aangelegenheden (bijvoorbeeld kinderopvanginitiatieven, ouderenvoorzieningen en verzorgingsinstellingen) valt mogelijk te beschouwen als staatssteun in de zin van artikel 107 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU) en valt derhalve in beginsel onder de aanmeldingsplicht bij de Europese Commissie, zoals bedoeld in artikel 108, lid 3, van datzelfde verdrag; zulks kan ook gelden voor de procedureregels waarbij de subsidies worden toegekend.

Ook al is het zo dat 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’ toepassing kan vinden in VIPA-sectoren, in welk geval de aanmeldingsplicht niet geldt, toch betekent dit nog niet dat het toekennen van de investeringssubsidies in alle gevallen kan worden beschouwd als een compensatie voor de openbare dienst verleend aan een onderneming belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang, in de zin van dat besluit. Niet alleen dient aan de voorwaarden te zijn voldaan die in dat besluit zijn vastgesteld, waaronder de beperking in de tijd van de compensatie (artikel 2, lid 2), de omvang van de compensatie (artikel 5) en de tweejaarlijkse verslaggeving

aan de Europese Commissie (artikel 9), maar ook moeten de investeringssubsidies zelf effectief worden toegekend voor de compensatie van een welbepaalde dienst van algemeen economisch belang.

Het staat aan de stellers van het ontwerp om na te gaan of de regeling wel in overeenstemming is met besluit 2012/21/EU.⁵ In geval van twijfel daaromtrent verdient het, mede gelet op de draconische sanctie die dreigt bij een onterechte niet-aanmelding, aanbeveling om de maatregel vooraf aan te melden met toepassing van artikel 108, lid 3, van het VWEU, tenzij een andere vrijstellingsgrond zou kunnen worden ingeroepen. Niet-aangemelde staatssteun is immers *per se* onwettig (zelfs indien ze verenigbaar verklaard zou kunnen worden indien ze correct werd aangemeld),⁶ en die onwettigheid moet door elke rechter, desnoods ambtshalve, worden opgeworpen,⁷ zonder dat de begunstigden van de steun zich op een gewekt vertrouwen kunnen beroepen om de terugbetaling van de steun (met interest) te verhinderen.⁸ 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.⁹

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

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Aanhef

7. Gelet op hetgeen is opgemerkt betreffende de rechtsgrond voor het ontworpen besluit, dient:

- in het derde lid van de aanhef een verwijzing naar artikel 11 te worden toegevoegd;

⁵ De *bisnota* aan de Vlaamse Regering bevat daaromtrent alvast geen enkele verduidelijking.

⁶ 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.

⁷ HvJ 18 juli 2007, C-119/05, *Lucchini*, punt 61; HvJ 26 oktober 2016, C-590/14 P, *Dimosia Epicheirisi Ilektrismou AE*;

⁸ 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.

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

- aan de aanhef een lid te worden toegevoegd (dat het derde lid wordt) waarin wordt verwezen naar de artikelen 7, derde lid, en 10, § 4, van het kaderdecreet bestuurlijk beleid van 18 juli 2003.

Artikel 3

8. Aangezien in 2°, 3° en 4° van artikel 4, § 1, van het procedurebesluit onderdeel c) telkens in het verleden werd opgeheven, is er geen reden om een onderdeel d) toe te voegen. Omwille van de leesbaarheid van de tekst verdient het aanbeveling om telkens onderdeel c) te herstellen.

Artikel 10

9. In 1° van het ontworpen artikel 24, tweede lid, van het procedurebesluit is de verwijzing naar artikel 3, eerste lid, van dat besluit kennelijk foutief. Allicht dient te worden verwezen naar artikel 12 van het decreet van 23 februari 1994.

Artikel 71

10. Luidens artikel 71 van het ontwerp hebben de artikelen 21 en 65 van het te nemen besluit uitwerking met ingang van 1 januari 2017, derhalve met terugwerkende kracht.

In dit verband dient erop te worden gewezen dat het verlenen van terugwerkende kracht van verordenende bepalingen enkel toelaatbaar is in geval er 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.

De artikelen 21 en 65 van het te nemen besluit zouden tot gevolg hebben dat de subsidie voor een tweede PET-scanner met terugwerkende kracht wordt verlaagd tot 100.000 euro. Ook al wordt de subsidie pas voor het eerst toegekend “in het jaar dat volgt op het jaar waarin het apparaat geïnstalleerd is”, op het ogenblik van de aanschaf van de PET-scanner vermochten de betrokken verzorgingsinstellingen ervan uit te gaan dat zij recht hadden op een hoger subsidiebedrag. De regeling heeft met andere woorden uitwerking op een tijdstip dat de betrokken apparaten reeds zijn geïnstalleerd en de investering door de betrokken ziekenhuizen niet meer ongedaan kan worden gemaakt.

De retroactiviteit tast derhalve de legitieme verwachtingen van de ziekenhuizen aan wat betreft het bedrag van de betrokken subsidiebedragen voor apparaten die reeds zijn geïnstalleerd en die volgens de geldende regeling in aanmerking kwamen voor subsidiëring. Aldus kan worden aangenomen dat de terugwerkende kracht verworven rechten aantast. Dat een en ander is overeengekomen in het protocolakkoord medische beeldvorming van 24 februari 2014 doet hiervan niets af, nu, voor zover kon worden nagegaan, het Vlaams Parlement vooralsnog niet met

dit protocolakkoord heeft ingestemd. De regels inzake subsidiëring van de PET-scanners die tegenstelbaar zijn aan de verzorgingsinstellingen, zijn derhalve uitsluitend terug te vinden in de gewijzigde bepalingen.

Er dient bijgevolg een voorbehoud te worden geformuleerd bij de aan de artikelen 21 en 65 van het te nemen besluit verleende terugwerkende kracht.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Astrid TRUYENS

Jo BAERT