



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 73.965/1/V

van 31 juli 2023

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot wijziging van 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, wat betreft de invoering van een subsidiemechanisme voor personeelsleden die aangeworven worden door de diensten voor gezinszorg in het kader van het structureel instroomkanaal voor de zorg- en welzijnssectoren’

Op 27 juni 2023 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Welzijn, Volksgezondheid en Gezin verzocht binnen een termijn van dertig dagen, van rechtswege verlengd tot 11 augustus 2023,^(*) een advies te verstrekken over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot wijziging van 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, wat betreft de invoering van een subsidiemechanisme voor personeelsleden die aangeworven worden door de diensten voor gezinszorg in het kader van het structureel instroomkanaal voor de zorg- en welzijnssectoren’.

Het ontwerp is door de eerste vakantiekamer onderzocht op 25 juli 2023. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Chantal BAMPs en Toon MOONEN, staatsraden, Johan PUT, assessor, en Yves DEPOORTER, toegevoegd griffier.

Het verslag is uitgebracht door Rein THIELEMANS, eerste auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 31 juli 2023.

*

^{*} 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 tot wijziging 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’. Vooreerst worden de voorwaarden voor de personeelsomkadering gewijzigd met betrekking tot de documenten waarover een verzorgend personeelslid dient te beschikken bij de indiensttreding (artikel 1 van het ontwerp). Daarnaast wordt een regeling getroffen voor de financiering van de loonkosten en de subsidiëring van zijinstromers¹ die door de diensten voor gezinszorg worden ingezet (artikelen 2 en 4). In het ontworpen artikel 65/1, § 3, van bijlage 2 bij dat besluit worden de woorden “het agentschap” vervangen door de woorden “de administratie” (artikel 3).

Het te nemen besluit heeft uitwerking met ingang van 1 januari 2023, met uitzondering van artikel 3, dat uitwerking heeft met ingang van 1 juni 2023 (artikel 5).

RECHTSGROND

3. Artikel 1 van het ontwerp vindt rechtsgrond in artikel 38, tweede lid, 2°, van het Woonzorgdecreet van 15 februari 2019. Voor de artikelen 2 tot 4 van het ontwerp kan beroep worden gedaan op de artikelen 55, § 1, eerste lid, en 56 van dat decreet.

VORMVEREISTEN

4.1. Gevraagd of de artikelen 2 tot 5 van het ontwerp als mogelijke staatssteun werden aangemeld bij de Europese Commissie op grond van artikel 108, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU), antwoordde de gemachtigde:

“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

¹ Een zijinstromer is volgens de tekst van het ontwerp een personeelslid dat is aangeworven door een dienst voor gezinszorg in het kader van het structureel instroomkanaal voor de zorg- en welzijnssectoren, vermeld in het intersectoraal kaderakkoord van 1 juli 2022 over het structureel instroomkanaal voor de zorg- en welzijnssectoren, en dat voldoet aan de bij het ontworpen artikel 65/1, § 1, van bijlage 2 bij het besluit van de Vlaamse Regering van 28 juni 2019 gestelde voorwaarden.

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.”

4.2. 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 moeten worden beschouwd 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.⁴

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 worden beschouwd 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 bepaalde met het

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, opmerking 7.

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.

⁴ Zie sindsdien ook 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.

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

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Aanhef

5. In de rubriek "Rechtsgronden" moet bijkomend worden verwezen naar artikel 38, tweede lid, 2°, van het Woonzorgdecreet van 15 februari 2019.

Artikel 1

6. Het te wijzigen artikel 29, tweede lid, van bijlage 2 bij het besluit van de Vlaamse Regering van 28 juni 2019 heeft betrekking op de voorwaarden voor de personeelsomkadering, in het bijzonder op de documenten waarover een verzorgend personeelslid dient te beschikken bij de indiensttreding. Dergelijke regeling dient in overeenstemming te zijn met de vrijheid van vestiging en met het vrije verkeer van diensten, zoals vervat in respectievelijk de artikelen 49 en 56 van het VWEU en met richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 'betreffende diensten op de interne markt' (hierna: dienstenrichtlijn).⁵

Slechts voor zover de inhoudelijke vereisten uit het besluit van de Vlaamse Regering van 3 mei 2019 'tot regeling van de VDAB-opleiding tot verzorgende en zorgkundige' dezelfde zijn als deze in de opgeheven besluiten van de Vlaamse Regering van 28 januari 2000 'tot regeling van de erkenning en de subsidiëring van opleidingscentra voor polyvalente verzorgenden' en van 10 oktober 2008 'tot regeling van de opleiding tot polyvalent verzorgende en de bijkomende opleidingsmodule tot zorgkundige', en de overeenstemming met de voornoemde Europeesrechtelijke verplichtingen reeds werd nagegaan naar aanleiding van die opgeheven besluiten, moet die overeenstemming niet opnieuw worden onderzocht.

Artikel 5

7.1. Gevraagd om toelichting bij de terugwerkende kracht die aan het te nemen besluit wordt gegeven, antwoordde de gemachtigde:

"Het besluit heeft uitwerking met ingang van 1 januari 2023 omdat vanaf die datum de eerste zijinstromers aangeworven zijn door de diensten voor gezinszorg. De terugwerkende kracht tot 1 januari 2023 is noodzakelijk opdat de diensten voor gezinszorg subsidies (artikel 2 en 4 van het ontwerp) zouden kunnen ontvangen voor de loonkost van

⁵ Uit de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof blijkt dat ouderenvoorzieningen in beginsel ook onder het toepassingsgebied van de dienstenrichtlijn vallen, onverminderd de mogelijkheid dat het gaat om diensten van de gezondheidszorg of om bepaalde sociale diensten die uitdrukkelijk worden uitgezonderd van het toepassingsgebied van de dienstenrichtlijn (zie onder meer GwH 9 december 2010, nr. 135/2010, B.6.1-B.6.3; GwH 25 januari 2012, nr. 10/2012, B.15.1; GwH 23 januari 2014, nr. 6/2014, B.13-B.16 en B.17-B.27).

de zijinstromers die ze sinds begin 2023 aangeworven hebben. De retroactiviteit is dus vereist om een voordeel te kunnen toekennen aan de diensten voor gezinszorg.

Voor de erkenningsvoorwaarden (artikel 3 [lees: artikel 1]) is de datum van inwerkingtreding minder essentieel. Impliciet is de wijziging al van kracht sinds 1 januari 2020, de datum waarop het besluit van de Vlaamse Regering van 3 mei 2019 in werking trad. Zoals hoger vermeld, gaat het hier om een louter technische aanpassing. Daarom werd voor dat artikel 3 [lees: artikel 1] dezelfde datum van inwerkingtreding genomen als voor de rest van het ontwerp van besluit (...).”

7.2. Vermits het gaat om een begunstigende regeling rijst er geen bezwaar tegen de terugwerkende kracht tot 1 januari 2023 voor de artikelen 2 en 4 van het ontwerp, met uitzondering van het ontworpen artikel 65/1, § 3, van bijlage 2 bij het besluit van de Vlaamse Regering van 28 juni 2019 dat een verplichting oplegt aan de diensten voor gezinszorg. Op dat punt wordt in het ontwerp best in een overgangsregeling voorzien.

Het is daarentegen niet pertinent om artikel 1 van het ontwerp eveneens uitwerking te laten hebben op 1 januari 2023. Het besluit van de Vlaamse Regering van 3 mei 2019 trad reeds in werking op 1 januari 2020. Voor artikel 1 van het ontwerp moet de gebruikelijke termijn van inwerkingtreding van besluiten worden gehanteerd (zijnde tien dagen na de bekendmaking ervan in het Belgisch Staatsblad).

7.3. De terugwerkende kracht voor artikel 3 van het ontwerp tot 1 juni 2023 werd door de gemachtigde verantwoord met verwijzing naar de inwerkingtreding van de besluiten van de Vlaamse Regering van 12 mei 2023 ‘over het Departement Zorg’ en ‘tot wijziging van besluiten van de Vlaamse Regering door de fusie van het Departement Welzijn, Volksgezondheid en Gezin en het intern verzelfstandigd agentschap Zorg en Gezondheid tot het Departement Zorg’.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Yves DEPOORTER

Marnix VAN DAMME