



Kantoor te Mechelen
[correspondentieadres]

GD&A Advocaten
Antwerpsesteenweg 16-18
B-2800 Mechelen

T +32 (0)15 40 49 40
F +32 (0)15 27 62 76

info@gdena-advocaten.be
www.gdena-advocaten.be

Kantoor te Westerlo

Bedrijvencentrum 4 WINGS
Nijverheidsstraat 13
B-2260 Westerlo

T +32 (0)14 57 46 52

info@gdena-advocaten.be
www.gdena-advocaten.be

Motiveringsnota Zorggroep Orion

OCMW Turnhout

AUTEUR	GD&A-advocaten
CLIËNT	OCMW Turnhout
REFERENTIE	RE-15-7185
DATUM	2 januari 2016

INHOUDSOPGAVE

I.	DOELSTELLINGEN EN UITGANGSPUNTEN	3
1.	Algemene doelstelling	3
2.	Doelstelling van het OCMW Turnhout: de oprichting van een Zorggroep Orion	7
II.	VERENIGINGSASPECTEN	10
1.	Algemeen	10
2.	Publiekrechtelijke Titel VIII Hoofdstuk I – vereniging	15
3.	Besluit	23
III.	PERSONEELSASPECTEN	23
IV.	SUBSIDIE- EN FINANCIERINGSASPECTEN	28
1.	VIPA	28
2.	RIZIV	34
3.	SOCIALE MARIBEL	35
V.	FISCALE ASPECTEN	39
1.	Btw-statuuut Hoofdstuk I-vereniging	39
2.	Btw-aspect zorg	40
3.	Btw-eenheid tussen OCMW en Zorggroep	45
4.	Responsabiliseringsbijdrage	46
VI.	ERKENNINGEN	47
VII.	CONCLUSIE	49

I. DOELSTELLINGEN EN UITGANGSPUNTEN

1. Algemene doelstelling

1. De Vlaamse Regering wil zoals bekend verdere stappen zetten in de maatschappelijke en bestuurlijke evolutie van samenwerking tussen gemeente en OCMW. Ze wil daarbij definitief afscheid nemen van het bipolaire model van de twee nevenbesturen in het lokale sociale beleid. De Vlaamse regering wil nog deze bestuursperiode overgaan tot de volledige integratie. Het nieuwe organieke kader, dat zal worden vertaald in een nieuw 'Decreet Lokaal Bestuur', moet daarbij ingang vinden vanaf de nieuwe lokale bestuursperiode in 2019.

Alzo wordt in het Vlaamse regeerakkoord 2014-2019 uitdrukkelijk gestipuleerd dat “We integreren de OCMW’s uiterlijk tegen de start van de volgende lokale bestuursperiode volledig in de gemeentebesturen (vrijwillig voor de centrumsteden)”.

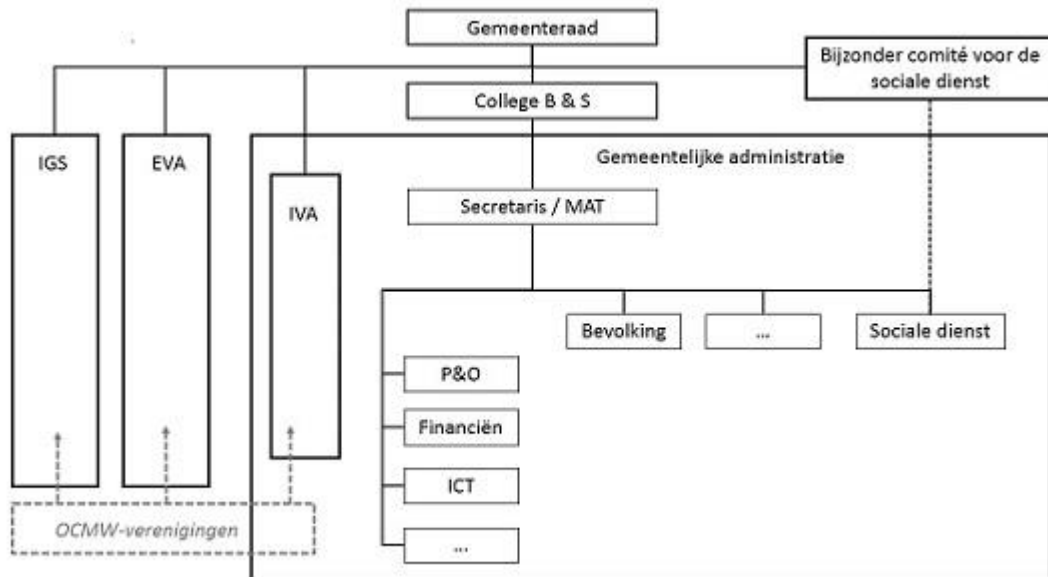
Ook in de beleidsnota Binnenlands Bestuur en Stedenbeleid 2014-2019, die werd ingediend door de Viceminister-President en Vlaams Minister van Binnenlands Bestuur, Inburgering, Wonen, Gelijke Kansen en Armoedebestrijding, Liesbeth Homans, wordt de nadruk gelegd op een volledige integratie tussen de gemeente en het OCMW:

“Uiterlijk tegen de start van de volgende lokale bestuursperiode zal ik de bestaande verhouding tussen de gemeente en het OCMW – die ongeacht een aantal recente evoluties nog steeds uitgaat van een bipolair model – wijzigen. Ik zal voorjaar 2015 modellen voorstellen waarbij het OCMW volledig geïntegreerd wordt in de gemeente en waarbij de gemeenteraad het lokaal sociaal beleid bepaalt”.

Vervolgens blijkt uit de conceptnota zoals deze werd voorgelegd aan de Vlaamse Regering dat de Vlaamse Regering ter realisatie van deze volledige integratie heeft gekozen voor het 'bijzonder comité-scenario'. Individuele aanvragen met betrekking tot het recht op maatschappelijke dienstverlening en het recht op maatschappelijke integratie worden daarbij voorbereid en uitgevoerd door personeel van de gemeente. De beslissingen over die aanvragen worden genomen door een nieuw orgaan onder de gemeenteraad: het Bijzonder comité voor de sociale dienst. De leden van dit bijzonder comité zullen worden aangeduid door de gemeenteraad.

Er zal daarbij de mogelijkheid worden gelaten om ook niet-raadsleden en externe experts deel te laten uitmaken van dit orgaan. Het voorzitterschap zal worden waargenomen door een lid van het college van burgemeester en schepenen. Er zal vergaderd worden achter gesloten deuren.

De figuur van het bijzonder comité voor de sociale dienst bestaat vandaag reeds binnen de OCMW's, maar wordt dus getransponeerd naar de gemeente.



Dit bijzonder-comité scenario, dat momenteel door de Vlaamse Regering naar voren wordt geschoven, houdt aldus in dat al de andere aangelegenheden die vandaag uitgevoerd en beslist worden door de OCMW's worden geïntegreerd in het gemeentebestuur! Desgevallend zal het OCMW als aparte rechtspersoon, evenals de OCMW-raad, verdwijnen.

De gemeenteraad zal dan, binnen de grenzen van de organieke regelgeving, verder bepalen hoe de uitvoering van het sociaal beleid vorm zal krijgen.

Die autonomie moet het mogelijk maken dat alle Vlaamse gemeenten, ook de centrumsteden, de integratie kunnen realiseren. Een organisatorische vormgeving zal zo in de eerste plaats mogelijk zijn binnen de reguliere gemeentelijke administratie. Mits een grondige motivering kan dan de uitvoering van bepaalde sociale taken en opdrachten van het sociaal beleid (bijzondere diensten, woonzorgcentra, ziekenhuizen) worden ondergebracht in verzelfstandigde entiteiten, al dan niet in samenwerking met actoren uit de private sector.

Gemeenten kunnen er verder ook voor opteren om bepaalde delen uit te voeren in samenwerking met andere gemeenten. Alle noodzakelijke vormen van samenwerking tussen besturen onderling en tussen besturen en private actoren zullen een plaats krijgen in het nieuwe model.

Om te komen tot de integratie zullen wel nog een aantal (federale) hinderpalen overwonnen dienen te worden. Door de Bijzondere Wet tot Hervorming van de Instellingen worden artikel 1 en 2 van de federale OCMW-wet van 8 juli 1976 immers voorbehouden aan de federale wetgever.

Daarin is bepaald dat eenieder het recht heeft op maatschappelijke dienstverlening, dat de OCMW's dit moeten verzekeren, dat de OCMW's openbare instellingen zijn met rechtspersoonlijkheid én dat iedere gemeente van het Rijk bediend wordt door een OCMW. Verder wordt door federale wetgeving ook nog voorzien in een aantal opdrachten die wettelijk aan de OCMW's worden toebedeeld. Een wettelijk ingrijpen van de federale overheid is dan ook vereist. Bovendien kan ook melding gemaakt worden van de pacificatiewet van 9 augustus 1988, echter is daar het voornemen van de Vlaamse overheid om dienaangaande geen wijzigingen door te voeren.

2. Voorafgaand aan de decretale vertaling van het regeerakkoord in een nieuw Decreet Lokaal Bestuur is immobilisme voor het OCMW Turnhout geen optie. Te meer aangezien voormelde conceptnota van de Vlaamse Regering reeds vermeldt dat in het bijzonder-comité scenario voor de toekomstige integratie van het OCMW in de gemeente, de bestaande verzelfstandigingen van OCMW's overeenkomstig Titel VIII OCMW-decreet kunnen blijven bestaan of kunnen worden geïntegreerd in het gemeentebestuur.

Vandaag exploiteert het OCMW ondermeer Woonzorgcentrum “De Wending” (192 bedden) en een groep assistentiewoningen (132 eenheden).

Deze sector is vandaag volop in transitie.

Ongeveer één derde van de woonzorgcentra in Vlaanderen wordt door de openbare sector (meestal OCMW's) uitgebaat, terwijl het overige marktaandeel door de non-profit sector (vooral caritasinstellingen) en de commerciële woonzorgcentra wordt ingevuld.

In de commerciële en non-profit sector heeft zich reeds een consolidatiebeweging voorgedaan. De openbare voorzieningen volgen pas recent.

Het Antwerpse Zorgbedrijf was voortrekker op het vlak van de openbare sector, doch sindsdien worden overal in Vlaanderen gelijkaardige oefeningen gemaakt. Deze oefeningen beogen ofwel een regionale samenwerking ofwel een publiek-private samenwerking.

Berekeningen van de FOD Economie op basis van de gegevens van het RIZIV en de bevolkingsvooruitzichten leren dat het aantal woongelegenheden in rusthuizen (ROB) en rust- en verzorgingstehuizen (RVT) de komende 40 jaar met bijna 60% zal (moeten) stijgen naar 205.000. De openbare woonzorgcentra dienen zich op deze uitdagingen voor te bereiden.

Een degelijke uitbouw van de openbare sector blijft noodzakelijk met het oog op de toegankelijkheid, de betaalbaarheid en de garantie op een kwalitatieve zorg.

3. Net als de rest van Vlaanderen staat Turnhout (en bij uitbreiding de Stadsregio) voor een heel grote uitdaging op het gebied van senioren en de zorg voor senioren. Turnhout kent een vergrijzings- en verzilveringsgolf en zal daarbij zoals alle steden en gemeenten geconfronteerd worden met een veranderend zorglandschap. Het is de vraag of geïnstitutionaliseerde zorg alleen een antwoord kan bieden op de toenemende zorgvragen. Een te verwachten tekort aan professionele zorgverleners en de budgettaire kost van de vergrijzing dwingen initiatiefnemers in de ouderenzorg kritisch na te denken hoe zorg op de best mogelijke manier georganiseerd kan worden.

Bovendien blijft de levensverwachting stijgen zodat de zorgvragen complexer zullen worden en zijn ook de wensen van de zorgvrager geëvolueerd. Ouderen willen allemaal zo lang mogelijk thuis blijven, de autonomie bewaren en mee beslissen over de zorg en de ondersteuning. Het klassieke aanbodgestuurd model komt op de helling te staan en modellen, zoals het burgerschapsmodel waar meer beroep gedaan wordt op de competenties van de klanten, zullen aan belang winnen. De omslag van aanbodgestuurde naar meer vraaggerichte zorg vereist ook een omslag in het denken van de zorgprofessional en van de instelling die zorg organiseert. Aanbodgerichte organisaties zijn doorgaans bureaucratisch, georganiseerd vanuit een centraal bestuur met gescheiden diensten waar processen zich gemakkelijk laten standaardiseren. Vraaggerichte instellingen kenmerken zich eerder door faciliterend management, persoonsgerichte en gedecentraliseerde dienstverlening.

Door de economische situatie in de Orion en de afbouw van tewerkstelling in de multinationals, de aanwezigheid van opleidingsinstellingen gespecialiseerd in de zorg, de aanwezigheid van het ziekenhuis en diverse zorgpartners, Licalab en talrijke ontwikkelingsgebieden of woonzorgzones in de stad liggen er naast een veranderend zorglandschap tegelijkertijd enorme kansen om Turnhout en de Stadsregio te ontwikkelen tot een regionaal zorggebied waarbij samenwerking met partners onontbeerlijk wordt. Om die samenwerking te realiseren is er nood aan een slagkrachtige organisatie met een platte organisatiestructuur en korte beslissingslijnen.

2. Doelstelling van het OCMW Turnhout: de oprichting van een Zorggroep Orion

4. Het OCMW Turnhout is op zoek naar een middel om de autonomie en de slagkracht in het kader van een ouderenzorg te verhogen zodat het ouderenzorgaanbod verder kan uitgebouwd worden om een nog beter antwoord te kunnen bieden aan de huidige en toekomstige uitdagingen van vergrijzing en verzilvering binnen Turnhout.

Belangrijke elementen voor het OCMW Turnhout zijn hierbij meer autonomie, bevoegdheden en verantwoordelijkheden geven aan de verzelfstandigde organisatie. Door korte beslissingslijnen en een vlakke organisatiestructuur kan deze slagkrachtiger werken.

Een zelfstandige zorggroep kan daarbij mogelijkheden bieden:

- tot verdere verbetering van de dienstverlening op maat;
- naar een ommekeer richting vraaggerichte zorg;
- tot groeien in de zorg in de brede zin in de context van de stadsregio;
- als een optimaler kader voor marktconforme activiteiten;
- van fiscale optimalisatie;
- tot efficiëntiewinsten.

5. In dit verband werd door het OCMW Turnhout een studieopdracht geformuleerd die in het Vast Bureau van 6 mei 2014 werd toegewezen aan de BVBA Externa.

De BVBA Externa stelt in haar eindrapport van 16 februari 2015 dat verzelfstandigen beleidsmatig een 'must' wordt. Zij stelt op basis van de tendensen bij de beleidsmakers en de regelgevers niet anders te kunnen concluderen dan dat het niet kiezen voor verzelfstandiging er voor zal zorgen dat het bestaande lokale openbare aanbod niet op termijn gegarandeerd kan worden.

Volgens Externa kan zowel een publiekrechtelijke verzelfstandiging als een privaatrechtelijke verzelfstandiging en samenwerking er mee helpen voor zorgen dat het huidige ouderenzorgaanbod van het OCMW Turnhout behouden kan blijven doordat beleidsmatig en operationeel de focus binnen die rechtspersoon enkel op het ouderenzorgaanbod wordt gelegd waardoor men efficiënter dan vandaag kan managen en sneller de juiste keuzes kan maken.

6. Uit een andere studie, deze van GEMA, blijkt dan weer dat deze verzelfstandiging van de bestaande ouderenzorg niet enkel noodzakelijk is voor de toekomstige uitbreiding van de ouderenzorgvoorzieningen, maar tevens het startpunt en kernpunt kan gaan

vormen voor een geheel (woon)zorgnetwerk, waarbinnen de drie volgende prioritaire doelstellingen centraal staan:

- “a. Bieden van zorg op maat van de gebruiker en creëren van een kwaliteitsvol zorgcontinuüm door het correct en individueel aangepast inzetten van zelfzorg, mantelzorg en professionele zorg.*
- b. Samenwerking tussen thuiszorg, residentiële zorg en thuiszorg ondersteunende zorg te vergemakkelijken en aan te moedigen.*
- c. Het verhogen van de kwaliteit van wonen en zorg door passend in te spelen op de individuele fysische en psychische noden van de zorgdrager, met voldoende aandacht voor sociale inclusie en het welbehagen van de zorgbehoevende.”.*

Volgens de studie van GEMA bestaat de uitdaging binnen Turnhout immers uit het combineren van bestaande en nieuwe vormen van wonen en zorg in de thuiszorg, de thuiszorg ondersteunende en aanvullende zorg en de residentiële ouderenzorg.

Deze visie zou uitgaan van meer specialisatie en differentiatie en het stimuleren van de samenwerking tussen zorgactoren. Versterken en vernieuwen van de thuiszorg en stimuleren van het residentiële aanbod om meer thuiszorg ondersteunend en – aanvullende te werken.

Die beoogde differentiatie vertaalt zich volgens de studie in een grotere nadruk op de uitbouw van voorzieningen die toelaten om langer thuis te wonen, waarbij wordt gedacht aan de volgende voorzieningen: gezinszorg en aanvullende thuiszorg, dienstencentra, oppashulp, dagverzorgingscentra, diensten voor gastopvang, nachtopvang, herstelverblijf, kangoeroewoning, abbeyfield wonen, assistentiewoningen,...

Dit zou de zorg op maat mogelijk moeten maken.

Inzonderheid luidt de conclusie van deze studie dat de eerste stap naar zulk (woon)zorgnetwerk, het samenbrengen van de OCMW diensten voor senioren in een zorggroep is.

In deze zorggroep dienen volgens GEMA niet enkel het woonzorgcentrum De Wending en de assistentiewoningen in de A. Van Dyckstraat te worden opgenomen, maar dient tevens het lokale dienstencentrum hierin te worden opgenomen.

7. Bij de opmaak van het plan van aanpak gaat het OCMW Turnhout er dan ook van uit dat in de zorggroep minstens woonzorgcentra, assistentiewoningen en lokale dienstencentra zullen worden opgenomen.

Bij principiële beslissing van 26 februari 2015 besliste de Raad voor Maatschappelijk Welzijn van het OCMW Turnhout unaniem akkoord te gaan met het verzelfstandigen van de residentiële zorg van het OCMW Turnhout, en te onderzoeken op welke manier en met welke partners zij dit verhaal kan realiseren.

Het OCMW Turnhout ziet daarbij unieke kansen en uitdagingen gelegen in haar grondposities, de aanwezigheid van een ziekenhuis en een school voor verpleegkunde op haar grondgebied, de noodzaak een antwoord te bieden op de tewerkstellingsproblematiek (...).

In de toekomst zullen innovatie in de zorg en slimme combinaties van integrale dienstverlening ongetwijfeld aan de orde zijn. De Vlaamse regering geeft zulks ook aan binnen het regeerakkoord waarbij nieuwe initiatieven aangemoedigd (woonzorgnetwerken, woonzorgcampussen, zorghotels ...) worden in een regelluwe omgeving.

Een verzelfstandiging kan dan ook een antwoord bieden op de uitdagingen van heden dat vlekkeloos kan ingeschoven worden in toekomstige integratiemodellen en de lokaal specifieke uitvoering van het door de Gemeenteraad te bepalen sociaal beleid al dan niet in samenwerking met publieke of private partners met het oog op de uitdagingen van de toekomst.

8. Gelet op het voorgaande moet de beoogde verzelfstandigingsstructuur zo worden geconcipieerd dat zowel de toetreding van nieuwe deelnemers in de op te richten zorggroep mogelijk is, alsook dat deze zorggroep op zich kan deelnemen in andere rechtspersonen en/of projecten die verband houden met de activiteiten van deze zorggroep.

Hieronder zullen dan ook de verscheidene mogelijkheden van verzelfstandiging worden besproken, waaruit zal blijken welke specifieke verzelfstandigingsvorm op dit moment het best beantwoordt aan voormelde doelstellingen van de op te richten zorggroep Turnhout.

In eerste instantie, en ondermeer in afwachting van regionaal overleg, worden wellicht enkel instellingen binnen het OCMW Turnhout betrokken, hetgeen het gamma rechtsfiguren beperkt en de samenwerkingsvormen uit het decreet intergemeentelijke samenwerking uitsluit.

II. VERENIGINGSASPECTEN

1. Algemeen

9. Artikel 195 OCMW-decreet beschrijft overzichtelijk het gamma aan samenwerkingsmogelijkheden:

- “voor zover die rechtspersonen de bepalingen van titel VIII, **hoofdstuk I**, eerbiedigen” of
- “de vorm aannemen van een vereniging als vermeld in het decreet van 6 juli 2001 houdende de **intergemeentelijke samenwerking**”, of
- “van een vereniging of vennootschap overeenkomstig de bepalingen van titel VIII, **hoofdstuk III**”, of
- “de vorm van een **gemeentelijk extern verzelfstandigd agentschap in privaatrechtelijke vorm**”.

10. Naast deze opgesomde mogelijkheden in artikel 195, voorziet het OCMW-decreet in de artikelen 247/1 t.e.m. 247/3 nog een bijkomende verenigingsmogelijkheid, zijnde de vereniging volgens titel VIII, **hoofdstuk IV**.

Bij de wijziging van het OCMW-decreet heeft men blijkbaar over het hoofd gezien deze verenigingen volgens titel VIII, hoofdstuk IV, tevens in artikel 195 te vernoemen, wat enigszins eigenaardig is.

11. Wat betreft de toepassing van deze mogelijkheden tot verzelfstandiging/vereniging op de toekomstige Zorggroep Orion, dient alvast het volgende te worden opgemerkt.

Zoals reeds gesteld worden er in eerste instantie wellicht enkel instellingen binnen het grondgebied van Turnhout opgenomen in de zorggroep.

Alzo kunnen de verenigingen vermeld in het **Decreet Intergemeentelijke Samenwerking** reeds worden uitgesloten .

In de praktijk worden deze rechtsfiguren wel degelijk gebruikt voor de exploitatie van o.m. woonzorgcentra. Als voorbeeld kan worden verwezen naar de opdrachthoudende vereniging VITAS in Bocholt, Hechtel-Eksel, Meeuwen-Gruitrode en Peer.

Voor de zorggroep van het OCMW Turnhout lijkt deze intergemeentelijke mogelijkheid evenwel niet de juiste optie te zijn. Dit impliceert geenszins dat de structuur niet moet toelaten om in de toekomst met ander (ondermeer publieke) partners samen te werken.

De **gemeentelijke extern verzelfstandigde agentschappen in privaatrechtelijke vorm** lijken evenmin in aanmerking te komen.

Evident legt artikel 246, §1 Gemeentedecreet het **zwaartepunt** van deze gemeentelijke privaatrechtelijke EVA's immers bij de **gemeente**:

*“Ongeacht de grootte van de eventuele inbreng van de verschillende partijen, beschikt de gemeente **steeds over een meerderheid van de stemmen in de algemene vergadering** van de gemeentelijke vennootschap of vereniging en draagt de gemeente steeds een **meerderheid voor van de leden van de raad van bestuur** van de gemeentelijke vennootschap, vereniging of stichting. Die voordracht waarborgt elke fractie een vertegenwoordiging. Ten hoogste twee derde van de door de gemeente voorgedragen leden van de raad van bestuur is van hetzelfde geslacht.”.*

De noodgedwongen meerderheden van de gemeente in de algemene vergadering en de raad van bestuur maken een participatie van het OCMW, op basis van deze huidige regelgeving, aldus weinig opportuun.

Te meer aangezien in eerste orde het bestaande woonzorgcentrum De Wending en de bestaande assistentiewoningen van het OCMW Turnhout, een belangrijk onderdeel van de zorggroep zullen uitmaken.

Daarnaast is deze figuur evenmin geschikt om op termijn eventueel andere OCMW's of Gemeenten te laten toetreden.

De **privaatrechtelijke OCMW-vereniging hoofdstuk III** lijkt evenmin in aanmerking te komen.

De toepassingsvoorwaarden voor de oprichting van een hoofdstuk III-vereniging lijken in casu immers niet te kunnen worden vervuld. Artikel 243, §1, derde lid OCMW-decreet bepaalt:

“Het lidmaatschap bij wijze van oprichting of toetreding van de vereniging, vermeld in het eerste lid, is alleen mogelijk als aan een van volgende voorwaarden is voldaan :

*1° de rechtsvorm is een bij decreet of besluit van de Vlaamse Regering **opgelegde voorwaarde** voor de gehele of gedeeltelijke erkenning, vergunning of subsidiëring. In dat geval kan afgeweken worden van de voorwaarde dat minstens een of meer private rechtspersonen lid moeten zijn;*

2° het bereiken van een bepaalde **regionale bedekking of schaalgrootte** is een bij decreet of besluit van de Vlaamse Regering **opgelegde voorwaarde** voor de gehele of gedeeltelijke erkenning, vergunning of subsidiëring, als aan die voorwaarde door geen van de lokale openbare deelgenoten afzonderlijk kan worden voldaan;

3° het lidmaatschap van de vereniging maakt het voor het openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn mogelijk om een **nieuwe dienst** aan te bieden. Als nieuw kan elke dienst worden aangemerkt waarvoor geen erkenning, vergunning of subsidie werd verworven en die ook niet op een gestructureerde wijze aan het publiek wordt aangeboden.”.

Vermits *in casu* de verzelfstandiging geen opgelegde voorwaarde is en er evenmin sprake is van een “*nieuwe dienst*”, kan de hoofdstuk III-vereniging in casu wellicht niet worden gehanteerd.

Indien een dienst door het betrokken OCMW reeds op een gestructureerde wijze aan het publiek werd aangeboden, werd dit niet aanvaard als een nieuwe dienst, ook al werd de bestaande dienst uitgebreid met een aantal nieuwe diensten.

In de parlementaire voorbereidingen werd een strikte beperking tot nieuwe diensten verantwoord als middel om er over te waken dat “*het bestaande aanbod van het OCMW niet zonder meer in een vereniging zonder winstoogmerk wordt ondergebracht*”.¹

De toezichthoudende overheid hanteerde dienaangaande oorspronkelijk dan ook een strenge lijn. Mogelijkheden voor openbare besturen om een beroep te doen op privaatrechtelijke structuren zijn immers uitzonderingsregels, dewelke restrictief dienden te worden geïnterpreteerd. Uitholling van het decretale kader werden niet getolereerd.

Vanaf 2010 werden door de Minister bevoegd voor Binnenlands Bestuur onder strikte voorwaarden een aantal afwijkingen op eerder genomen rigide standpunten toegestaan.² Daarbij werd toegestaan dat bestaande instellingen hun reeds bestaande diensten uitbreidden, waarbij deze geherdefinieerd werden als “*nieuwe dienst*” waardoor zodoende beroep kon worden gedaan op de privaatrechtelijke verzelfstandigingsmogelijkheid. Bijkomende waarborgen inzake prijszetting en opnamebeleid werden wel vereist die statutair dienden te worden verankerd.

¹Voorstel van decreet tot wijziging van de organieke wet van 8 juli 1976 betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn, *Parl.St.* VI.Parl. 1998-1999, nr. 1335/1, 3.

²Beslissingen in de dossiers Wingene en Zedelgem dd. 9 september 2010 waarnaar verwezen wordt in Gysen, C., “OCMW-verenigingen in volle beweging.”, OCMW-Visies, 2011, 86.

Daarenboven diende er daadwerkelijke inspraak van de publieke partner in de beslissingsorganen gegarandeerd te zijn. Tenslotte werd in de betrokken casuïstische beslissingen gestipuleerd dat de privaatrechtelijke partner de eerste zes jaar niet mocht uittreden en dat de vereniging gedurende dezelfde tijdstermijn evenmin ontbonden kon worden.

Hoewel deze evolutie is toe te juichen, werd een decretaal initiatief logischerwijze noodzakelijk geacht om een kader met voldoende rechtszekerheid te voorzien. Een uitgelezen kans werd hiervoor geboden bij de decreetswijziging van 2012. Vlaams Minister Bourgeois erkende tijdens de toelichting van het ontwerp van het wijzigingsdecreet dat de bestaande regelgeving te strikt vaststelde onder welke vorm bepaalde diensten met sociale doeleinden in een vzw-vorm konden worden uitgebaat, waarbij hij wees op de nood aan samenwerkingsverbanden waarbij bestaande diensten worden betrokken. Daarom stelde hij dat het onder bepaalde voorwaarden mogelijk zou worden gemaakt om samen met een nieuwe dienst ook een bestaande dienst in de vereniging in te brengen.³ Dit resulteerde eigenaardig genoeg enkel in de invoering van Titel VIII, Hoofdstuk IV aangaande verenigingen of vennootschappen van privaatrecht van woon- en zorgcentra, waarvoor-ondanks enkele strenge voorwaarden- een minder rigide stelsel geldt.

Ondanks het gegeven dat in de memorie van toelichting bij het ontwerpdecreet expliciet werd aangegeven dat de toepassing van de strikte voorwaarden van artikel 243 zorgt voor “een zeer rigoureuse en onbillijke situatie”,⁴ wijzigde wat betreft de andere sociale doeleinden niets: de oprichtingsvoorwaarden van invoering van Titel VIII, Hoofdstuk III bleven ongewijzigd (streng)!

Uiteraard kan niet worden voorbij gegaan aan de **Hoofdstuk IV-vereniging van privaatrecht van woon- en zorgcentra**. Tot op heden is er één dergelijke vereniging goedgekeurd, nl. de VZW Blijvelde woon- en zorgcentrum te Kortemark.

Voor deze verenigingsvorm voorziet de decreetgever in enkele specifieke garanties (art. 247/2, §2 OCMW-decreet):

*“1° de vereniging zonder winstoogmerk kan over de beslissingen aangaande de vaststelling van de criteria voor het **opnamebeleid** en de bepaling van de **ligdagprijs** alleen geldig beraadslagen en beslissen als twee derde van de deelgenoten aanwezig is, waaronder alle deelnemende openbare centra voor maatschappelijk welzijn. De besluiten worden genomen met een meerderheid van twee derde van de uitgebrachte stemmen;*

³ Hand. VI.Parl. 2011-2012, 6 juni 2012, nr. 1558/6, 10.

⁴ Ontwerp van decreet tot wijziging van het decreet van 19 december 2008 betreffende de organisatie van de openbare centra voor maatschappelijk welzijn, Parl.St. VI.Parl. 2011-2012, nr. 1558/1., 7.

2° een voorstel tot buitengerechtelijke ontbinding kan ten vroegste worden gedaan na een periode van 6 jaar, die aanvangt de dag van de publicatie van de oprichtingsakte.”

In de eerste plaats moet uiteraard worden opgemerkt dat dit type vereniging enkel betrekking heeft op woon-en zorgcentra.

Het OCMW Turnhout wenst evenwel een volwaardige zorggroep op te richten en aldus meer dan enkel het woonzorgcentrum De Wending te verzelfstandigen, zodat ook de oprichting van dergelijke vereniging o.i. *in casu* geen afdoende oplossing biedt.

De overstap naar een privaatrechtelijke structuur wordt in de praktijk overigens ook vaak bemoeilijkt door enerzijds een toename aan responsabiliseringsbijdrage als gevolg van een vermindering van de pensioenbijdragen.

Bovendien zijn er ter hoogte van de legistieke vertaling van deze figuur enkele zaken over het hoofd gezien . Zo is er het gegeven dat de Vereniging hoofdstuk IV mogelijk in conflict treedt met art. 195 van het OCMW-decreet (het aanwenden van middelen van het OCMW voor Verenigingen hoofdstuk III, titel I, II en III).

Er wordt in het bewuste artikel 195 immers geen vermelding gemaakt van hoofdstuk 4 verenigingen. Dit zou dan weer tot de absurde consequentie leiden dat het OCMW geen middelen aan de Hoofdstuk IV-vereniging ter beschikking kan stellen .

Artikel 195 OCMW-Decreet heeft de Vlaamse Regering echter niet verhinderd om de eerste Hoofdstuk IV-vereniging goed te keuren. Terecht wordt artikel 195 OCMW-decreet dan ook naar analogie bij de Hoofdstuk IV-vereniging toegepast.

Hoe interpreteert men bovendien het gegeven dat een financieel plan zes jaar moet omvatten en een buitengerechtelijke ontbinding de eerste zes jaar niet kan? Houdt dit in dat een OCMW na zes jaar kan “uitstappen”?

Wat met de aanwezigheidsvereiste van het OCMW bij stemming over de ligdagprijs en het opnamebeleid? Impliceert dit dat een OCMW, zelfs met een minderheidspositie, op dit vlak een feitelijk veto heeft?

Het dossier dat moet worden goedgekeurd door de toezichthoudende overheid (Vlaamse Regering) bevat tenslotte ten minste:

- Een grondige motiveringsnota die de noodzaak alsook de meerwaarde van de privaatrechtelijke rechtsvorm aantoont;

- Een bestuursplan met duidelijke omschrijving van de opdrachten van de vereniging en een toelichting bij de organisatie plus eventuele rechten en plichten en waarborgen van de publieke en private partner;
- Een zesjarig financieel plan met omschrijving van de bedrijfsopdrachten, de financiële structuur, de in te zetten middelen en de controlemogelijkheden op uitvoering. Hierin wordt eveneens duidelijkheid verschaft over de toekomstige kosten van de vereniging zoals, desgevallend en ondermeer, de “responsabiliseringsbijdragen”;
- Een ontwerp van statuten.

Uit dit alles blijkt duidelijk dat keuze van het OCMW voor deze constructie grondig gemotiveerd dient te worden. Zonder twijfel blijft ook hier de filosofie spelen dat privaatrechtelijke verzelfstandiging voor het lokaal bestuur de uitzondering moet blijven en dat in eerste instantie de publiekrechtelijke verzelfstandiging moet onderzocht worden.

12. Gelet op het voorgaande dient te worden vastgesteld dat de verenigingen overeenkomstig het decreet Intergemeentelijke Samenwerking, de gemeentelijke extern verzelfstandigde agentschappen in privaatrechtelijke vorm, de privaatrechtelijke OCMW vereniging alsook de hoofdstuk IV vereniging, in eerste instantie dienen te worden uitgesloten als mogelijke verenigingsvorm voor de op te richten zorggroep van het OCMW Turnhout (Zorggroep Orion).

Één in artikel 195 OCMW-decreet vermelde mogelijkheid werd echter nog niet besproken; de publiekrechtelijke Titel VIII Hoofdstuk I – vereniging.

2. Publiekrechtelijke Titel VIII Hoofdstuk I – vereniging

13. De publiekrechtelijke Titel VIII Hoofdstuk I – Vereniging (hierna: Hoofdstuk I – vereniging) wordt in artikel 219 OCMW-decreet als volgt omschreven:

*“Een openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn kan, **om een van de opdrachten uit te voeren** die aan de centra voor maatschappelijk welzijn zijn toevertrouwd en voor leidinggevende, staf-, expert- en managementfuncties, een vereniging oprichten ofwel met **als enig lid** het openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn zelf, ofwel met **een of meer andere openbare centra voor maatschappelijk welzijn**, met **andere openbare besturen en/of met rechtspersonen andere dan die welke winstoogmerk hebben**. In de gevallen waarin het openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn geheel of*

*gedeeltelijk een erkenning, vergunning of subsidiëring kan verkrijgen, worden de verenigingen, vermeld in dit hoofdstuk, voor het verkrijgen van die erkenning, vergunning of subsidiëring **gelijkgesteld** met een openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn.”.*

14. Wat er dient te worden verstaan onder het begrip ‘opdrachten die aan de OCMW’s zijn toevertrouwd’ brengt het OCMW-decreet op zich geen duidelijkheid.

Evenmin bevat het OCMW-decreet een limitatieve lijst waarin deze opdrachten worden opgesomd.

Ook de OCMW-wet en andere wetgeving kennen een eerder vage en ruime omschrijving van deze ‘opdrachten van het OCMW’.

Zo bepaalt de OCMW-wet, louter in grote lijnen, de wettelijke opdracht van het OCMW en somt hieromtrent de diverse hulpverleningsvormen op, bijvoorbeeld (niet limitatief)⁵:

- Aan personen en gezinnen de dienstverlening verzekeren waartoe de gemeenschap gehouden is;
- Het verzekeren van lenigende, curatieve en preventieve hulp
- Dienstverlening kan van materiële, geneeskundige, sociaal-geneeskundige of psychologische aard zijn;
- Toekennen van een installatiepremie aan daklozen;
- Materiële hulp verstrekken in de meest passende vorm;
- Het verzekeren van psycho-sociale, morele of opvoedende begeleiding die een hulpvrager nodig heeft om zijn moeilijkheden boven te komen;
- Hulpvragers in regel stellen met de verplichte ziekteverzekering;
- Inrichtingen of diensten oprichten, uitbreiden of beheren, met sociaal, curatief of preventief karakter, waar de noodzakelijkheid zich voordoet;
- Sociale tewerkstelling in eigen beheer of in samenwerking met derden;
- Alle nuttige raadgevingen en inlichtingen verstrekken aan hulpvragers, alsook alle nodige stappen zetten om hulpvragers alle rechten en voordelen te verlenen waarop zij krachtens de Belgische of de buitenlandse wetten aanspraak kunnen maken.
- Beperking van de dienstverlening voor illegale vreemdelingen en specifieke bepalingen voor asielzoekers.

⁵ Art. 57-60 OCMW-wet.

Hieruit blijkt reeds dat er ruime invulling kan worden gegeven aan het begrip ‘opdrachten die aan de OCMW’s zijn toevertrouwd’ uit artikel 219 OCMW-decreet.

15. Dit maakt dat uit de letterlijke lezing van het decreet blijkt dat er nauwelijks voorwaarden of belemmeringen zijn voor de oprichting van een Hoofdstuk I - vereniging.

De belangrijkste voorwaarde is waarschijnlijk dat een dergelijke vereniging enkel kan worden opgericht ter uitvoering van een welomschreven opdracht die tot het taakgebied van de OCMW-sector behoort, doch het is **niet nodig dat die opdracht reeds tot de taken van het oprichtende OCMW behoort.**

Dit betekent dat niet enkel de bestaande, maar tevens de nog te organiseren activiteiten of dienstverlening in aanmerking komen.

Daarnaast kan ter zake verwezen worden naar een recent artikel van COTTYN, waarin deze stelt:

“(...) De mogelijkheden van opdrachten zijn eigenlijk zeer ruim. Alleen moet het werkelijk zin hebben om hiervoor een aparte vereniging op te richten.”

COTTYN geeft daarbij een niet-limitatieve opsomming van mogelijkheden:

- *Allerhande activiteiten tot huisvesting of vormen van wonen (bv. verhuring, noodopvang, terbeschikkingstelling, adviesverstrekking, beschermd wonen, ...);*
- *Activiteiten m.b.t. ouderenzorg (bv. thuiszorg, mindermobielen centrale, rusthuizen, **serviceflats**, **woon-en zorgcentra**, **diensten- en ontmoetingscentra**);*
- *Activiteiten m.b.t. kinder- of jeugdzorg (bv. kinderopvang, jeugdwerking, ...)*
- *Activiteiten m.b.t. werk (bv. vorming, opleiding, tewerkstelling,)*
- *Vormen van hulpverlening op het financiële vlak (bv. schuldbemiddeling, budgetbeheer, ...);*
- *Begeleiding van vluchtelingen;*
- *Adviesverstrekking (bv. juridisch advies);*
- *Enz...”⁶⁷*

⁶ Eigen benadrukking.

⁷ J. COTTYN, “Verzelfstandiging van OCMW-activiteiten” in *Verzelfstandiging en samenwerking*, afl. 40, maart 2013, 84.

Daarbij moet het ook niet gaan om losstaande activiteiten. Clusters van activiteiten of diensten komen eveneens in aanmerking.⁸

16. Gezien de ruime invulling die kan worden toegekend aan het begrip ‘*opdracht die aan OCMW’s worden toevertrouwd*’, kan vervolgens worden geargumenteed dat *in casu* de volgende opdrachten/activiteiten van het OCMW Turnhout aan de Hoofdstuk I – vereniging (Zorggroep Orion) kunnen worden toevertrouwd:

- De bestaande voorzieningen:
 - a. Het woonzorgcentrum De Wending: de 188 woongelegenheden en de 4 woongelegenheden voor kortverblijf;
 - b. De groep van assistentiewoningen aan de A. Van Dijkstraat (Turnhout): 132 assistentiewoningen;
 - c. Lokale dienstencentra/ontmoetingscentra;
 - d. De ziekenhuissite.
- De (mogelijke) toekomstige voorzieningen:
 - a. Uitbreiding van het aantal woongelegenheden in het woonzorgcentrum (OCMW Turnhout beschikt over 11 voorafgaande vergunningen die geldig zijn tot 2020);
 - b. Uitbreiding van de groep van assistentiewoningen (waarvan de programmatie vrij is);
 - c. Erkenning nieuw lokaal dienstencentrum.

De brede waaier van opdrachten en activiteiten die aan de Hoofdstuk I – vereniging kunnen worden toevertrouwd, zorgt er dan ook voor dat deze vorm van vereniging het mogelijk maakt om de drie voorziene activiteiten voor de Zorggroep Orion erin te brengen; het woonzorgcentrum De Wending, de assistentiewoningen, alsook de (eventuele) uitbreiding van beiden en het lokale dienstencentrum/ontmoetingscentrum. Dit soort vereniging laat ook toe om in te spelen op het evolutief karakter van woonzorg en de immanente behoefte tot innovatie en samenwerking in deze sector.

17. Een andere voordeel *in casu* van de Hoofdstuk I – vereniging is dat deze verenigingsvorm het zowel mogelijk maakt dat het betrokken OCMW het enige lid van

⁸ J. COTTYN, “Verzelfstandiging van OCMW-activiteiten”, in *Verzelfstandiging en samenwerking*, afl. 40, maart 2013, 84.

de vereniging wordt, alsook dat andere OCMW's, openbare besturen en/of rechtspersonen andere dan die welke winstoogmerk hebben, er lid van kunnen worden.

Aangezien het OCMW van Turnhout (althans voorlopig) het enige lid van de Zorggroep Orion wordt, is ook om deze reden de Hoofdstuk I – vereniging hiertoe aangewezen.

18. Daarnaast kan de Hoofdstuk I – vereniging op haar beurt zelf participeren in een andere publiekrechtelijke vereniging, in een vzw, of in een andere gemeentelijke samenwerkingsvorm waardoor een samenwerkingsverband ontstaat.

Ook dit is eveneens zeer interessant voor de op te richten Zorggroep Orion aangezien de doelstelling van het OCMW Turnhout erin zou bestaan om op termijn een geheel woonzorgnetwerk te creëren, waarvan de oprichting van de Zorggroep de eerste stap is.

Volgens de studie van GEMA (zie supra) zou er binnen dit woonzorgnetwerk een functionele samenwerking kunnen bestaan tussen de zorggroep (inhoudende het woonzorgcentrum, de assistentiewoningen en lokaal dienstencentrum) en de volgende diensten en voorzieningen (niet limitatief):

- Gezinszorg en aanvullende thuiszorg (schoonmaakhulp, karweihulp, oppashulp,...);
- Diensten voor logistieke hulp;
- Oppas door vrijwilligers binnen de erkende diensten voor oppashulp;
- Diensten voor thuisverpleging;
- Huisartsenvereniging;
- Diensten maatschappelijk werk van het ziekenfonds;
- Regionaal dienstencentrum;
- Diensten voor gastopvang;
- Dagverzorgingscentrum;
- Centra voor herstelverblijf (crisisopvang);

19. De toepasselijke bepalingen van het OCMW-decreet bevatten enige bijzondere verplichtingen voor de Hoofdstuk I – vereniging i.v.m. de statuten, organen en werking.

Alzo dienen volgens artikel 221 OCMW-decreet de statuten van de Hoofdstuk I - vereniging het volgende te vermelden :

- 1° de **benaming**, de **zetel** en de **duur** van de vereniging;
- 2° het **doel** of de doeleinden waarvoor ze is opgericht;
- 3° de nauwkeurige aanduiding van de **deelgenoten**, van hun **inbreng**, **verbintenissen** en **bijdragen**;

- 4° de voorwaarden tot het **toetreden** en het **uittreden** van de deelgenoten;
- 5° de bevoegdheid van de **algemene vergadering** en de wijze waarop die wordt bijeengeroepen alsmede de wijze waarop haar besluiten ter kennis van de leden en van derden worden gebracht;
- 6° de betrekkingen van de vereniging met haar leden inzake de **mededeling** van de documenten die aan de algemene vergadering worden voorgelegd;
- 7° de bevoegdheden van de **raad van beheer**, de wijze van benoeming en van afzetting van zijn leden, de regeling rond de duur en het einde van het mandaat van de beheerders, alsmede de aansprakelijkheid van de beheerders;
- 8° ...;
- 9° de na te komen regels voor de **wijziging** van de statuten;
- 10° de bestemming van het **vermogen** van de vereniging ingeval ze **ontbonden** zou worden;
- 11° het **stemmenaantal** in de verschillende bestuurs- en beheersorganen waarover elke deelgenoot beschikt;
- 12° de tegemoetkoming van de deelgenotenrechtspersonen in de **tekorten** van de vereniging;
- 13° de wijze waarop het openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn in kennis gesteld wordt van de **agenda** van de bestuurs- en beheersorganen van de vereniging;
- 14° de wijze waarop de leden van de raad voor maatschappelijk welzijn in kennis worden gesteld van de notulen van de vergaderingen van de raad van bestuur en het **orgaan van dagelijks bestuur** en alle documenten waarnaar verwezen wordt in de notulen. Deze worden, indien een lid van de raad voor maatschappelijk welzijn dat wenst, in elk geval elektronisch ter beschikking gesteld.

Daarnaast dienen de statuten in een **authentieke akte** te worden vastgesteld.

20. Ingevolge onder meer het artikel 220 en 224 van het OCMW-decreet zijn tevens volgende beslissingen van de vereniging onderworpen aan het **goedkeuringstoezicht**:
- tot wijziging van de statuten;
 - tot toelating van privaatrechtelijke rechtspersonen als deelgenoot;
 - tot verlenging van de duur van de vereniging; of
 - tot vrijwillige ontbinding van de vereniging.

Voorgaande beslissingen, alsmede de beslissing tot de **toelating van andere dan privaatrechtelijke deelgenoten** kunnen alleen genomen worden als alle deelgenoten daarmee vooraf instemmen. Bij een statutenwijziging is die instemming

alleen vereist voor wijzigingen die een verzwaring van de verplichtingen of de vermindering van de rechten van de deelgenoten teweegbrengen.

21. Daarnaast stelt artikel 226 OCMW-decreet dat de openbare centra voor maatschappelijk welzijn **in de organen** van de vereniging vertegenwoordigd zijn **door leden van hun raad** voor maatschappelijk welzijn.

Die leden dienen door de raad voor maatschappelijk welzijn aangewezen te worden volgens de regels, vermeld in artikel 60, § 3, voor de verkiezing van de leden van het vast bureau.

22. Het huishoudelijk reglement van het bevoegd orgaan van het openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn bepaalt op welke wijze het de beslissingen van de vereniging bespreekt.

23. Artikel 228, §1, eerste lid OCMW-decreet bepaalt:

*“Met behoud van de toepassing van **andersluidende bijzondere statutaire voorschriften**, worden de verenigingen, vermeld in dit hoofdstuk, beheerd **volgens dezelfde regelen als de openbare centra voor maatschappelijk welzijn**. Ze zijn onderworpen aan dezelfde controle en hetzelfde administratief toezicht. De verenigingen beschikken voor lokale PPS-projecten als vermeld in het decreet van 18 juli 2003 betreffende publiek-private samenwerking, in het bijzonder over dezelfde bevoegdheid, vermeld in artikel 199, om zakelijke rechten te vestigen op goederen van het openbaar domein.”.*

Uit dit artikel moet worden afgeleid dat op de vereniging dezelfde regels van toepassing zijn als op het OCMW, tenzij de statuten dit anders bepalen.

24. De vereniging moet tevens een meerjarenplan en een budget opmaken overeenkomstig de regels, vermeld in artikel 144, 146, 147, 151, 152, 153 en 180, voor het meerjarenplan en het budget van het openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn. De boekhouding dient te worden gevoerd en de jaarrekening dient te worden opgesteld overeenkomstig de regels, vermeld in artikel 166, 173 en 180, voor de boekhouding en de jaarrekening van het openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn. Ook moet de vereniging uiterlijk op 31 december van ieder jaar de nodige opnemingen, verificaties, opzoekingen en waarderingen verrichten om de inventaris op te maken van al de

bezittingen, vorderingen, schulden en verplichtingen van de vereniging, van welke aard ook.

De boekhouding moet worden gevoerd onder de verantwoordelijkheid en het toezicht van de raad van beheer (art. 230).

25. Artikel 195, eerste en tweede lid OCMW-decreet bepaalt dat de raad voor maatschappelijk welzijn ervoor bevoegd is om de middelen van het openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn aan te wenden voor de **bouw of de aankoop van woningen voor bejaarden**, mindervaliden of andere personen die niet zelf in hun huisvesting kunnen voorzien, voor de aankoop van bossen en gronden, voor participaties in bouwmaatschappijen ten algemenen nutte.

De raad voor maatschappelijk welzijn kan de middelen van het openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn ook aanwenden met het oog op **deelneming in rechtspersonen die sociale doeleinden nastreven die verband houden met de taken van het centrum voor maatschappelijk welzijn** of die zijn werking ten goede komen, voor zover die rechtspersonen de bepalingen van **titel VIII, hoofdstuk I**, eerbiedigen of de vorm aannemen van een vereniging als vermeld in het decreet van 6 juli 2001 houdende de intergemeentelijke samenwerking, of van een vereniging of vennootschap overeenkomstig de bepalingen van titel VIII, hoofdstuk III, of de vorm van een gemeentelijk extern verzelfstandigd agentschap in privaatrechtelijke vorm.

De toepassing van eenzelfde regelgeving zowel voor de vereniging als voor het OCMW levert in de praktijk een groot voordeel op nu de regelgeving voor het oprichtende OCMW reeds vertrouwde materie is. Daarnaast wordt **ruime bevoegdheid gegeven voor een structurering op maat van de vereniging**. Het is immers zo dat het OCMW-decreet van toepassing is, tenzij de statuten er van afwijken (tenzij enkele bindende bepalingen inzake financiën en personeel).

Artikel 228, §1, eerste lid OCMW-decreet bepaalt immers: *“Met behoud van de toepassing van andersluidende bijzondere statutaire voorschriften, worden de verenigingen, vermeld in dit hoofdstuk, beheerd volgens dezelfde regelen als de openbare centra voor maatschappelijk welzijn. Ze zijn onderworpen aan dezelfde controle en hetzelfde administratief toezicht. De verenigingen beschikken voor lokale PPS-projecten als vermeld in het decreet van 18 juli 2003 betreffende publiek-private samenwerking, in het bijzonder over dezelfde bevoegdheid, vermeld in artikel 199, om zakelijke rechten te vestigen op goederen van het openbaar domein.”*

Ook verwijst het OCMW-decreet voor de samenstelling en werking van de organen volledig naar de statuten. Enkel wat betreft de vertegenwoordiging in organen wordt bepaald dat enkel raadsleden het OCMW kunnen vertegenwoordigen.

Dit geldt evenwel niet voor het orgaan van dagelijks bestuur zoals de algemeen directeur en desgevallend het managementcomité.

Wat betreft de toepassing van de beleids- en beheerscyclus werkt de publiekrechtelijke OCMW-vereniging soepeler dan het OCMW zelf. Enkel het beleidsluik van de **BBC** is van toepassing, terwijl het beheersluik facultatief is. De regels inzake kredietbewaking, visum,... zijn derhalve niet verplicht bij een Hoofdstuk I-vereniging, maar kunnen wel vrijwillig worden geïmplementeerd, desgevallend in een aangepast kader.

Volgens Berx kan uit het feit dat het OCMW-decreet geen specifieke inhoudelijke voorwaarden oplegt (en ook geen cascadereregeling), afgeleid worden dat de decreetgever aan deze vorm van samenwerking de voorkeur geeft boven andere vormen van samenwerking waarvoor bijkomende voorwaarden, en dus ook een zwaardere motiveringsplicht, gelden⁹.

3. Besluit

26. Uit het voorgaande moet worden geconcludeerd dat een publiekrechtelijke Titel VIII, Hoofdstuk I OCMW-vereniging de keuze is die op dit ogenblik en in de huidige stand van de regelgeving het nauwst aansluit bij de doelstellingen van het bestuur van het OCMW Turnhout om een zorggroep op te richten waarvan het woonzorgcentrum, de assistentiewoningen, de (mogelijke) uitbreiding van beiden en de lokale dienstencentra (met bijkomende functies)/ontmoetingscentrum deel uitmaken, waar de ziekenhuissite kan in ingepast worden en waarbij verdere samenwerking en innovatie in de woonzorg mogelijk wordt.

III. PERSONEELSASPECTEN

27. In de eerste plaats is het vanzelfsprekend van belang te weten of de OCMW-personeelsleden die werkzaam zijn in het woonzorgcentrum De Wending, de assistentiewoningen, het lokale dienstencentrum/ontmoetingscentrum en mogelijks ondersteunende diensten kunnen worden overgenomen door de OCMW-vereniging.

Voor het woonzorgcentrum De Wending betreft het onder meer de volgende personeelsstructuur:

⁹ Berx, C., "Interlokale samenwerking voor meer welzijn: OCMW-samenwerkingsverbanden, een overzicht." In "Verzelfstandiging en samenwerking.", Politeia, Afl. 43, augustus 2013, p. 8.

- Directeur bijgestaan door twee Stafleden;
- 5 Hoofdverpleegkundigen;
- De maatschappelijk assistente;
- De woonassistent (voor de groep van assistentiewoningen);
- De verantwoordelijke facilitaire medewerkers;
- De logistieke medewerkers (2 VTE);
- Voor de zorgverlening: verpleegkundigen, zorgkundigen, paramedici en animatie;

Voor de assistentiewoningen betreft het onder meer (niet limitatief);

- De woonassistent (zie supra);
- De maatschappelijk werkster;
- De verantwoordelijke van het lokale dienstencentrum;
- (...)

28. Wat betreft de mogelijkheid tot overname van het bestaande personeelsbestand door de op te richten Vereniging bepaalt artikel 229, §§2 en 3 OCMW-decreet dienaangaande:

*“§ 2. Personeelsleden van een openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn dat deelgenoot is van een vereniging, als vermeld in dit hoofdstuk, kunnen door die vereniging worden **overgenomen**.*

Ongeacht de regelen die van toepassing zijn bij bevorderingen, worden die leden met hun graad of met een gelijkwaardige graad en in hun hoedanigheid overgeplaatst. Zij behouden de bezoldiging en de geldelijke anciënniteit die zij hadden of verkregen zouden hebben op grond van de rechtspositieregeling die van toepassing is op het ogenblik van de overname als zij in hun dienst van herkomst het ambt dat zij bij hun overplaatsing bekleedden, verder hadden uitgeoefend.

De Vlaamse Regering kan de algemene regelen tot vaststelling van de administratieve anciënniteit van deze personeelsleden bepalen. Ze kan tevens de voorwaarden bepalen waaronder die personeelsleden weer in hun openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn van herkomst kunnen worden opgenomen.

Op verzoek van het openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn, van de vereniging of het betrokken personeelslid doet de provinciegouverneur, vermeld in artikel 228, § 2, uitspraak over elke betwisting betreffende de toepassing van de bovenvermelde bepalingen.

§ 3. Bij de overname van personeel dat in dienst is van een deelgenoot van de privésector, kan bedongen worden dat het personeel in dezelfde toestand behouden blijft wat betreft bezoldiging, anciënniteit, sociale zekerheid en verworven rechten.

De voorwaarden en modaliteiten van een eventuele regularisatie in vast verband kunnen door de Vlaamse Regering worden bepaald.”

29. Dit betekent dat de op te richten vereniging onder meer personeelsleden van de OCMW's kan aanwerven in contractueel of statutair verband, doch dit gebeurt in principe binnen de bestaande rechtspositieregeling van het respectieve OCMW.

Tevens kan hieruit worden afgeleid dat een overdracht van het bestaande personeelsbestand mogelijk is, en dat de betrokken personeelsleden desgevallend hun verworven rechten (graad, hoedanigheid, bezoldiging en anciënniteit) kunnen behouden.

30. Hoewel het OCMW-decreet voorziet dat de overgenomen personeelsleden dezelfde graad of gelijkwaardige graad, hoedanigheid, bezoldiging en geldelijke anciënniteit behouden, dient echter te worden opgemerkt dat de opgerichte vereniging evenwel niet gebonden is door wijzigingen in de rechtspositieregeling van het OCMW van oorsprong, die worden doorgevoerd na de overname .

Daarnaast is het zo dat aan een personeelslid van de vereniging geen jaarsalaris kan worden toegekend dat hoger ligt dan of gelijk is aan het jaarsalaris van de secretaris van het OCMW (artikel 229, §1, 4e lid OCMW-decreet).

31. In beginsel is op het personeel van de vereniging dezelfde **rechtspositieregeling** en hetzelfde pensioenstelsel van toepassing als op het **OCMW-personeel van de gemeente waarin de vereniging haar zetel heeft**.

Het bevoegde orgaan van de betrokken Hoofdstuk I vereniging beschikt echter over de mogelijkheid om, omwille van het specifieke karakter van sommige diensten en inrichtingen van de vereniging, afwijkingen vast te stellen, en dit ook voor functies die tevens binnen het OCMW bestaan.

De vereniging kan bijgevolg voor bepaalde functies een eigen of afwijkend statuut uitwerken.

Concreet zal dit aldus inhouden dat de betrokken overgenomen personeelsleden niet automatisch al hun rechten van op het ogenblik van de overname behouden gedurende de volledige periode van tewerkstelling bij de vereniging. Zoals gesteld is het immers

mogelijk voor de vereniging om met eenzelfde bevoegdheid als de raad voor maatschappelijk welzijn binnen een OCMW voor bepaalde functies een eigen of afwijkende rechtspositieregeling uit te werken .

Uiteraard is het zo dat voor functies, dewelke onbestaande zijn op het gemeentelijk vlak, de vereniging zelf de rechtspositieregeling zal dienen te bepalen (artikel 229 OCMW-decreet).

Weliswaar kan er niet worden afgeweken van de tuchtregeling zoals deze van toepassing is voor het OCMW-personeel (artikel 229, §1, 3e lid OCMW-decreet).

Wat betreft de disponibiliteitsregelingen, is het zo dat de vereniging in haar rechtspositieregeling enkel deze disponibiliteitsregelingen kan opnemen die ook bij het OCMW mogelijk zijn. M.a.w. indien het OCMW niet de mogelijkheid heeft om personeel in disponibiliteit te stellen wegens ambtsontheffing, dan kan de vereniging dit ook niet. Hetzelfde geldt voor disponibiliteit in geval van ziekte of invaliditeit.

32. Wat er nu concreet dient te worden verstaan onder de mogelijkheid tot afwijking in de rechtspositieregeling, kan in eerste orde worden bekeken vanuit artikel 104, §6 OCMW-decreet dat bepaalt dat:

*“De raad voor maatschappelijk welzijn kan op **gemotiveerde wijze afwijken** van de rechtspositieregelingen vermeld in § 1 en § 2, voor het voltallige personeel van de verzorgende, verplegende en dienstverlenende instellingen en diensten van het openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn, waarvan de werking gebaseerd is op federale of gewestelijke financiering met bijbehorende werkings- en erkenningsregels en voor **het voltallige personeel dat ingezet wordt voor activiteiten die hoofdzakelijk verricht worden in mededinging met andere marktdeelnemers.***

Deze mogelijkheid tot gemotiveerde afwijking geldt niet voor de bezoldiging van de personeelsleden en de salarisschalen die van toepassing zijn, rekening houdend met onder meer de gestelde bekwaamheidsvereisten en functievereisten.”.

33. Hierbij enige verdere duiding omtrent de volgende begrippen uit dit artikel:

- *Activiteiten die “hoofdzakelijk” verricht worden in mededinging met andere marktdeelnemers:*

Dit zijn activiteiten die wezenlijk, d.i. vooral, in essentie, voornamelijk deel uitmaken van het extern aangeboden dienstverleningspakket van het OCMW. Het gaat niet om activiteiten die sporadisch of toevallig aangeboden worden.

Het slaat op personeel dat in hoofdzaak en rechtsreeks ingeschakeld wordt voor dienstverlening die tegen betaling geleverd wordt aan externe klanten, in concurrentie met andere marktdeelnemers die dezelfde dienst tegen betaling aanbieden.

- *Activiteiten “in mededinging”:*

Dit zijn diensten die het OCMW aan externe klanten biedt terwijl ook de privésector dezelfde diensten als commerciële activiteit tegen betaling aanbiedt. Het betreft diensten die door de wetgeving niet exclusief voorbehouden zijn voor de overheid of verenigingen zonder winstgevend doel.

- *Mededinging “met andere marktdeelnemers”:*

Dit slaat op de markt in haar geheel en beperkt zich dus niet tot de plaatselijke of streekgebonden markt. Het OCMW biedt deze diensten aan externe klanten aan. Diensten aan interne klanten (bv. informaticataken, onderhoudstaken of welzijn op het werk) die door het OCMW in eigen beheer geleverd worden ten aanzien van de eigen diensten, worden hier niet beoogd.

Als een personeelslid voor verschillende soorten diensten werkt, dan zal de hoofdactiviteit van het personeelslid doorslaggevend zijn voor de indeling in een personeelsgroep.

34. Bij de opmaak van de rechtspositieregeling is het belangrijk dat de Hoofdstuk I vereniging rekening houdt met het gegeven dat er nog heel wat andere regels zijn, verspreid over verschillende wetten, decreten en besluiten, die van toepassing zijn op het personeel van het OCMW-bestuur en die nog verder uitwerking behoeven in een lokale rechtspositieregeling.

Hiervoor kan (niet-limitatief) worden verwezen naar:

- Arbeidsreglementenwet;
- Loonbeschermingswet;
- Arbeidswet;
- Wet syndicaat statuut;
- Vakantiegeld – KB;
- Welzijnswet;
- Arbeidstijdwet;

Bovendien zijn er een aantal bepalingen die enkel van toepassing zijn op personeelsleden die welbepaalde activiteiten uitoefenen, bijvoorbeeld regels i.v.m. de arbeidsduur zoals opgenomen in de Arbeidswet, de feestdagen en de tuchtregeling opgenomen in de Arbeidsreglementenwet. Deze bepalingen zijn dan niet van toepassing op andere personeelsleden.

35. Wat de contractuele personeelsleden betreft moet onder meer aandacht worden besteed aan de Richtlijn 2001/23/EG waarvan algemeen wordt aangenomen dat deze voldoet aan alle voorwaarden om te kunnen besluiten tot een rechtstreekse (verticale) werking ervan .
36. Zodoende is deze Europese Richtlijn van toepassing op publiekrechtelijke entiteiten, doch slechts ten aanzien van hun contractuele werknemers. Dit houdt in dat, gelet op de regelgeving inzake de overdracht van ondernemingen, wordt gesteld dat bij overdracht van een onderneming op grond van een overeenkomst, alle op dat ogenblik bestaande arbeidsovereenkomsten evenals de eruit voortvloeiende rechten en plichten worden behouden en door de overgang zelf automatisch overgaan op de verkrijger.

De overgedragen werknemers zetten hun arbeidsprestaties dan verder bij de verkrijger, conform hetgeen was overeengekomen bij de vervreemder. De verkrijger dient dan de bij de vervreemder toepasbare loons- en arbeidsvoorwaarden te respecteren, zonder dat hij deze in principe eenzijdig kan wijzigen.

37. Indien er zich met betrekking tot de toepassing van bovenstaande bepalingen betreffende het personeel betwistingen zouden voordoen, wordt in artikel 229, §2, 4e lid OCMW-decreet bepaald dat het dan aan de provinciegouverneur is om hierover uitspraak te doen.
38. Omtrent de aansprakelijkheid voor en door het personeel van de op te richten vereniging kan worden meegegeven dat dezelfde regelgeving als voor de OCMW-medewerkers geldt

IV. SUBSIDIE- EN FINANCIERINGSASPECTEN

1. VIPA

39. In het kader van een mogelijke verzelfstandiging stelt zich tevens de vraag of deze operatie een impact heeft op de verkregen VIPA-subsidies voor het woonzorgcentrum De Wending.

Vooreerst is het hierbij belangrijk om te wijzen op het hierboven reeds geciteerde artikel 219 OCMW-decreet dat bepaalt dat *“In de gevallen waarin het openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn geheel of gedeeltelijk een erkenning, vergunning of subsidiëring kan verkrijgen, worden de verenigingen, vermeld in dit hoofdstuk, voor het verkrijgen van die erkenning, vergunning of subsidiëring **gelijkgesteld** met een openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn.”*

40. Artikel 87 van het Besluit van de Vlaamse Regering van 18 maart 2011 tot regeling van de alternatieve investeringssubsidies, verstrekt door het Vlaams Infrastructuurfonds voor Persoonsgebonden Aangelegenheden , regelt daarnaast de overdracht van de infrastructuur door de initiatiefnemer:

*“De **concrete bestemming** van het gesubsidieerde goed mag niet gewijzigd worden gedurende een periode die minstens gelijk is aan de boekhoudkundige **afschrijvingsduur** van de investering en die, voor de onroerende goederen, in elk geval **minstens twintig jaar** bedraagt, behalve na de uitdrukkelijke en voorafgaande toestemming van de minister op verzoek van de aanvrager. De minister kan die toestemming alleen verlenen als het gesubsidieerde goed een bestemming krijgt in het kader van de persoonsgebonden aangelegenheden, vermeld in artikel 5 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, als die aangelegenheden vallen onder het beleidsdomein waartoe het Fonds behoort.*

*De aanvrager is ertoe gehouden, voor de roerende goederen, gedurende een periode die gelijk is aan de boekhoudkundige afschrijvingsduur van de investering, en voor de onroerende goederen, gedurende een periode van twintig jaar, **elke vervreemding van het gesubsidieerde goed of elke bezwaring van het gesubsidieerde goed met zakelijk recht aan de uitdrukkelijke en voorafgaande toestemming van de minister te onderwerpen**. De vervreemding kan in ieder geval niet worden toegestaan als het gesubsidieerde goed geen bestemming krijgt in het kader van de persoonsgebonden aangelegenheden, vermeld in artikel 5 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, als die aangelegenheden vallen onder het beleidsdomein waartoe het Fonds behoort.*

***Het gesubsidieerde goed moet als een goede huisvader beheerd en onderhouden** worden gedurende een periode die minstens gelijk is aan de boekhoudkundige afschrijvingsduur van de investering en die, voor de onroerende goederen, in elk geval minstens twintig jaar bedraagt.”*

Het valt te betreuren dat wel de overdracht van de infrastructuur in het besluit wordt behandeld, maar niet als zodanig de overdracht van de hoedanigheid van initiatiefnemer, die de gebruikstoelage kan aanvragen. Hoe dan ook is een overdracht slechts mogelijk na **goedkeuring door de minister**. Vermits evenwel de oprichting van de vereniging zelf ook aan een goedkeuringstoezicht is onderworpen, wordt allicht één en ander aan elkaar gekoppeld.

41. Artikel 92 bepaalt inzake inwerkingtreding van het besluit van 18 maart 2011:

“Dit besluit is onmiddellijk van toepassing op de dossiers waarvoor een aanvraag wordt ingediend vanaf de inwerkingtreding van dit besluit.

Dit besluit is ook van toepassing op alle aanvragen die ingediend zijn onder de toepassing van het besluit van de Vlaamse Regering van 1 september 2006 tot regeling van de alternatieve investeringssubsidies, verstrekt door het Vlaams Infrastructuurfonds voor Persoonsgebonden Aangelegenheden, en waarvoor op de datum van de inwerkingtreding van dit besluit **nog geen principieel akkoord** is verkregen als vermeld in het voormelde besluit van de Vlaamse Regering van 1 september 2006.

*In afwijking van artikel 90, worden **aanvragen waarvoor al een principieel akkoord is verkregen** als vermeld in het voormelde besluit van de Vlaamse Regering van 1 september 2006 tot regeling van de alternatieve investeringssubsidies verstrekt door het Vlaams Infrastructuurfonds voor Persoonsgebonden Aangelegenheden, verder behandeld overeenkomstig het voormelde besluit van de Vlaamse regering van 1 september 2006.*

Met behoud van de toepassing van het derde lid, zijn artikel 85 tot en met 88 van dit besluit ook van toepassing op die aanvragen, vermeld in het derde lid.”

Concreet moet dus naar het besluit van 1 september 2006 worden terug gegrepen.

Artikel 50 van het Besluit van de Vlaamse Regering van 1 september 2006 tot regeling van de alternatieve investeringssubsidies verstrekt door het Vlaams Infrastructuurfonds voor Persoonsgebonden Aangelegenheden bevat een gelijkaardige regeling als deze van voormeld artikel 87:

“De initiatiefnemer mag de concrete bestemming van het gesubsidieerde goed niet wijzigen gedurende een periode die minstens gelijk is aan de boekhoudkundige afschrijvingsduur van de investering en die, voor de onroerende goederen, in elk

geval minstens twintig jaar bedraagt, behalve na de uitdrukkelijke en voorafgaande toestemming van de minister. De minister kan die toestemming alleen verlenen als het gesubsidieerde goed een bestemming krijgt in het kader van de persoonsgebonden aangelegenheden, vermeld in artikel 5 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, voor zover die aangelegenheden vallen onder het beleidsdomein waartoe het Fonds behoort.

*De initiatiefnemer is ertoe gehouden, voor de roerende goederen, gedurende een periode die gelijk is aan de boekhoudkundige afschrijvingsduur van de investering, en voor de onroerende goederen, gedurende een periode van twintig jaar, **elke vervreemding van het gesubsidieerde goed of elke bezwaring van het gesubsidieerde goed met zakelijk recht aan de uitdrukkelijke en voorafgaande toestemming van de minister te onderwerpen.** De vervreemding kan in ieder geval niet worden toegestaan als het gesubsidieerde goed geen bestemming krijgt in het kader van de persoonsgebonden aangelegenheden, vermeld in artikel 5 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, voor zover die aangelegenheden vallen onder het beleidsdomein waartoe het Fonds behoort.*

*De **initiatiefnemer** is ertoe gehouden het gesubsidieerde goed als een goede huisvader te **beheren en te onderhouden** gedurende een periode die minstens gelijk is aan de boekhoudkundige afschrijvingsduur van de investering en die, voor de onroerende goederen, in elk geval minstens twintig jaar bedraagt.”*

42. Uit het voorgaande moet worden besloten dat een overdracht van infrastructuur in het kader van een verzelfstandiging mogelijk is mits goedkeuring door de minister.

Artikel 12, §1, derde lid VIPA-decreet, zoals thans van toepassing, bepaalt dat de initiatiefnemer een genotsrecht moet hebben op het betreffende onroerend goed:

*“De aanvrager moet **minstens over een genotsrecht beschikken** op het project waarvoor de aanvraag voor een investeringssubsidie wordt gedaan, voor een periode die voor onroerende goederen in elk geval **minstens vijftwintig jaar** bedraagt en voor roerende goederen in elk geval minstens vijf jaar bedraagt. De Vlaamse Regering kan een langere periode bepalen. Als de aanvrager en de eigenaar of de houder van de zakelijke rechten op de grond waarop een project wordt voorzien, twee verschillende personen zijn, mag er geen ongeoorloofde verwantschap bestaan tussen hen. De Vlaamse Regering legt de voorwaarden vast waaronder er sprake is van een ongeoorloofde verwantschap.”*

Tot 1 juli 2011 was artikel 12, §1, derde lid veel strikter geformuleerd en luidde als volgt:

“De initiatiefnemer moet ofwel eigenaar zijn ofwel over een zakelijk of genotsrecht beschikken op het onroerend goed waarvoor de aanvraag wordt gedaan, voor een periode die minstens gelijk is aan de boekhoudkundige afschrijvingsduur van de investering en die in elk geval minstens twintig jaar bedraagt. Dat alles onverminderd de bijzondere bepalingen voor de tegemoetkoming in de kosten van leasing voor de nieuwbouw, uitbreiding en verbouwing van voorzieningen voor bejaarden, van voorzieningen in de preventieve en ambulante gezondheidszorg, van voorzieningen in de kinderdagopvangsector en van voorzieningen voor de sociale integratie van personen met een handicap.”

Artikel 89 van het Besluit van de Vlaamse Regering van 18 maart 2011 tot regeling van de alternatieve investeringssubsidies, verstrekt door het Vlaams Infrastructuurfonds voor Persoonsgebonden Aangelegenheden bepaalt dat de nieuwe versie in werking treedt op 1 juli 2011. Maar de samenlezing met artikel 92 zou kunnen doen besluiten dat deze oude versie nog van toepassing is op dossiers waarvoor op 1 juli 2011 reeds een principieel akkoord was verleend.

Prima facie zou uit het voorgaande kunnen worden afgeleid dat het mogelijk is dat het OCMW eigenaar blijft van het gebouw, terwijl het genotsrecht en het exploitatierecht wordt toevertrouwd aan de OCMW-vereniging.

In de Memorie van toelichting benadrukt de Vlaamse regering evenwel **dat een uitbesteding van de exploitatie niet tot de mogelijkheden behoort**:

“De premisse dat enkel de voorziening een aanvraag tot het bekomen van een investeringssubsidie of een investeringswaarborg kan indienen en dat deze ook enkel aan de voorziening kan uitbetaald worden, blijft, teneinde misbruik te beperken, behouden. [...]”

Bij een DBFO wordt hieraan nog de component “exploiteren” (“operate”) toegevoegd, doch de subsidiëring van deze samenwerkingsvorm wordt niet beoogd. De bestaande erkenningsvoorwaarden blijven immers behouden. Het is geenszins de bedoeling om de eigenlijke zorgactiviteit te “privatiseren”. [...]”

Deze voorwaarde is echter al vervat in de definitie van het begrip aanvrager. In de definitie wordt immers gesproken van “rechtspersoon die erkend is of voldoet aan de wettelijke voorwaarden om zorg- en dienstverlening te organiseren”.

Daaronder wordt dus ook verstaan dat er geen sprake kan zijn van uitbesteding van de exploitatie. De aanvrager (voorziening) doet de exploitatie.”

43. Uit het voorgaande moet dan ook worden besloten dat een structuur waarbij het OCMW optreedt als bouwheer, maar waarbij de exploitatie wordt waargenomen door een derde, op grond van de bestaande regelgeving niet mogelijk is. Zelfs na de wijziging van het VIPA-decreet, die DBFM-overeenkomsten mogelijk maakt, is dit geen alternatief.

Zijdelings moet worden opgemerkt dat de Raad van State in haar advies toch bedenkingen heeft bij de wijze waarop de Vlaamse regering DBFMQ-contracten wenst uit te sluiten.

De Raad verwijst naar de verantwoording van de Vlaamse regering waarin deze stelt dat constructies in principe mogelijk zijn mits men tegemoet komt volgende 3 zaken:

- de voorziening is aanvrager van de investeringssubsidie (VIPA verstrekt de investeringssubsidie, de gebruikstoelage, aan de voorziening);
- de voorziening doet de exploitatie;
- de voorziening moet kunnen aantonen dat zij gedurende een periode die minstens gelijk is aan de boekhoudkundige afschrijvingsduur, met een minimale periode van 20 jaar voor onroerende goederen, het genotsrecht zal hebben op de infrastructuur die het voorwerp uitmaakt van de aanvraag tot subsidie.

De Raad van State merkt op dat de voorwaarden die zijn aangehaald onder het eerste en het derde streepje zijn vervat in het ontwerp, maar de voorwaarde die is aangehaald onder het tweede streepje evenwel niet. Volgens de Vlaamse regering zou deze voorwaarde moeten blijken uit het vereiste dat de aanvraag voor de subsidiëring moet gebeuren door de voorziening (zie de definitie van het begrip "aanvrager"). **Hiermee is volgens de Raad van State evenwel niet uitgesloten dat de exploitatie wordt uitbesteed.**

De Raad suggereert om de laatstgenoemde voorwaarde in het decreet van 23 februari 1994 te expliciteren. Beter nog zou zijn om, ter afbakening van de in het ontworpen artikel 10, tweede lid, (artikel 8 van het ontwerp) ervan bedoelde delegatie, de notie "publiek-private samenwerking" in het decreet van 23 februari 1994 op te nemen en te omschrijven. De Vlaamse regering is evenwel niet op deze suggesties ingegaan.

- 44. Een verzelfstandiging lijkt evenwel niet met een uitbesteding te moeten worden gelijk gesteld.**

Uit het voorgaande moet worden besloten dat een overdracht van een woonzorgcentrum in volle eigendom of middels verlening van een zakelijk recht naar een andere exploitant de goedkeuring van de minister vereist.

2. RIZIV

45. Het ministerieel besluit van 6 november 2003 tot vaststelling van het bedrag en de voorwaarden voor de toekenning van de tegemoetkoming, bedoeld in artikel 37, §12, van de wet betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen, gecoördineerd op 14 juli 1994, in de rust- en verzorgingstehuizen en in de rustoorden voor bejaarden, regelt de RIZIV-financiering.

Tot voor kort stelde het Financieringsbesluit dat rustoorden voor bejaarden en rust- en verzorgingstehuizen moesten beschikken over hun eigen loontrekkend of statutair personeel (respectievelijk art. 2 §1 en art. 3 §1).

De RIZIV-administratie hield zich aan een letterlijke en strikte interpretatie van voornoemde bepalingen. Met uitzondering van een aantal afwijkingen, gold in principe, aldus het RIZIV, dat voor alle personeel dat in aanmerking werd genomen voor de RIZIV-financieringsnormen, de tewerkstelling in dienstverband moest aangetoond worden door middel van de arbeidsovereenkomst/benoemingsbeslissing, de RSZ(PPO)-bijdragen, en de effectief gepresteerde en gelijkgestelde dagen/uren.

Eén en ander had tot gevolg dat artikel 246 §1 OCMW-decreet, dat uitdrukkelijk voorziet in de ter beschikkingstelling van statutair personeel voor de oprichting van een “Titel VIII, Hoofdstuk 4 vereniging”, dode letter bleef.

46. Bij Ministerieel Besluit van 25 juni 2014 werd aan artikel 6 van het Ministerieel Besluit van 6 november 2003 tot vaststelling van het bedrag en de voorwaarden voor de toekenning van de tegemoetkoming bedoeld in artikel 37 §12 van de wet betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen in de rust- en verzorgingstehuizen en in de rustoorden voor bejaarden een derde alinea toegevoegd.

Die luidt als volgt:

“§ 3. Bij een exploitatietransfer vanuit een openbare dienst, wordt het gedetacheerd statutair personeel dat op het moment van de overdracht van de exploitatie opgenomen is in een lijst, gelijkgesteld aan eigen loontrekkend of statutair personeel, indien aan de Dienst wordt overgemaakt:

1° de exhaustieve lijst met namen van de betrokken statutaire personeelsleden, hun kwalificatie en hun wekelijkse arbeidsduur, en vergezeld van een kopie van

de beslissing van hun benoeming. Deze lijst moet worden ondertekend door de openbare dienst én door de verantwoordelijke van de instelling en aan de Dienst worden overgemaakt binnen de maand na de exploitatietransfer. Aan deze lijst kunnen nadien geen personen worden toegevoegd, de wekelijkse arbeidsduur van de personen kan niet worden verhoogd en hun kwalificatie kan niet worden aangepast;

2° als de Dienst erom vraagt, alle andere bijkomende informatie met betrekking tot de exploitatietransfer en de rol van de openbare dienst".

Hiermee heeft men, onder toenemende druk vanuit het werkveld, de Financieringsbesluit afgestemd op de bepalingen van titel VIII van het OCMW-decreet.

Zoals reeds wordt aangegeven in de studie van BVBA Externa is dezelfde correctie gebeurd inzake de financiering via het "derde luik" van het Koninklijk Besluit van 13 juni 2014 tot wijziging van 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.

Beide besluiten hebben, althans voor wat de in deze relevante bepalingen betreft, uitwerking (retroactief) met ingang op 1 juli 2013.

47. Overgedragen personeel zal sowieso in aanmerking komen voor de RIZIV – financieringsnormen.

3. SOCIALE MARIBEL

48. In zijn mededeling 2015/02 op datum van 8 januari 2015 maakt de administrateur-generaal van de Dienst voor de Bijzondere Socialezekerheidsstelsels (DIBISS) reeds melding van het feit dat aangezien lokale besturen geconfronteerd worden met besparingen die in vele gevallen invloed zullen hebben op de personeelsbezetting, waardoor er gezocht wordt naar het opzetten van samenwerkingsverbanden in het kader van efficiënt beheer van de financiële middelen, DIBISS herhaaldelijk bevraagd wordt over de mogelijke gevolgen van zulke herstructureringen van een lokaal bestuur op de financiële tussenkomsten die het in het kader van de Sociale (en Fiscale) Maribel toegekend krijgt.

Daar er bij de oprichting van de Zorggroep Orion uiteraard tevens een overdracht zal plaatsvinden van het OCMW Turnhout naar deze zorggroep, van personeel dat onder het toepassingsgebied van de Sociale Maribel valt, stelt deze vraag zich dan ook *in casu*.

Belangrijk is om hieromtrent eerst op te merken dat bij de overdracht van personeel tussen werkgevers van de openbare sector (zoals van een OCMW naar een publiekrechtelijke vereniging Hoofdstuk I), het personeel onder het toepassingsgebied van de Sociale Maribel blijft vallen.

Dit werd recentelijk nog bevestigd bij voormelde mededeling van de administrateur-generaal.

Hierboven werd daarnaast reeds gesteld dat de verenigingen Hoofdstuk I worden gelijkgesteld met het OCMW wat betreft het bekomen van subsidiëring (artikel 229 OCMW-decreet).

49. Voor het OCMW Turnhout zal de oprichting van de zorggroep, overdracht van het personeel van de verschillende zorgvoorzieningen, echter logischerwijze een vermindering van het arbeidsvolume inhouden met gevolgen op de financiering van de Sociale Maribel – middelen voor het OCMW.
50. Eén van de voorwaarden om van een financiële tussenkomst in het kader van de Sociale Maribel te kunnen genieten, is immers de realisatie van bijkomende tewerkstelling onder de vorm van de verhoging van het arbeidsvolume zoals voorzien in artikel 50 van het KB van 18 juli 2002.

Meer bepaald wordt het totale arbeidsvolume van alle werknemers, die in een kalenderjaar bij de betrokken werkgever tewerkgesteld zijn in een onder toepassing van de Maribel vallende activiteit, vergeleken met het referentiejaar 2005.

Ten opzichte van dit referentiejaar moet het arbeidsvolume van het bestuur dan minstens gehandhaafd blijven of dient het in voldoende mate gestegen te zijn indien er aan het betrokken bestuur bijkomende arbeidsplaatsen werden toegekend na het jaar 2005.

Bij een daling of onvoldoende stijging van het arbeidsvolume, wordt normaliter de ten onrechte toegekende tussenkomst Sociale Maribel teruggevorderd.

Middels het artikel 14 van het KB van 18 juli 2002 houdende maatregelen met het oog op de bevordering van de tewerkstelling in de non-profit sector, wordt hierop echter een afwijking voorzien.

In dit artikel 14 wordt namelijk bepaald dat de werkgever (OCMW Turnhout) die zich genoodzaakt ziet om het arbeidsvolume te verminderen, dit voorafgaandelijk schriftelijk dient te melden aan het sectoraal fonds om verder te kunnen genieten van de financiële tegemoetkomingen.

In casu vloeit de noodzaak voort uit de overdracht van het OCMW-personeel naar de op te richten Zorggroep Orion dat de betrokken zorgvoorzieningen (woonzorgcentrum De Wending, Assistentiewoningen Van Dyck en de lokale dienstencentra) zal uitbaten om de redenen, zoals die omstandig kunnen worden omschreven in de motiveringsnota.

Verder stelt artikel 14 van het KB dat de meldings- en informatieplicht de volgende gegevens dient te bevatten:

- De vermindering van het arbeidsvolume uitgedrukt in voltijdse equivalenten gedurende een volledig kalenderjaar;
- De datum vanaf dewelke de vermindering ingang vindt;
- De fases van deze vermindering ;
- De reden die de vermindering van het arbeidsvolume veroorzaakt.

Het is dan op basis van deze gegevens dat het beheerscomité van het bevoegde Fonds Sociale Maribel middels een gemotiveerde beslissing al dan niet haar instemming verleent met het voorstel.

Het is tevens vereist dat het advies hieromtrent van de representatieve vakorganisaties wordt bekomen.

De redenen die het beheerscomité van het Fonds aanvaardt om een afwijking toe te staan zijn, ogenschijnlijk limitatief, de volgende:

1. Het verplicht ondergaan van een herstructurering, gepaard gaande met een vermindering van het arbeidsvolume, die opgelegd worden door een hogere (toezichthoudende) overheid;
2. De overdracht van personeelsleden aan een andere instelling in het kader van een reorganisatie of herverdeling van bevoegdheden en/of takenpakketten;
3. Een vermindering van de geldmiddelen die aan een bestuur ter beschikking worden gesteld door andere overheden en/of door werkings- of investeringskosten voor zover deze vermindering betrekking heeft op het personeelsbudget.

51. Redelijkerwijze mag men aannemen dat in het kader van een herstructurering de oprichting van een Hoofdstuk I – vereniging (Zorggroep Orion) door het OCMW Turnhout, met inbreng van het woonzorgcentrum, de assistentiewoningen en lokale dienstencentra/ontmoetingscentrum, kan ingepast worden in voormelde 2^e situatie, zijnde de overdracht in het kader van een reorganisatie of herverdeling van bevoegdheden en/of takenpakketten.

Wat betreft de impact van een aanvraag tot afwijking van het arbeidsvolume op het aantal toegekende arbeidsplaatsen in het kader van de Sociale Maribel, is het zo dat ingevolge de wijziging van voormeld artikel 14 van het KB van 18 juli 2002 door het KB van 13 juli 2014¹⁰, het beheerscomité vanaf 1 september 2014 de toegekende arbeidsplaatsen kan verminderen of zelfs beëindigen in geval een beslissing inzake afwijking van het arbeidsvolume wordt genomen.

De administrateur-generaal van DIBISS bevestigt dit in zijn hierboven reeds aangehaalde mededeling, waarbij hij specificeert dat :

“Wanneer er zich een daling in het arbeidsvolume voordoet, is het mogelijk dat de hierbij betrokken werknemers niet meer bijdragen aan de middelen van het Fonds. Deze situatie doet zich voor wanneer werknemers worden ontslagen of wanneer zij worden overgeheveld naar een andere werkgever bij wie zij niet meer onder de Sociale Maribel of hetzelfde Fonds van de Sociale Maribel vallen. Om te vermijden dat het Fonds Sociale Maribel voor de situatie komt te staan waarin de middelen waarover het beschikt niet meer zouden volstaan om de toegekende arbeidsplaatsen te financieren en dit negatieve gevolgen zou hebben voor alle werkgevers die tegemoetkomingen van het Fonds genieten, werd in de mogelijkheid voorzien om de beslissingen inzake de aanvragen tot afwijking te koppelen aan een vermindering van het aantal arbeidsplaatsen dat eerder werd toegekend aan een werkgever met een daling van het arbeidsvolume. Dit zou met name het geval zijn indien deze daling gevolgen heeft op de financiële middelen van het fonds, en dit ongeacht de aanvaarding of verwerping van de aanvraag tot afwijking van het arbeidsvolume.

De financiële middelen van het Fonds Sociale Maribel van de Overheidssector worden immers vastgesteld op basis van een forfaitair bedrag op kwartaalbasis voor elke werknemer, die in het voorlaatste jaar (= jaar n-2) minstens halftijds tewerkgesteld is met een onder toepassing van de Sociale Maribel vallende NACE-code bij een werkgever die ressorteert onder het fonds (zie infra punt 4).”

¹⁰ KB van 13 juli 2014 tot wijziging van artikel 14 van het KB van 18 juli 2002 houdende maatregelen met het oog op de bevordering van de tewerkstelling in de non-profit sector, B.S. 18 augustus 2014

Bij de overdracht van het personeel van het OCMW dient er aldus te worden gekeken naar het feit of hun nieuwe werkgever al dan niet onder (hetzelfde Fonds) van de Sociale Maribel valt, teneinde na te gaan of het beheerscomité de toegekende arbeidsplaatsen zal verminderen of beëindigen.

In casu is het dan ook belangrijk om hierbij reeds te benadrukken dat de administrateur-generaal in zijn mededeling verder bevestigt dat aangezien er bij de overdracht van personeel van een OCMW naar een OCMW-vereniging (zoals een Hoofdstuk I vereniging) het personeel onder het toepassingsgebied van de Maribel blijft vallen en aldus blijft bijdragen tot de middelen van het Fonds, deze afwijking van het arbeidsvolume in hoofdte van het OCMW aanvaardbaar is zonder dat er een vermindering van de toegekende arbeidsplaatsen zal zijn.

Hieruit kan dan ook worden afgeleid dat bij een overdracht van het personeelsbestand van het OCMW Turnhout naar de Zorggroep Orion, het beheerscomité een afwijking op het arbeidsvolume van het OCMW zal kunnen toestaan (op basis van het hierboven vermelde 2^e criterium) en dit zonder dat er een vermindering van het aantal toegekende arbeidsplaatsen zal zijn.

De situatie zal natuurlijk enigszins anders zijn indien niet alle personeelsleden de overstap zouden meemaken en er afvloeiingen zouden zijn, (doch dit is vooralsnog niet aan de orde.)

52. Voor de volledigheid kan er o.i. eveneens best een onderhoud met DIBISS worden geregeld teneinde de nadere modaliteiten te bespreken.

V. FISCALE ASPECTEN

1. Btw-statuut Hoofdstuk I-vereniging

53. De vraag stelt zich of een OCMW-vereniging moet worden aangemerkt als een “overheid” in de zin van artikel 6 van het btw-wetboek of als een conventionele belastingplichtige overeenkomstig artikel 4 van het btw-wetboek.

Dit onderscheid is inderdaad van belang. Indien artikel 6 van het btw-wetboek van toepassing is, heeft dit niet *a priori* tot gevolg dat de vereniging voor haar activiteiten geen belastingplichtige is, maar wel dat alle voorwaarden van dat artikel moeten worden nagegaan om te kunnen besluiten of de vereniging voor die activiteit al dan niet onder artikel 4 ressorteert.

Artikel 6, eerste lid btw-wetboek luidt als volgt:

*“De Staat, de Gemeenschappen en de Gewesten van de Belgische Staat, de provincies, de agglomeraties, de gemeenten en de **openbare instellingen**, worden niet als belastingplichtige aangemerkt voor de werkzaamheden of handelingen die zij als overheid verrichten, ook niet indien zij voor die werkzaamheden of handelingen rechten, heffingen, bijdragen of retributies innen.”.*

De btw-administratie stelt dat artikel 6 niet van toepassing is op openbare instellingen die bij wijze van **vereniging** zijn tot stand gekomen (btw-handleiding randnummer 88/1):

“Artikel 6 van het Wetboek beoogt daarentegen niet de publiekrechtelijke verenigingen die bij wijze van vereniging en niet bij wijze van stichting tot stand gebracht zijn. Dat is onder meer het geval voor de intercommunale verenigingen, intergemeentelijke samenwerkingsverbanden, de coöperatieven van openbare diensten en de gemengde economische ondernemingen.”.

OCMW-verenigingen worden in beginsel immers bij wijze van vereniging opgericht.

Hoewel OCMW-verenigingen verder niet met name worden genoemd in de btw-commentaar, kan toch zinvol worden verwezen naar beslissingen inzake autonome gemeentebedrijven. Voor wat betreft autonome gemeentebedrijven werd immers door de btw-administratie bevestigd in haar Beslissing nr. E.T. 101.890 van 27 maart 2002 dat zij belastingplichtigen zijn onderworpen aan artikel 4 van het btw-wetboek:

“De autonome gemeentebedrijven met rechtspersoonlijkheid, bedoeld in artikel 263bis van de gemeentewet en de autonome provinciebedrijven met rechtspersoonlijkheid, bedoeld in artikel 114 quinquies van de provinciewet vallen wat de op hen toepasselijke BTW-regelgeving betreft echter niet onder de bepalingen van voornoemd artikel 6 van het BTW-Wetboek maar worden aangemerkt als belastingplichtigen in de zin van artikel 4 van dit Wetboek indien zij in het BTW-Wetboek bedoelde handelingen verrichten.”.

2. Btw-aspect zorg

54. Artikel 44, § 2, 1°, van het btw-wetboek, dat de omzetting is in het Belgisch recht van artikel 132, lid 1, sub b) van de richtlijn 2006/112/EG van de Raad van 28 november 2006 betreffende het gemeenschappelijke stelsel van belasting over de toegevoegde waarde (oud artikel 13, A, lid 1, sub b), van de zesde richtlijn 77/388/EEG van de Raad van 17 mei 1977), stelt vrij van de btw de diensten en de leveringen van goederen die daarmee nauw samenhangen in de uitoefening van hun geregelde werkzaamheid

verricht door ziekenhuizen, psychiatrische inrichtingen, klinieken en dispensaria alsmede het vervoer van zieken of gewonden met speciaal daartoe uitgeruste vervoermiddelen.

Artikel 44, § 2, 2°, van het btw-wetboek, dat de omzetting is in het Belgisch recht van artikel 132, lid 1, sub g) en h) van de richtlijn 2006/112/EG van de Raad van 28 november 2006 betreffende het gemeenschappelijke stelsel van belasting over de toegevoegde waarde (oud artikel 13, A, lid 1, sub g) en h), van de zesde richtlijn 77/388/EEG van de Raad van 17 mei 1977), **stelt vrij van de btw de diensten en leveringen van goederen** die nauw samenhangen met maatschappelijk werk, met de sociale zekerheid en met de bescherming van kinderen en jongeren en die worden verricht door **publiekrechtelijke lichamen** of door andere organisaties die door de bevoegde overheid als **instellingen van sociale aard worden erkend**. Worden met name bedoeld:

- de **instellingen die de bejaardenzorg tot doel hebben**;
- de kinderbewaarplaatsen, de zuigelingentehuizen en de instellingen die in hoofdzaak het toezicht over jongelui en de zorg voor hun onderhoud, opvoeding en vrijetijdsbesteding tot doel hebben;
- de instellingen voor gezinshulp;
- de centra voor levens- en gezinsvragen;
- de ziekenfondsen en de landsbonden van ziekenfondsen;
- de psycho-medisch-sociale centra en de centra voor leerlingenbegeleiding;
- de instellingen die de gehandicaptenzorg tot doel hebben;
- de instellingen die de begeleiding, de omkadering of de opvang van personen die zich in materiële of morele moeilijkheden bevinden tot doel hebben;
- de instellingen bedoeld in het koninklijk besluit van 17 december 2003 betreffende de subsidiëring van instellingen die voorzien in een gespecialiseerde begeleiding voor burgers die betrokken zijn in een gerechtelijke procedure;
- de externe diensten erkend bij het koninklijk besluit van 27 maart 1998 betreffende de externe diensten voor preventie en bescherming op het werk.

De instellingen die beoogd zijn in de artikelen 44, § 2, 1° en 44, § 2, 2°, van het Btw-Wetboek (ziekenhuizen, klinieken, **rusthuizen**, kinderbewaarplaatsen, enz.) worden in het licht van onderhavige circulaire "**zorginstellingen**" genoemd. Het feit dat deze instellingen in bepaalde gevallen de hoedanigheid van een gemengde btw-belastingplichtige zouden hebben, wijzigt de definitie van het begrip "zorginstelling" niet.

Deze zorginstellingen verstrekken goederen of diensten aan zorgbehoevende personen. Het begrip "**zorgbehoevende persoon**" omvat alle personen die een behoefte OCMW TURNHOUT

hebben aan of gebruik maken van de verzorging, de opvang of begeleiding die wordt verstrekt door de instellingen beoogd in artikel 44, § 2, 1° of 44, § 2, 2°, van het btw-wetboek. Worden onder meer beoogd: zieken, rusthuisbewoners, kinderen opgevangen in een kinderbewaarplaats/zuigelingentehuis, gehandicapten, patiënten,

Onder "zorgpersoneel" dient te worden verstaan het personeel dat rechtstreeks betrokken is bij de verzorging van zorgbehoevende personen en handelingen stelt inzake de diagnose, de behandeling, de genezing, de opvang, de begeleiding of de verzorging van deze zorgbehoevende persoon.

Overeenkomstig vaste rechtspraak van het Europees Hof van Justitie dient, gelet op het doel van de vermindering van kosten van de gezondheidszorg, het begrip medische verzorging in artikel 132, lid 1, sub b) van de richtlijn 2006/112/EG veeleer ruim te worden uitgelegd. Daarbij is wel van belang dat de prestaties die onder dit begrip vallen tot doel hebben de diagnose, de behandeling en, voor zoveel mogelijk, de genezing van ziekten of gezondheidsproblemen (zie o.a. arresten C-45/01, Dornier, 6 november 2003; C-394/04 en C-395/04, Diagnostiko & Therapeftiko Kentro Athinon - Ygeai AE, 1 december 2005; C-262/08, CopyGene A/S, 10 juni 2010).

Medische diensten met als doel de bescherming, met inbegrip van behoud of herstel, van de gezondheid van de mens vallen ook onder de vrijstelling van artikel 132, lid 1, sub b) en c) van de richtlijn 2006/112/EG (zie o.a. arresten C-212/01, Unterpertinger, 20 november 2003, nrs. 40-41; C-106/05, L.u.P. GmbH, 8 juni 2006, nr. 29; C-86/09, Future Health Technologies Ltd., 10 juni 2010, nr. 41).

Voorts stelt het Hof dat, gelet op het doel van artikel 132, lid 1, sub b) van de richtlijn 2006/112/EG, bedoelde vrijstelling enkel diensten die logischerwijze verband houden met de ziekenhuisverpleging en medische verzorging en die in dit dienstverleningsproces onontbeerlijk zijn om de door deze diensten beoogde therapeutische doelstellingen te bereiken, "handelingen die (...) nauw samenhangen" in de zin van deze bepaling kunnen vormen (zie o.a. arrest C-394/04 en C-395/04, Diagnostiko & Therapeftiko Kentro Athinon - Ygeai AE, 1 december 2005).

Bovendien moet worden opgemerkt dat de vrijstellingen van artikel 132 van de richtlijn 2006/112/EG niet voorzien in een btw-vrijstelling voor alle activiteiten van algemeen belang, maar enkel voor die welke gedetailleerd worden opgesomd en omschreven (zie o.a. arresten C-107/84, Commissie/Duitsland, van 11 juli 1985, nr. 17; C-307/01, D'Ambrumenil en Dispute Resolution Services, van 20 november 2003, nr. 54; C-86/09, Future Health Technologies, van 10 juni 2010, nr. 29).

39. Vooreerst dient te worden opgemerkt dat noch artikel 44, § 2, 1°, noch artikel 44, § 2, 2°, van het btw-wetboek vereisen dat de afnemer van de handeling een zorgbehoevende persoon is. De vrijstelling is bijgevolg eveneens van toepassing indien de afnemer een andere zorginstelling is.

De voorwaarden waaraan een tussen zorginstellingen verrichte handeling dient te voldoen om de vrijstelling van voormelde artikelen te kunnen genieten, werden bepaald aan de hand van bovenvermelde Europese rechtspraak.

1e voorwaarde: de handeling wordt verricht door een in artikel 44, § 2, 1° of 44, § 2, 2°, van het btw-wetboek beoogde zorginstelling voor een andere door voornoemde bepalingen beoogde zorginstelling;

2e voorwaarde: de handeling moet rechtstreeks betrekking hebben op een prestatie die tot doel heeft het stellen van een diagnose, behandeling, genezing, opvang, begeleiding of verzorging van een zorgbehoevende persoon. De handeling moet bijgevolg noodzakelijk zijn om voornoemd doel te bereiken.

Het is niet voldoende dat de handelingen door de ontvangende instelling gebruikt worden in het kader van haar zorgfunctie; de handeling moet noodzakelijk zijn voor het bereiken van dit doel en rechtstreeks gericht zijn op het stellen van een diagnose, behandeling, genezing, opvang, begeleiding of verzorging van een zorgbehoevende persoon. **Het zal bijgevolg hoofdzakelijk gaan om diensten verricht met tussenkomst van zorgpersoneel of het ter beschikking stellen van gespecialiseerde, medische uitrusting of infrastructuur.**

Anderzijds is het zo dat handelingen die op zich niet aangemerkt kunnen worden als een zorgprestatie toch de vrijstelling kunnen genieten wanneer zij onderdeel zijn van een **complexe handeling** die wel betrekking heeft op het stellen van een diagnose, behandeling, genezing, opvang, begeleiding of verzorging van een zorgbehoevende persoon en dus zorgfinaliteit heeft;

3e voorwaarde: het vrijstellen van de prestatie mag niet leiden tot concurrentieverstoring ten overstaan van een niet-vrijgestelde belastingplichtige.

Deze 3e voorwaarde is gesteund op artikel 134 van de richtlijn 2006/112/EG.

Of er sprake is van **concurrentieverstoring** is een feitenkwestie. Wanneer een niet-vrijgestelde marktdeelnemer dezelfde handeling verricht, is er in principe concurrentieverstoring en kan de handeling niet worden vrijgesteld.

55. Samenvattend kan omtrent de btw vrijstelling, overeenkomstig artikel 44, §2, 1° en 2° btw-wetboek aldus worden gesteld dat deze aanvankelijk zeer ruim geïnterpreteerde vrijstelling oorspronkelijk werd gekoppeld aan de zorginstelling in plaats van aan de zorgactiviteit en dat ingevolge de evolutie in de rechtspraak van het Europees Hof van Justitie, de vrijstelling op heden gekoppeld is aan de zorgactiviteit in plaats van aan de zorginstelling.

Dit maakt dat zorginstellingen vandaag veelal gemengde btw-plichtigen zijn. Hun zorgactiviteiten vallen immers onder de btw-vrijstelling, terwijl dit voor hun randactiviteiten (bijvoorbeeld het voorzien van een parking of een horecazaak die voor iedereen toegankelijk is) niet het geval is.

56. Hierin zou binnen afzienbare tijd mogelijks opnieuw (gedeeltelijk) verandering in kunnen komen, gelet op de prejudiciële vraag dewelke momenteel hangende is bij het Europese Hof inzake het dossier Les Jardins de Jouvence SCRL / Belgische staat C-335/14.

Inzonderheid wordt er aan het Hof de vraag gesteld of een serviceflat, in de zin van het decreet van het Waalse Gewest van 5 juni 1997 betreffende de rustoorden, de serviceflats en de dagcentra voor bejaarden van minsten 65 jaar oud, die tegen betaling particuliere woonruimten ter beschikking stelt die zijn ontworpen voor gebruik door een of twee personen en die zijn ingericht met een gebruiksklare keuken, een zitkamer, een slaapkamer en een volledig uitgeruste badkamer, waardoor de bewoners in staat worden gesteld om volledig zelfstandig te leven, en die tevens tegen betaling verschillende facultatieve diensten levert die niet enkel de bewoners van de serviceflats worden aangeboden (zoals een bar-restaurant, een kapperszaak en een schoonheidsinstituut, een fysiotherapiezaal, ergotherapeutische activiteiten, een wasserij, een bureau voor medisch consult en bloedafnames, een dokterspraktijk, worden aangemerkt als een instelling van sociale aard die diensten verstrekt “welke nauw samenhangen met maatschappelijk werk en met de sociale zekerheid” in de zin van artikel 13 A, lid 1, sub g, van de Zesde Richtlijn 77/388/EEG van de Raad van 17 mei 1977 betreffende de harmonisatie van de wetgeving der lidstaten inzake omzetbelasting – Gemeenschappelijk stelsel van belasting over de toegevoegde waarde.

In een tweede luik van deze prejudiciële vraag wordt er dan gevraagd of de eerste vraag anders dient te worden beantwoord indien de betrokken serviceflat voor de verstrekking van deze diensten steun of enig ander voordeel of financiële toelagen van de overheid ontvangt.

Een positief antwoord op deze vraag van het Europees Hof zou ongetwijfeld een invloed hebben op de toepassing van de btw op de hierboven vermelde randactiviteiten van de zorginstellingen.

3. Btw-eenheid tussen OCMW en Zorggroep

57. Zoals hiervoor uiteengezet, vormt het verlenen van ondersteunende niet-zorg diensten door het OCMW aan de Zorggroep een mogelijk meerkost inzake btw. Dit is niet het geval voor de zuivere zorgdiensten.

Deze problematiek kan evenwel bijvoorbeeld worden opgelost door het vormen van een btw-eenheid tussen het OCMW en de Zorggroep. Een dergelijke btw-eenheid heeft immers tot gevolg dat beide rechtspersonen binnen een juridische fictie als één belastingplichtige worden aangemerkt inzake btw. Dit heeft onder meer tot gevolg dat de handelingen tussen leden van de btw-eenheid als “interne handelingen” worden aangemerkt, welke buiten de btw-sfeer vallen en dus geen btw-lek veroorzaken.

Teneinde een btw-eenheid te kunnen vormen, moet worden aangetoond dat beide leden van de btw-eenheid gekenmerkt zijn door een financiële, economische en organisatorische verbondenheid.

4. Responsabiliseringsbijdrage

58. Sinds 2012 zijn de lokale besturen onderworpen aan een nieuwe federale wetgeving betreffende de verhoging van de pensioenbijdragen en responsabiliseringsvergoeding voor statutaire personeelsleden.

In zonderheid betreft het de Wet van 24 oktober 2011 tot vrijwaring van een duurzame financiering van de pensioenen van de vastbenoemde personeelsleden van de provinciale en plaatselijke overheidsdiensten en van de lokale politiezones, tot wijziging van de wet van 6 mei 2002 tot oprichting van het fonds voor de pensioenen van de geïntegreerde politie en houdende bijzondere bepalingen inzake sociale zekerheid en houdende diverse wijzigingsbepalingen¹¹.

De noodzaak voor deze wettelijke hervorming werd onder meer ingegeven door de toenemende pensioenlast ingevolge de vergijzing en een daling van het aantal statutaire medewerkers .

Vanaf 2012 wordt de patronale bijdrage opgesplitst in een basisbijdrage en een responsabiliseringsbijdrage.

Deze responsabiliseringsbijdrage wordt afhankelijk gesteld van de verhouding tussen de individuele statutaire pensioenlast enerzijds en de statutaire loonmassa van het lokale bestuur anderzijds.

Een lokaal bestuur wordt met andere woorden geresponsabiliseerd als de betaalde basisbijdrage onvoldoende is om zijn individuele pensioenlast te dekken. In dat geval zal het bestuur een extra patronale bijdrage moeten betalen. De toeslag bekomt men door een responsabiliseringscoëfficiënt toe te passen op het verschil tussen de uitgaven inzake pensioenen en de persoonlijke en werkgeversbijdragen inzake pensioenen bij het betrokken bestuur.

Concreet betekent dit dat indien een bestuur geen statutair personeel meer tewerkstelt, dit bestuur geresponsabiliseerd zal worden voor de volledige last van de statutaire rust- en overlevingspensioenen dat door het pensioenfonds van DIBISS wordt gedragen. Het bestuur zal m.a.w. de volledige statutaire pensioenlast moeten dragen.

59. Teneinde voor het OCMW Turnhout geen wanverhouding te laten ontstaan zou een mogelijkheid erin kunnen bestaan om de overdracht van statutair personeel (naar de

¹¹ B.S. 3 november 2011

Zorggroep) te begeleiden met een pensioenlast conventie; waarbij een deel van de lopende en/of toekomstige pensioenlast eveneens wordt overgedragen naar de zorggroep.

In de mate dat middels zulke pensioenlastconventie de overdracht van statutair personeel (pensioenbijdragen) gepaard gaat met een (overeenstemmende) overdracht van pensioenlasten, kan desgevallend de bestaande verhouding bij het OCMW tussen enerzijds pensioenbijdragen en anderzijds pensioenlasten behouden blijven.

VI. ERKENNINGEN

60. Net zoals hierboven reeds de mogelijkheid werd onderzocht tot overdracht van het bestaande personeelsbestand en de subsidies, dient dit tevens te geschieden met betrekking tot de erkenning van de bestaande woongelegenheden, assistentiewoningen en lokaal dienstencentrum, alsook de voorafgaande vergunning van de bijkomende woongelegenheden.

Inzonderheid betreft het onder meer de volgende verkregen erkenningen:

1. Voor het woonzorgcentrum De Wending werd bij besluit van de administrateur-generaal van het Intern Verzelfstandigd Agentschap Zorg en Gezondheid van 26 november 2012 een erkenning bekomen voor:
 - i. 188 woongelegenheden onder nummer CE696 waarvan 134 woongelegenheden met een bijzondere erkenning als rust- en verzorgingstehuis onder nummer VZB 183;
 - ii. 4 woongelegenheden voor kortverblijf onder nummer KCE069;
2. Voor de groep van assistentiewoningen werd bij besluit van de administrateur-generaal van 7 maart 2015 de erkenning bekomen voor 132 woongelegenheden onder nummer CE 1417 en dit voor onbepaalde duur:
3. Voor het lokaal dienstencentrum Albert Van Dyck werd een erkenning bekomen onder nummer CE 1496.

Verder beschikt het OCMW Turnhout nog over een voorafgaande vergunning voor het oprichten van 11 bijkomende woongelegenheden. Deze voorafgaande vergunning werd bekomen bij besluit van de administrateur-generaal van 13 april 2012 en is geldig tot 17 december 2020.

Aangezien deze erkenningen zijn verbonden met de betrokken zorgvoorzieningen; het woonzorgcentrum, de groep assistentiewoningen en het lokale dienstencentrum, en het de bedoeling is dat deze zorgvoorzieningen integraal worden overgedragen naar de op te richten Zorggroep Orion, zullen de erkenningen en vergunningen aldus eveneens moeten worden overgedragen.

Dit wordt als dusdanig expliciet vermeld in het ontwerp van statuten dat wij reeds konden redigeren:

“Het OCMW Turnhout zal alle roerende goederen, zowel materiële als immateriële, met inbegrip van de daaraan verbonden rechten, zoals onder meer erkenningen en subsidieregelingen, die per 31 december 2015 betrekking hebben op de uitbating van de infrastructuur die in de huidige werking en planning van het OCMW gerelateerd is aan seniorenzorg, in de Zorggroep Orion zoals omschreven in bijlage 1 inbrengen.

Per 31 december 2015 wordt een eindbalans van de exploitatie van de activiteiten die zullen overgeheveld worden naar de “Zorggroep” door OCMW Turnhout opgesteld.”

Wat betreft de mogelijkheid tot overdracht van de vergunningen zou kunnen worden verwezen naar het reeds aangehaalde artikel 219 OCMW-decreet waarin duidelijk wordt gestipuleerd dat *“In de gevallen waarin het openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn geheel of gedeeltelijk **een erkenning, vergunning** of subsidiëring kan verkrijgen, worden **de verenigingen**, vermeld in dit hoofdstuk, voor het verkrijgen van die erkenning, vergunning of subsidiëring **gelijkgesteld met een openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn**.”*

Een overdracht van de 11 vergunningen voor bijkomende woongelegenheden zou op basis van dit artikel dan ook tevens mogelijk moeten zijn. Best wordt hieromtrent overleg gevoerd met het Agentschap Zorg en Gezondheid.

61. Daarnaast dient er eveneens op te worden gewezen dat een Hoofdstuk I vereniging (Zorggroep Orion) rechtspersoonlijkheid heeft, en aldus zelf voor de door haar geëxploiteerde zorgvoorzieningen bijkomende voorafgaande vergunningen/erkenningen kan aanvragen¹².

¹² Voor zover mogelijk conform de huidige volatiele regelgeving bv. Besluit Vlaamse Regering 20 december 2013 en het moratorium op nieuwe voorafgaande vergunningen.

VII. CONCLUSIE

62. Op basis van voorgaande elementen en studies moet worden besloten dat een verzelfstandiging in de vorm van een publiekrechtelijke Hoofdstuk I-vereniging in de huidige stand van de regelgeving de voorkeur geniet.

De mogelijkheid tot oprichting van een vereniging Titel VIII, Hoofdstuk I komt tegemoet aan het streven van het OCMW Turnhout naar meer autonomie voor haar diensten en meer slagkracht.

Door verzelfstandiging of samenwerking met publieke en/of private partners wordt gewerkt aan een moderne en efficiënte bedrijfsvoering, wordt extra know-how in huis gehaald en wordt de schaal van activiteiten vergroot.

Een vlotter en efficiënter management is mogelijk nu het bestuur van de vereniging is losgekoppeld van de directe werking van het OCMW Turnhout.

Bovendien heeft de vereniging potentieel om de nieuwe gesprekspartner te worden voor een samenwerkingsverband met eventuele andere spelers in de zorgsector. Zo kan zij op haar beurt participeren in een andere publiekrechtelijke vereniging, in een vzw, of in een andere gemeentelijke samenwerkingsvorm, of participeert er een andere partner in de vereniging waardoor een samenwerkingsverband ontstaat.