RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 64.799/1
van 3 december 2018

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot wijziging van het koninklijk besluit van 18 juli 2002 houdende maatregelen met het oog op de bevordering van de tewerkstelling in de non-profit sector, het besluit van de Vlaamse Regering houdende de uitvoering van het decreet van 18 mei 2018 houdende de Vlaamse sociale bescherming en van het besluit van de Vlaamse Regering tot financiering van sommige sociale akkoorden in bepaalde gezondheidsinrichtingen en -diensten’

‡LW-ADMSPDJCE-GEHIJVT‡

Op 26 november 2018 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Welzijn, Volksgezondheid en Gezin verzocht binnen een termijn van vijf werkdagen een advies te verstrekken over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot wijziging van het koninklijk besluit van 18 juli 2002 houdende maatregelen met het oog op de bevordering van de tewerkstelling in de non-profit sector, het besluit van de Vlaamse Regering houdende de uitvoering van het decreet van 18 mei 2018 houdende de Vlaamse sociale bescherming en van het besluit van de Vlaamse Regering tot financiering van sommige sociale akkoorden in bepaalde gezondheidsinrichtingen en -diensten’.

Het ontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 29 november 2018. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Wilfried VAN VAERENBERGH en Wouter PAS, staatsraden, Michel TISON en Johan PUT, assessoren, en Wim GEURTS, griffier.

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

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 3 december 2018.

*

‡LW-ADMSPDJCE-GEHIJVT‡

1. Volgens artikel 84, § 1, eerste lid, 3°, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, moeten in de adviesaanvraag de redenen worden opgegeven tot staving van het spoedeisende karakter ervan.

2. Zowel in de adviesaanvraag als in de aanhef van het ontwerp wordt het beroep op de spoedeisendheid verantwoord door de omstandigheid dat:

> "- het voorliggende voorontwerp van besluit een belangrijke impact heeft op de financiële leefbaarheid voor de sector van de residentiële ouderenzorg (woonzorgcentra, centra voor kortverblijf en de dagverzorgingscentra). Voor de sector vertegenwoordigt het dossier derde luik-bovennormpersoneel immers ongeveer 10% van de financiering van de zorg en ondersteuning die men verleent en is dus een belangrijke financieringsbron;
>
> - het dringend noodzakelijk is voor sector van de woonzorgcentra er duidelijkheid en rechtszekerheid wordt gecreëerd over de toekomst en de continuering van de financiering van de tewerkstelling die samengaat met het dossier derde luik-bovennorm;
>
> - het voorliggende voorontwerpbesluit een complexe en technische aangelegenheid betreft die slechts beheerst wordt door een beperkt aantal experten en als gevolg daarvan een lange en intensieve periode van onderhandeling en afstemming met de sociale partners heeft gevergd;
>
> - in het kader van de uitvoering van de staatshervorming het dringend noodzakelijk is dat tegen 01/01/2019 de juridische basis wordt gecreëerd om een integratie te bewerkstelligen van de middelen 'derde luik' in het financieringsmechanisme van het instellingsforfait, zodat er een einde kan worden gesteld aan de toepassing van het federale macro-plafond bij overschrijding van het aantal bovennorm-personeel;
>
> - indien geen uitvoering kan gegeven worden aan het voorliggend voorontwerpbesluit op 01/01/2019 wordt de bestaande federale regelgeving verder toegepast, wat onbedoelde effecten zou hebben voor de sector, gezien deze regelgeving niet aangepast is aan de nieuwe context na de zesde staatshervorming. Dit dreigt – naast grote sociale onrust – de financiële leefbaarheid van de residentiële ouderenzorg ernstig in gevaar te brengen;
>
> - de effectuering van het voorliggend voorontwerpbesluit is voor de sector residentiële ouderenzorg een belangrijke stap in het perspectief van een persoonsvolgende financiering waarbij per bewoner een gelijke financiering voorzien wordt op basis van de zorgnood van de bewoner."

3. Overeenkomstig artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, heeft de afdeling Wetgeving zich moeten beperken tot het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond, alsmede van de vraag of aan de voorgeschreven vormvereisten is voldaan.

‡LW-ADMSPDJCE-GEHIJVT‡

STREKKING EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

4. Het om advies voorgelegde ontwerp van besluit beoogt de financieringsregeling van het zogenaamde "derde luik- bovennormpersoneel"[1] te heroriënteren en de financiering ervan te integreren in de financieringsregeling die wordt uitgewerkt in het kader van de Vlaamse Sociale bescherming.

In de eerste plaats voert het ontwerp enkele wijzigingen door aan het koninklijk besluit van 17 augustus 2007 'tot uitvoering van de artikelen 57 en 59 van de programmawet van 2 januari 2001 wat de harmonisering van de barema's, de loonsverhogingen en tewerkstellingsmaatregelen in bepaalde gezondheidsinstellingen betreft' (artikel 12 tot (eerste) artikel 14) en heft het vervolgens dat besluit op (artikel 15).

In de tweede plaats wordt er in het kader van het instellingsforfait zoals het zal worden geregeld in de Vlaamse Sociale Bescherming in een structurele financiering voorzien van het ondersteunend personeel en een verhoging van de tegemoetkoming voor het bovennorm zorgpersoneel (artikelen 5 tot 10). Tegelijkertijd wordt in het toekomstige uitvoeringsbesluit van de Vlaamse Sociale Bescherming voorzien in een aanvullende financiering voor het bovennorm zorgpersoneel en voor het ondersteunend personeel, waarbij telkens het bedrag van deze aanvullende financiering en de voorwaarden waaronder ze worden bekomen, wordt bepaald (artikel 11); hierbij wordt de bestaande financiering voor de referentieperiode 1 juli 2016 tot en met 30 juni 2017 gewaarborgd, maar gebeurt er een verrekening met de toegekende (verhoogde) structurele middelen in het instellingsforfait en worden maatregelen genomen om de voorzieningen aan te moedigen om de betrokken personeelsleden te financieren in het kader van de basisregeling. Ten slotte worden de middelen voor jobcreatie voortaan toegekend aan de Fondsen sociale maribel, die zullen instaan voor de toewijzing van de middelen ((tweede) artikel 14).

Daarnaast wordt artikel 59*bis* van het koninklijk besluit van 18 juli 2002 'houdende maatregelen met het oog op de bevordering van de tewerkstelling in de non-profit sector' opgeheven dat voorzag in een gedeeltelijke doorstorting van de vrijgestelde bijdragen aan het RIZIV (artikel 1). Tot slot wordt uitdrukkelijk bepaald dat comateuze patiënten niet in aanmerking komen voor het instellingsforfait in het kader van de Vlaamse Sociale Bescherming (artikel 4).

5. Voor de artikelen 2, 11 tot 14 (tweemaal) en 15 tot 16 van het ontwerp kan rechtsgrond worden gevonden in artikel 143 van het decreet van 18 mei 2018 'houdende de Vlaamse sociale bescherming' (hierna: VSB-decreet 2018), dat wordt vermeld in het tweede lid van de aanhef.

Voor zover de regeling een wijzing inhoudt van de regeling van de tegemoetkomingen aan drie soorten voorzieningen in de residentiële ouderenzorg (artikelen 2 en 4 tot 10 van het ontwerp) kan niet enkel rechtsgrond worden gevonden in het in het tweede lid

[1] Het gaat om het zgn. bovennorm zorgpersoneel (zorgpersoneel dat wordt gefinancierd bovenop de financieringsnormen) en het zgn. ondersteunend personeel (administratief, technisch en werkliedenpersoneel).

‡LW-ADMSPDJCE-GEHIJVT‡

van de aanhef vermelde artikel 145 van het VSB-decreet 2018, dat enkel betrekking heeft op de woonzorgcentra met een bijzondere erkenning, doch ook in de artikelen 148, 150 en 152 van het VSB-decreet 2018, die respectievelijk betrekking hebben op de (gewone) woonzorgcentra (zonder bijzondere erkenning), dagverzorgingscentra en de centra voor kortverblijf.

Voor artikel 1 van het ontwerp is er, gelet op het bevoegdheidsprobleem dat vermeld wordt *sub* 6, geen rechtsgrond voorhanden.

De bepaling genoemd in het eerste lid van de aanhef biedt weliswaar ten dele de bevoegdheidsrechtelijke grondslag voor de ontworpen regeling, maar vormt als zodanig niet de rechtsgrond voor het ontwerp.

BEVOEGDHEID

6. Artikel 1 van het ontwerp wijzigt de bepaling die de bestemming regelt van de opbrengst van de vrijstelling van doorstorting van de bedrijfsvoorheffing of van het compenserend bedrag van de vermindering van de sociale bijdragen. Aldus wordt de bestemming geregeld van de “federale” middelen van de betrokken sectorale fondsen sociale maribel. De stellers van het ontwerp lijken hiermee geen andere bedoeling te hebben dan de gevolgen te trekken van de opheffing van het koninklijk besluit van 17 augustus 2007, dat vermeld wordt in de op te heffen bepaling en waarvoor de gemeenschappen bevoegd zijn. Het komt evenwel de federale overheid toe om haar eigen regeling in overeenstemming te brengen met de nieuwe regeling die door de Vlaamse Regering wordt ingevoerd en waarvoor zij bevoegd is. Het komt dus niet aan de Vlaamse Regering toe om de federale regelgeving op dat punt in overeenstemming te brengen met de nieuwe regeling van de Vlaamse Gemeenschap. Voor zover trouwens aan de voorwaarden van de toepassing zou zijn voldaan, kan bij gebreke aan uitdrukkelijk decretale rechtsgrond hiervoor overigens geen beroep worden gedaan op artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Aanhef

7. De aanhef moet worden aangepast gelet op hetgeen over de rechtsgrond werd opgemerkt. Men schrappe het eerste lid van de aanhef, en in het tweede lid van de aanhef voege men de verwijzing naar de artikelen 148, 150 en 152 toe.

Na het huidige derde lid van de aanhef dient een nieuw lid te worden ingevoegd waarin wordt verwezen naar het koninklijk besluit van 17 augustus 2007 dat gewijzigd en opgeheven wordt. Na het huidige zesde lid voege men een nieuw lid in waarin wordt verwezen naar het advies van de SAR WGG van 19 november 2018.

‡LW-ADMSPDJCE-GEHIJVT‡

Algemene opmerking

8. Aangezien het besluit van de Vlaamse Regering ‘houdende de uitvoering van het decreet van 18 mei 2018 houdende de Vlaamse sociale bescherming’ nog niet is uitgevaardigd, verdient het, omwille van de rechtszekerheid, sterke aanbeveling om de artikelen 2 tot 11 van het ontwerp meteen te integreren in het ontwerp dat zal leiden tot het genoemde uitvoeringsbesluit van het VSB-decreet 2018.

DE GRIFFIER DE VOORZITTER

Wim GEURTS Marnix VAN DAMME

‡LW-ADMSPDJCE-GEHIJVT‡