



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 64.062/3
van 8 oktober 2018

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘houdende de subsidiëring van projecten van preventieve infrastructurele maatregelen inzake agressie, vrijheidsbeperking of vrijheidsberoving in bepaalde voorzieningen van het beleidsdomein Welzijn, Volksgezondheid en Gezin’

Op 24 juli 2018 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 7 september 2018,^(*) en nogmaals verlengd tot 8 oktober 2018, een advies te verstrekken over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘houdende de subsidiëring van projecten van preventieve infrastructurele maatregelen inzake agressie, vrijheidsbeperking of vrijheidsberoving in bepaalde voorzieningen van het beleidsdomein Welzijn, Volksgezondheid en Gezin’.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 2 oktober 2018. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Jeroen VAN NIEUWENHOVE en Peter SOURBRON, staatsraden, Jan VELAERS en Bruno PEETERS, assessoren, en Astrid TRUYENS, griffier.

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

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 8 oktober 2018.

*

^(*) Deze verlenging vloeit voort uit artikel 84, § 1, eerste lid, 2^o, *in fine*, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, waarin wordt bepaald dat deze termijn van rechtswege wordt verlengd 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 om advies voorgelegde ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering bepaalt onder welke voorwaarden bepaalde voorzieningen in de sectoren personen met een handicap, jongerenwelzijn en kinder- en jeugdpsychiatrie aanspraak kunnen maken op infrastructuursubsidies, specifiek voor projecten van infrastructurele maatregelen inzake agressie, vrijheidsbeperking of vrijheidsberoving.

Het ontwerp regelt:

- welke voorzieningen voor de subsidie in aanmerking komen (artikel 2);
- de voorwaarden waaraan de subsidieaanvrager moet voldoen (artikelen 3 en 4);
- de preventieve maatregelen inzake agressie, vrijheidsbeperking of vrijheidsberoving die voor subsidiëring in aanmerking komen (artikel 5);
- de aanvraag- en toekenningsprocedure (artikelen 6 tot 11);
- het maximumbedrag, het bedrag en de betaling van de investeringssubsidie (artikelen 12 en 13);
- de zelfevaluatie door de aanvrager van het project (artikel 14);
- het toezicht op de toegekende subsidie (artikelen 15 tot 17).

BEVOEGDHEID

3. In zoverre het ontwerp betrekking heeft op voorzieningen die gezondheidszorg aanbieden, is de Vlaamse Gemeenschap ervoor bevoegd op grond van artikel 5, § 1, I, eerste lid, 1^o, a) en b),¹ en 5^o,² van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’.

¹ Wat betreft de forensische K-bedden en de K-diensten (artikel 2, tweede lid, 7^o en 8^o, van het ontwerp), aangezien het gaat om de subsidiëring van de “investeringskost van de infrastructuur” voor de betrokken ziekenhuisvoorzieningen.

² Wat betreft de revalidatiecentra bedoeld in artikel 2, tweede lid, 9^o, van het ontwerp.

RECHTSGROND

4. Het ontworpen besluit vindt rechtsgrond in de bepalingen die in het eerste lid van de aanhef worden vermeld.

VORMVEREISTEN

5.1. Het ontwerp bepaalt de voorwaarden waaronder infrastructuursubsidies kunnen worden verleend aan bepaalde voorzieningen in de sectoren jongeren met een handicap, jongerenwelzijn en jeugdpsychiatrie. De vraag rijst dan ook of deze subsidies kunnen worden aangemerkt als staatssteun in de zin van artikel 107 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU).

In advies 63.433/3 over een ontwerp betreffende investeringssubsidies aan voorzieningen die actief zijn in de persoonsgebonden aangelegenheden in het algemeen, merkte de Raad van State in dit verband het volgende op:³

“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.⁴ In geval van twijfel daaromtrent verdient

³ Adv.RvS 63.433/3 van 31 mei 2018 over een ontwerp dat heeft geleid tot het besluit van de Vlaamse Regering van 6 juli 2018 ‘tot wijziging van diverse besluiten inzake de infrastructuur voor persoonsgebonden aangelegenheden’, opmerking 5.

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),⁵ en die onwettigheid moet door elke rechter, desnoods ambtshalve, worden opgeworpen,⁶ zonder dat de begunstigden van de steun zich op een gewekt vertrouwen kunnen beroepen om de terugbetaling van de steun (met interest) te verhinderen.⁷ 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.⁸”

5.2. In de nota aan de Vlaamse Regering wordt geargumenteed dat de subsidieregeling geen staatssteun uitmaakt:

“Voor het voornoemde besluit zijn er geen specifieke bepalingen vereist in het kader van de staatssteun. In dit besluit wordt de doelgroep beperkt tot die voorzieningen in de sector personen met een handicap met een niet-economisch karakter. Het betreft immers voorzieningen die zoals in het verleden nog altijd bijna uitsluitend rechtstreeks door de overheid worden gefinancierd. Die organisaties halen hun middelen derhalve niet uit de markt, maar uit financiering via het solidariteitsmechanisme. De betrokken voorzieningen worden rechtstreeks gefinancierd uit overheidsmiddelen en leveren op basis daarvan hun diensten aan de personen die zijn aangesloten op basis van een universele dekking. Het Hof van Justitie hebben voor de publieke ziekenhuizen bevestigd dat, waar dit soort structuur bestaat, de betrokken organisaties niet handelen als ondernemingen (DAEB-mededeling in publicatieblad Europese Unie, 11.2012, p. C 8/7).”

5.3. Het is evenwel niet zo dat de activiteiten van de betrokken voorzieningen *per se* kunnen worden bestempeld als niet-economische diensten van algemeen belang. Of dat het geval is, hangt af van de vraag of ze al dan niet tegen een economische tegenprestatie worden verricht. Dat de gebruiker van de dienst tot op zekere hoogte de werkingskosten van die dienst moet helpen dragen, doet niet af aan de aard van de betrokken dienst.⁹ De loutere omstandigheid dat

⁴ Voetnoot 5 van het geciteerde advies: De bisnota aan de Vlaamse Regering bevat daaromtrent alvast geen enkele verduidelijking.

⁵ Voetnoot 6 van het geciteerde advies: 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.

⁶ Voetnoot 7 van het geciteerde advies: HvJ 18 juli 2007, C-119/05, *Lucchini*, punt 61; HvJ 26 oktober 2016, C-590/14 P, *Dimosia Epicheirisi Ilektrismou AE* ;

⁷ Voetnoot 8 van het geciteerde advies: 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.

⁸ Voetnoot 9 van het geciteerde advies: 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.

⁹ Zie ook HvJ 27 september 1988, zaak 263/86, *Humbel* en HvJ 7 december 1993, C-109/92, *Wirth*.

een dienst voornamelijk met overheidsmiddelen wordt gefinancierd, kan ook niet automatisch tot deze kwalificatie leiden; de aard van de dienst moet mee in aanmerking worden genomen.

Bovendien blijkt uit artikel 2, lid 1, c), van het voormelde besluit 2012/21/EU dat dat besluit onder meer van toepassing is voor de “compensatie ten behoeve van het verrichten van diensten van algemeen economisch belang waarmee wordt voldaan aan sociale behoeften wat betreft gezondheidszorg en langdurige zorg, kinderopvang, toegang tot de arbeidsmarkt en herintreding, sociale huisvesting en de zorg voor en sociale inclusie van kwetsbare groepen”. Daaruit kan worden afgeleid dat het in bepaalde omstandigheden mogelijk is dat dergelijke activiteiten als diensten van algemeen *economisch* belang kunnen worden beschouwd en dus wel degelijk onder de staatssteunregeling vallen. Dat zal, blijkens de mededeling van de Commissie ter zake, afhankelijk zijn van “politieke en economische specifieke kenmerken in een bepaalde lidstaat”, rekening houdende met de “mate waarin verschillende zorgaanbieders met elkaar concurreren in een marktomgeving”.¹⁰

De stellers van het ontwerp doen er dan ook goed aan na te gaan of alle aangeboden diensten die door het ontwerp geregeld worden effectief als een niet-economische algemene dienst kunnen worden aangemerkt.

Indien dat niet het geval is, lijkt de staatssteun, gelet op artikel 12 van het ontwerp dat de maximumbedragen en enkele andere beperkingen bevat, op het eerste gezicht te kunnen worden ingepast in de voorwaarden vervat in de zogenaamde *de minimis*-verordening,¹¹ zodat de ontworpen regeling niet zou moeten worden aangemeld bij de Europese Commissie.

5.4. Indien de aan de Raad van State voorgelegde tekst ten gevolge van het vervullen van dit vormvereiste 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

Artikel 4

6. Over de “ongeoorloofde verwantschapsband” waarvan gewag wordt gemaakt in artikel 4 van het ontwerp, merkte de Raad van State in verschillende adviezen reeds het volgende op:¹²

¹⁰ Zie de mededeling van de Commissie 2012/C 8/02 ‘betreffende de toepassing van de staatssteunregels van de Europese Unie op voor het verrichten van diensten van algemeen economisch belang verleende compensatie’, randnrs. 14 en 21.

¹¹ Verordening (EU) nr. 1407/2013 van de Commissie van 18 december 2013 ‘betreffende de toepassing van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op *de-minimis*steun’.

¹² Adv.RvS 49.093/3 van 25 januari 2011 over een ontwerp dat heeft geleid tot het besluit van de Vlaamse Regering van 18 maart 2011 ‘tot regeling van de alternatieve investeringssubsidies, verstrekt door het Vlaams Infrastructuurfonds voor Persoonsgebonden Aangelegenheden’, opmerking 8. Zie ook onder meer adv.RvS 49.849/3 van 5 juli 2011 over een ontwerp dat heeft geleid tot het besluit van de Vlaamse Regering van 10 november 2011 ‘tot wijziging van diverse besluiten inzake de infrastructuur voor persoonsgebonden aangelegenheden’, opmerking 6;

“In artikel 4, § 2, van het ontwerp worden een aantal gevallen omschreven waarin een ongeoorloofde verwantschapsband bestaat tussen de (rechts)persoon die eigenaar is van de gronden waarop de voorziening zal worden opgetrokken en de (rechts)persoon die initiatiefnemer is van de voorziening en dus de subsidie aanvraagt, en waarvoor een onweerlegbaar vermoeden geldt dat die band ongeoorloofd is.

Aldus wordt een verschil in behandeling tussen eigenaars van de betrokken gronden en tussen initiatiefnemers van voorzieningen ingesteld. Al berust dat onderscheid op een objectief criterium en al kan er geen twijfel over bestaan dat ermee een wettig doel wordt nagestreefd, toch dienen 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 na te gaan of het onweerlegbare karakter van het vermoeden niet verder reikt dan noodzakelijk is om de beoogde doelstelling te bereiken.”

Die conclusie geldt ook voor artikel 4 van dit ontwerp.

Artikel 5

7. In artikel 5, derde lid, van het ontwerp wordt bepaald dat voor de maatregelen die in aanmerking komen voor een investeringssubsidie onder de ontworpen regeling, “geen andere investeringssubsidies als vermeld in het decreet van 23 februari 1994 [inzake de infrastructuur voor persoonsgebonden aangelegenheden], [worden] verleend”. Uit de nota aan de Vlaamse Regering blijkt dat de ontworpen bepaling tot doel heeft te verduidelijken dat wie investeringssubsidies ontvangt voor een project, geen andere VIPA-investeringssubsidies voor “eenzelfde maatregel” kan ontvangen of, met andere woorden, dat “[e]en maatregel (...) niet tweemaal gesubsidieerd [kan] worden.”

Zoals de ontworpen bepaling is geredigeerd, zou ze echter ook zo begrepen kunnen worden dat de betrokken maatregelen onder geen enkel beding in aanmerking komen voor andere VIPA-investeringssubsidies, ook als de in het ontwerp bedoelde subsidie niet werd aangevraagd. Dat blijkt volgens de gemachtigde niet de bedoeling te zijn. Om die interpretatie uit te sluiten, zou de ontworpen bepaling beter als volgt worden gesteld:

“Voor maatregelen, vermeld in het eerste lid, kan niet tegelijk een investeringssubsidie als vermeld in dit besluit en een andere investeringssubsidie ter uitvoering van het decreet van 23 februari 1994 worden verleend.”

adv.RvS 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; adv.RvS 62.995/3 van 16 maart 2018 over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot regeling van het infrastructuurforfait binnen de persoonsvolgende financiering voor personen met een handicap, verstrekt door het Vlaams Infrastructuurfonds voor Persoonsgebonden Aangelegenheden’, opmerking 8.

Afdeling 5 van hoofdstuk 2

8. Hoofdstuk 2 bevat twee afdelingen 5. De tweede afdeling 5 (“Toezicht en maatregelen”) moet worden vernummerd tot afdeling 6.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Astrid TRUYENS

Jo BAERT