



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 69.975/1/V
van 2 september 2021

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot bepaling van een aantal criteria voor de erkenning van diensten voor gezinszorg en de verdeling van de extra uren gezinszorg over de erkende diensten voor gezinszorg naar aanleiding van de COVID-19-pandemie en VIA6’

Op 20 juli 2021 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Welzijn, Volksgezondheid, Gezin en Armoedebestrijding verzocht binnen een termijn van dertig dagen, van rechtswege verlengd tot 6 september 2021,^(*) een advies te verstrekken over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot bepaling van een aantal criteria voor de erkenning van diensten voor gezinszorg en de verdeling van de extra uren gezinszorg over de erkende diensten voor gezinszorg naar aanleiding van de COVID 19 pandemie en VIA6’.

Het ontwerp is door de eerste vakantiekamer onderzocht op 17 augustus 2021. De kamer was samengesteld uit Jeroen VAN NIEUWENHOVE, staatsraad, voorzitter, Peter SOURBRON en Patricia DE SOMERE, staatsraden, Michel TISON, assessor, en Annemie GOOSSENS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Rein THIELEMANS, eerste auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 2 september 2021.

*

^(*) Deze verlenging vloeit voort uit artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, *in fine*, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, waarin wordt bepaald dat deze termijn van rechtswege verlengd wordt met vijftien dagen wanneer hij begint te lopen tussen 15 juli en 31 juli of wanneer hij verstrijkt tussen 15 juli en 15 augustus.

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 een aantal afwijkende regels te bepalen, wat betreft de programmatie en de subsidiëring van diensten voor gezinszorg voor de werkingsjaren 2021, 2022, 2023 en/of 2024, wat betreft de evaluatiecriteria die gehanteerd worden in het kader van de programmatie voor de erkenning van deze diensten en wat betreft de criteria voor de verdeling van extra uren gezinszorg als bedoeld bij artikel 50 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’.

Luidens de nota aan de Vlaamse Regering is de ontworpen regeling ingegeven door de COVID-19-pandemie, die ertoe leidde dat 2020 en 2021 geen normale werkingsjaren waren of zijn. Volgens diezelfde nota worden eveneens de verdelingsprincipes van de extra uren gezinszorg in het kader van de werkbaarheid van onregelmatige prestaties (VIA6¹) nader uitgewerkt.

RECHTSGROND

3. Het ontwerp vindt rechtsgrond in de artikelen 51, § 1, eerste en tweede lid, 55, § 1, eerste lid, en 56, eerste lid, van het Woonzorgdecreet van 15 februari 2019.

VORMVEREISTEN

4. Het ontwerp werd niet aangemeld bij de Europese Commissie op grond van artikel 108, lid 3, van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (hierna: VWEU). De gemachtigde verduidelijkte dit als volgt:

¹ Het zesde Vlaams Intersectoraal akkoord van 30 maart 2021 voor de social/non-profitsectoren voor de periode 2021-2025.

“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 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.”

In de adviezen 63.937/3² en 66.182/3³ heeft de Raad van State reeds uitvoerig stilgestaan bij de vraag of de bepalingen 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 VWEU, die in beginsel onder het toepassingsgebied valt van de aanmeldingsplicht bij de Europese Commissie, bedoeld in artikel 108, lid 3, van het VWEU, en plaatste hij vraagtekens bij de stelling dat enkel de groep van assistentiewoningen onder het toepassingsgebied van dat verdrag zou vallen en dat alle andere woonzorgvoorzieningen als niet-economische diensten van algemeen belang zouden moeten worden beschouwd die buiten het toepassingsgebied van dat verdrag vallen.

De gemachtigde hernam op dat punt in wezen de argumentatie die reeds werd aangevoerd naar aanleiding van die twee adviesaanvragen, zonder daar nieuwe elementen aan toe te voegen. De Raad van State verwijst dan ook naar de sterke twijfels die hij in de twee voormelde adviezen heeft geuit bij de ruime inschatting van de niet-economische diensten van algemeen belang.

Sommige activiteiten van de diensten voor gezinszorg kunnen in elk geval ook als economische dienst worden uitgeoefend door andere marktdeelnemers. Die activiteiten kunnen dan in beginsel niet beschouwd worden als niet-economische diensten van algemeen belang. Er zal dan voor de subsidies voor die activiteiten toepassing moeten worden gemaakt van artikel 55, § 2, van het Woonzorgdecreet van 15 februari 2019, wat inhoudt dat aan alle voorwaarden van het in die paragraaf vermelde 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

² Adv.RvS 63.937/3 van 10 oktober 2018 over een voorontwerp dat heeft geleid tot het Woonzorgdecreet van 15 februari 2019, *Parl.St.* VI.Parl. 2018-19, nr. 1765/1, 273-279, opmerkingen 6.1 tot 6.5.

³ Adv.RvS 66.182/3 van 19 juni 2019 over een ontwerp dat heeft geleid tot het besluit van de Vlaamse Regering van 28 juni 2019, opmerkingen 11.1 tot 11.3.

bepaalde met het beheer van diensten van algemeen economisch belang belaste ondernemingen' moet zijn voldaan opdat men vrijgesteld is van de aanmeldingsplicht.⁴

ALGEMENE OPMERKING

5. Zowel in het opschrift van het ontwerp als in het opschrift van hoofdstuk 2 ervan wordt gewag gemaakt van "criteria voor de erkenning" van diensten voor gezinszorg. De gemachtigde verduidelijkt dat de ontworpen regeling eigenlijk betrekking heeft op de evaluatiecriteria bedoeld in de artikelen 2, 2°, en 4 van bijlage 2 bij het besluit van de Vlaamse Regering van 28 juni 2019. Die evaluatiecriteria vormen een onderdeel van de programmatie van de diensten voor gezinszorg.

Het opschrift van het ontwerp kan dan ook beter als volgt worden geredigeerd:

"Besluit van de Vlaamse Regering tot bepaling van een aantal evaluatiecriteria voor de programmatie van diensten voor gezinszorg en van een aantal criteria voor de verdeling van de extra uren gezinszorg over de erkende diensten voor gezinszorg, naar aanleiding van de COVID-19-pandemie en VIA6".

Het opschrift van hoofdstuk 2 kan dan luiden als volgt: "Evaluatiecriteria voor de programmatie van de diensten".

Het zou ook juister zijn om in de artikelen 1, 4°, 3 en 4 van het ontwerp gewag te maken van "evaluatiecriteriabesluit" in de plaats van "erkenningsbesluit".

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Aanhef

6. In de rubriek 'Rechtsgronden' in de aanhef van het ontwerp kan meer precies worden verwezen naar artikel 56, *eerste lid*, van het Woonzorgdecreet van 15 februari 2019.

Artikel 13

7. Het te nemen besluit treedt overeenkomstig artikel 13 ervan in werking op 1 september 2021. De gemachtigde verklaarde dat het niet de bedoeling is dat het besluit met terugwerkende kracht in werking treedt en dat de datum zal worden aangepast zodat de inwerkingtreding na de definitieve goedkeuring door de Vlaamse Regering ligt. Nog beter zou

⁴ In diezelfde zin adv.RvS 68.780/3 van 25 februari 2021 over een ontwerp dat heeft geleid tot het besluit van de Vlaamse Regering van 19 maart 2021 'tot wijziging van het besluit van de Vlaamse Regering van 29 mei 2020 tot vaststelling van de regels voor de toekenning van een subsidie aan residentiële voorzieningen in het beleidsdomein Welzijn, Volksgezondheid en Gezin voor de vergoeding van bepaalde kosten ten gevolge van de COVID-19-epidemie, wat betreft de uitbreiding van het toepassingsgebied met de diensten voor gezinszorg', opmerking 4.

zijn om artikel 13 weg te laten zodat het te nemen besluit volgens de gebruikelijke regeling in werking treedt. Indien men het te nemen besluit sneller in werking wil laten treden dan de tiende dag na de bekendmaking ervan, maar zonder terugwerkende kracht te verlenen zoals de gemachtigde verklaarde, kan de datum van inwerkingtreding in elk geval niet voorafgaan aan de datum van bekendmaking in het Staatsblad.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Annemie GOOSSENS

Jeroen VAN NIEUWENHOVE