



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 76.317/3
van 29 mei 2024

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot wijziging van verschillende besluiten, over de subsidiëring van variabele prestaties’

Op 29 april 2024 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 verschillende besluiten, over de subsidiëring van variabele prestaties’.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 21 mei 2024. De kamer was samengesteld uit Jeroen VAN NIEUWENHOVE, kamervoorzitter, Koen MUYLLE en Elly VAN DE VELDE, staatsraden, Jan VELAERS en Bruno PEETERS, assessoren, en Yves DEPOORTER, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Laurens LAVRYSEN, adjunct-auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 29 mei 2024.

*

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 EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

2. Het voor advies voorgelegde ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering strekt ertoe wijzigingen door te voeren aan meerdere besluiten die betrekking hebben op de financiering van de personeelskosten van subsidie-eenheden¹ voor de zorg aan personen met een handicap.

2.1.1. Vooreerst brengt hoofdstuk 7 van het ontwerp wijzigingen aan in het besluit van de Vlaamse Regering van 12 mei 2017 ‘houdende de methodiek voor de berekening van de subsidies voor personeelskosten’ (artikelen 7 tot 11). Meer specifiek wordt de wijziging van de berekeningswijze van de subsidiëring van “variabele prestaties” geregeld in artikel 10 van het ontwerp, dat daartoe de nieuw ontworpen artikelen 13/1 en 13/2 in het besluit van de Vlaamse Regering van 12 mei 2017 invoegt. Luidens de definitie in artikel 7, 2°, van het ontwerp zijn “variabele prestaties” “prestaties tijdens de avond en nacht, en op een zaterdag, zondag of een feestdag waarvoor de werkgever extra salarissupplementen moet betalen”. Artikel 10 van het ontwerp voorziet ook in een overgangsregeling.

2.1.2. Hoofdstuk 1 van het ontwerp heft in het licht van de wijzigingen in hoofdstuk 7 artikel 8 van het besluit van de Vlaamse Regering van 15 december 1993 ‘houdende de subsidiëring van de personeelskosten in bepaalde voorzieningen van de welzijnssector’ op (artikel 1 van het ontwerp).

2.1.3. In het verlengde van de hierboven besproken artikelen 1 en 10 van het ontwerp, actualiseren de hoofdstukken 2 tot 5 de verwijzingsbepalingen in respectievelijk het besluit van de Vlaamse Regering van 30 september 2011 ‘betreffende de erkenning en subsidiëring van diensten Ondersteuningsplan voor het voortraject van personen met een handicap’ (artikel 2), het besluit van de Vlaamse Regering van 22 februari 2013 ‘betreffende rechtstreeks toegankelijke hulp voor personen met een handicap’ (artikel 3), het besluit van de Vlaamse Regering van 26 februari 2016 ‘houdende erkenning en subsidiëring van multifunctionele centra voor minderjarige personen met een handicap’ (artikel 4) en het besluit van de Vlaamse Regering van 24 juni 2016 ‘over de besteding van het budget voor niet-rechtstreeks toegankelijke zorg en ondersteuning voor meerderjarige personen met een handicap en over organisatiegebonden kosten voor vergunde zorgaanbieders’ (artikel 5).

¹ Artikel 1, 10°, van het besluit van de Vlaamse Regering van 12 mei 2017 ‘houdende de methodiek voor de berekening van de subsidies voor personeelskosten’ definieert subsidie-eenheid als “de vrij samen te stellen groep van FAM’s, MFC’s, vergunde zorgaanbieders, voorzieningen die ondersteuning bieden aan personen met een handicap in de gevangenis, units voor geïnterneerden, observatie-, diagnose- en behandelingsunits, thuisbegeleidingsdiensten en rechtstreeks toegankelijke diensten die ressorteren onder dezelfde inrichtende macht of een dienst Ondersteuningsplan”.

Hetzelfde geldt voor de hoofdstukken 8 tot 11 met geactualiseerde verwijzingen in respectievelijk het besluit van de Vlaamse Regering van 24 november 2017 ‘over de erkenning en subsidiëring van voorzieningen die ondersteuning bieden aan personen met een handicap in de gevangenis, en van units voor geïnterneerden’ (artikelen 12 en 13), het besluit van de Vlaamse Regering van 8 december 2017 ‘over de erkenning en subsidiëring van observatie-, diagnose- en behandelingsunits’ (artikel 15), het besluit van de Vlaamse Regering van 28 september 2018 ‘over de zorg en ondersteuning voor personen met een niet-aangeboren hersenletsel of tetraplegie ten gevolge van een hoge dwarslaesie met de hoogste zorg- en ondersteuningsnood’ (artikel 17) en het besluit van de Vlaamse Regering van 14 december 2018 ‘over de zorg en ondersteuning voor geïnterneerde personen met een handicap door vergunde zorgaanbieders’ (artikel 18).

2.2. Daarnaast voorziet het ontwerp in de opheffing van de zogenaamde “bijdrage A”. Deze bijdrage, die ingevoerd werd om de transitie naar persoonsvolgende financiering budgetneutraal te laten verlopen, werd voor de zogenaamde “transitiecliënten” afgetrokken van de werkingsmiddelen van bepaalde subsidie-eenheden.

Daartoe heft hoofdstuk 6 de artikelen 27 en 28 van het besluit van de Vlaamse Regering van 24 juni 2016 ‘houdende de transitie van personen met een handicap die gebruikmaken van een persoonlijke-assistentiebudget of een persoonsgebonden budget of die ondersteund worden door een flexibel aanbodcentrum voor meerderjarigen of een thuisbegeleidingsdienst, naar persoonsvolgende financiering en houdende de transitie van de flexibele aanbodcentra voor meerderjarigen en de thuisbegeleidingsdiensten’ op (artikel 6). In hoofdstuk 8 heft artikel 14 van het ontwerp artikel 26/1 van het besluit van de Vlaamse Regering van 24 november 2017 op en in hoofdstuk 9 heft artikel 16 van het ontwerp artikel 15 van het besluit van de Vlaamse Regering van 8 december 2017 op.

2.3. Hoofdstuk 12 omvat de slotbepalingen (artikelen 19 tot 21). Luidens artikel 20 heeft het te nemen besluit uitwerking met ingang van 1 januari 2024.

3. Zoals in de aanhef wordt aangegeven, vindt het ontwerp rechtsgrond in artikel 8, eerste lid, 2°, van het decreet van 7 mei 2004 ‘tot oprichting van het intern verzelfstandigd agentschap met rechtspersoonlijkheid Vlaams Agentschap voor Personen met een Handicap’.

ALGEMENE OPMERKING

4. In meerdere bepalingen van het ontwerp wordt verwezen naar te wijzigen bepalingen die ingevoegd of het laatst gewijzigd zijn door het “besluit van de Vlaamse Regering van xx xxxx xxxx”. Volgens de nota aan de Vlaamse Regering gaat het om het besluit van de Vlaamse Regering ‘tot wijziging van verschillende besluiten van de Vlaamse Regering over de subsidiëring van personeelskosten in de sector van personen met een handicap’ dat op 22 december 2023 principieel werd goedgekeurd, maar dat nog niet definitief is genomen.

Hoewel het legitiem is om te anticiperen op ontworpen wijzigingen, zullen de stellers van het ontwerp toch moeten waken over de onderlinge afstemming van het ene nog te nemen besluit met het thans om advies voorgelegde ontwerp, rekening houdende met de datum van uitwerking van de betreffende besluiten.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Aanhef

5. In de aanhef van het ontwerp dient te worden verwezen naar “artikel 8, eerste lid, 2°” in plaats van naar “artikel 8, 2°”.

Artikel 10

6.1. Het ontworpen artikel 13/1, § 2, eerste lid, 2°, van het besluit van de Vlaamse Regering van 12 mei 2017 voorziet erin dat de berekening van het in aanmerking te nemen aantal variabele prestaties gebeurt aan de hand van geregistreerde *vouchers*, in overeenstemming met artikel 13 van het besluit van de Vlaamse Regering van 24 juni 2016. Artikel 7 van dit laatste besluit voorziet echter ook in de mogelijkheid om het persoonsgebonden budget *in geld* te besteden. Gevraagd naar de verantwoording hiervoor, antwoordde de gemachtigde als volgt:

“Een persoonsvolgend budget kan bij een vergunde zorgaanbieder zowel als voucher en/of cash ingezet worden. Het werken met vouchers en dus ook personeelspunten geeft enerzijds bepaalde zekerheden aan de vergunde zorgaanbieders, zoals anciënniteitsgerelateerde subsidiëring van het personeel en het genereren van variabele prestaties. Anderzijds heeft het werken met vouchers ook een aantal beperkingen, zoals de gelimiteerde omzet van personeelspunten naar werkingsmiddelen. Besteding met cash daarentegen geeft hogere flexibiliteit van de inzet van deze middelen. Vergunde zorgaanbieder en cliënt kunnen in onderling overleg beslissen hoe het persoonsvolgend budget van de cliënt zal ingezet worden. De ondersteuning, en dus ook de personeelskost inclusief de variabele prestaties, die met cash wordt vergoed, valt buiten het toepassingsgebied van het Besluit van de Vlaamse Regering van 12 mei 2017, waarin de nieuwe methodiek van subsidiëren wordt ingevoegd. Dit BVR is enkel van toepassing op de afrekening en subsidiëren van zorggebonden punten, die gegenereerd worden bij gebruik van een voucher.

Mensen die hun PVB als cash besteden buiten de vergunde zorgaanbieders zijn niet gebonden aan het PC 319.01 waarin de afspraken vastgelegd zijn m.b.t. de vergoeding van de variabele prestaties.”

Met deze zienswijze kan worden ingestemd.

6.2. Het ontworpen artikel 13/1, § 2, eerste lid, 7°, van het besluit van de Vlaamse Regering van 12 mei 2017 voorziet erin dat 0,1 uren variabele prestaties in aanmerking worden genomen per erkend personeelspunt voor rechtstreeks toegankelijke diensten, terwijl voor de in punten 3° tot 6° van die bepaling bedoelde subsidie-eenheden een sleutel van 12,67 uren wordt gehanteerd. Gevraagd naar de verantwoording voor dit verschil, antwoordde de gemachtigde als volgt:

“Diensten rechtstreeks toegankelijk hulp bieden vooral ondersteuning via ambulante of mobiele begeleiding aan personen met een handicap of vermoeden van een handicap. Het gaat voor deze diensten in slechts een klein aantal gevallen over verblijf. Bij de andere diensten die 12,67 uren per punt krijgen, gaat het over cliënten met een hoge zorgvraag (ondersteuning van mensen met een niet-aangeboren hersenletsel of tetraplegie, observatie-, diagnose- en behandeling units, ondersteuning van geïnterneerden en units voor

geïnterneerden) die bovendien meestal 7/7 in de voorziening verblijven. De zware zorgvraag en het verblijf in de voorziening maakt dat voor deze zorgvormen een hogere sleutel van 12,67 uren per punt wordt gehanteerd.”

Met deze zienswijze kan worden ingestemd.

6.3. Het ontworpen artikel 13/1, § 3, van het besluit van de Vlaamse Regering van 12 mei 2017 maakt gewag van een vergelijking met het “totale aantal uren variabele prestaties”. De gemachtigde bevestigde dat hiermee hetzelfde wordt bedoeld als het “maximumaantal subsidieerbare uren variabele prestaties” in het ontworpen artikel 13/1, § 2, van dit besluit.

In het licht van de toelichting van de gemachtigde is het ter wille van de duidelijkheid raadzaam om ook in het ontworpen artikel 13/1, § 3, van het besluit van de Vlaamse Regering van 12 mei 2017 gewag te maken van het “maximumaantal subsidieerbare uren variabele prestaties”.

7.1. In het ontworpen artikel 13/2 van het besluit van de Vlaamse Regering van 12 mei 2017 wordt op verschillende punten verwezen naar “artikel 13/1, paragraaf 3”.

Het strekt tot aanbeveling om het woord “paragraaf” slechts voluit te schrijven wanneer het gaat om een verwijzing binnen hetzelfde artikel.² Aldus dienen de woorden “artikel 13/1, paragraaf 3” te worden vervangen door de woorden “artikel 13/1, § 3”.

7.2. Het ontworpen artikel 13/2, § 1, tweede lid, van het besluit van de Vlaamse Regering van 12 mei 2017 bepaalt of de overgangsregeling al dan niet geldt. Bevraagd over de draagwijdte van deze bepaling, antwoordde de gemachtigde:

“De formulering is ons inziens correct. Wanneer het aantal zaterdaguren berekend volgens de nieuwe methodiek (= maximaal aantal te subsidiëren uren berekend volgens artikel 13/1) voor 2022, lager ligt dan het huidig maximum aantal te subsidiëren uren voor 2022 (= huidig historisch pakket omgezet in zaterdaguren) komt een subsidie-eenheid in aanmerking voor de overgangsmaatregel. Wanneer een SE in het verleden echter minder uren gebruikte dan zijn maximum pakket, vergelijken we de uren berekend volgens de nieuwe methodiek met de werkelijk gesubsidieerde uren, anders zouden deze SE’s met de overgangsmaatregel meer uren ter beschikking krijgen dan dat ze werkelijk inzetten.”

Ter wille van de transparantie en toegankelijkheid van het ontworpen artikel 13/2, § 1, tweede lid, strekt het tot aanbeveling de ontworpen bepaling te herformuleren op een dergelijke wijze dat de toelichting van de gemachtigde duidelijker tot uitdrukking komt.

7.3. Gevraagd naar de mogelijke verwarring die ontstaat doordat in het ontworpen artikel 13/2, § 2, tweede lid, van het besluit van de Vlaamse Regering van 12 mei 2017 gewag wordt gemaakt van het “aantal extra uren variabele prestaties dat wordt verkregen door toepassing van het eerste lid”, terwijl het eerste lid van paragraaf 2 het “maximumaantal te subsidiëren uren variabele prestaties” bepaalt, antwoordde de gemachtigde als volgt:

“Het woord ‘extra’ kan voor verwarring zorgen, aangezien er door de berekening in het eerste lid gewoon een aantal uren wordt bekomen, en er daar geen sprake is van ‘extra’.

² Omzendbrief VR 2019/4 betreffende de wetgevingstechniek, aanwijzing 132.

We stellen voor om het tweede lid als volgt te herformuleren: ‘Het aantal uren variabele prestaties dat wordt verkregen na toepassing van de berekening in het eerste lid, wordt bijgeteld...’. Paragraaf 3, tweede lid, moet dan op dezelfde manier worden geherformuleerd, aangezien er daar ook sprake is van die extra uren variabele prestaties door toepassing van paragraaf 2, eerste lid.”

Met het voorstel van de gemachtigde kan worden ingestemd.

7.4. Volgens de gemachtigde moet onder “[h]et eventuele saldo van uren dat overblijft” in het ontworpen artikel 13/2, § 3, derde lid, van het besluit van de Vlaamse Regering van 12 mei 2017 worden verstaan het saldo dat overblijft na toepassing van de vermindering voorzien in het ontworpen artikel 13/2, § 3, tweede lid. De gemachtigde stelde voor om dit te verduidelijken in het dispositief.

Met het voorstel van de gemachtigde kan worden ingestemd.

Artikel 11

8. Ingevolge de sleutel gehanteerd in de ontworpen bijlage 3 van het besluit van de Vlaamse Regering van 12 mei 2017 wegen zondaguren vijf maal en feestdaguren twee maal en een half zo zwaar door dan de overige “variabele prestaties” voor de toepassing van het ontworpen artikel 13/1, § 3, ervan. Gevraagd of dit geen risico inhoudt dat subsidie-eenheden hierdoor worden aangezet tot een besparing op personeel op zon- en feestdagen, wat mogelijk een negatieve impact heeft op de personen met de hoogste zorgnoden die een grotere behoefte hebben aan onregelmatige prestaties, antwoordde de gemachtigde als volgt:

“Het is inderdaad zo dat de zondag en feestdaguren de duurste uren zijn. De voorzieningen zelf moeten ook hun personeel respectievelijk 5X en 2,5 X meer betalen per gewerkt uur. In het huidige systeem beschikken de voorzieningen over een urenpakket dat niet afgestemd is op de zorgzwaarte en de verblijfsfrequentie van de cliënten. De nieuwe methodiek houdt wel rekening met en zorgzwaarte en verblijfsfrequentie, waardoor er geen negatieve impact zal optreden voor personen met een hoge ondersteuningsbehoefte.”

Met deze zienswijze kan worden ingestemd.

Artikel 20

9.1. Artikel 20 van het ontwerp bepaalt dat het te nemen besluit uitwerking heeft met ingang van 1 januari 2024. Gevraagd naar een verantwoording voor de voorziene terugwerkende kracht, antwoordde de gemachtigde:

“De volledige afrekening van 2024 zal gebeuren na afloop van het kalenderjaar. De subsidie-eenheden gaan voor 2024 geen financiële verliezen lijden door dit besluit. De sector werd ook tijdens de ontwikkeling van de nieuwe methodiek betrokken en op de hoogte gebracht dat de nieuwe regeling zou ingaan vanaf 2024.”

9.2. Het verlenen van terugwerkende kracht aan besluiten is enkel toelaatbaar ingeval 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.

9.2.1. Aangezien de afschaffing van de “bijdrage A” tot het voordeel van de subsidie-eenheden strekt, kan inderdaad worden aanvaard dat hieraan terugwerkende kracht wordt verleend.

9.2.2. Deze verantwoording voor de terugwerkende kracht gaat evenwel niet op voor artikel 10 van het ontwerp, dat de nieuwe regeling inzake de subsidiëring voor “variabele prestaties” omvat. De ontworpen regeling kan immers wel degelijk tot gevolg hebben dat sommige subsidie-eenheden minder subsidiëring voor “variabele prestaties” zullen ontvangen. Het is dan ook zeer de vraag of de voorziene terugwerkende kracht van artikel 10 van het ontwerp wel kan worden ingepast in de gevallen waarin de terugwerkende kracht van besluiten toelaatbaar is, temeer doordat sommige budgethouders een deel van het bedrag dat overeenstemt met de huidige subsidiëring voor “variabele prestaties” al zullen hebben besteed op grond van de rechtmatige verwachting dat deze volgens de huidige regeling zullen worden gesubsidieerd.

Zelfs al zouden, zoals in de nota aan de Vlaamse Regering wordt aangehaald, deze wijzigingen voor het lopende kalenderjaar volledig worden gecompenseerd door de voorziene overgangsregeling, wat de afdeling Wetgeving trouwens moeilijk kan verifiëren, gelet op de technische aard van de materie, ontbreekt nog steeds een verantwoording waarom de terugwerkende kracht noodzakelijk zou zijn voor de continuïteit of de goede werking van het bestuur.

Het strekt bijgevolg tot aanbeveling dat de stellers van het ontwerp in een gedegen verantwoording voor de terugwerkende kracht voorzien in de nota aan de Vlaamse Regering, naar aanleiding van de definitieve goedkeuring van het te nemen besluit.³ Als geen dergelijke verantwoording kan worden gegeven, moet van de terugwerkende kracht worden afgezien.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Yves DEPOORTER

Jeroen VAN NIEUWENHOVE

³ Zie ook adv.RvS 65.592/1 van 29 maart 2019 over een ontwerp dat heeft geleid tot het besluit van de Vlaamse Regering van 5 april 2019 ‘tot wijziging van het besluit van de Vlaamse Regering van 12 mei 2017 houdende de methodiek voor de berekening van de subsidies voor personeelskosten voor wat betreft de berekening van de subsidies voor het jaar 2017’, opmerking 6; en adv.RvS 68.624/1 van 8 februari 2021 over een ontwerp dat heeft geleid tot het besluit van de Vlaamse Regering van 5 maart 2021 ‘tot wijziging van een aantal besluiten van de Vlaamse Regering over de ondersteuning van personen met een handicap’, opmerking 8.