

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 188.468 van 4 december 2008
in de zaak A. 171.756/VII-35.766.**

In zake : de Vlaamse Gemeenschap, vertegenwoordigd door de Vlaamse regering,
die woonplaats kiest bij
advocaat B. STAELENS,
kantoor houdende te BRUGGE,
Stockhouderskasteel,
Gerard Davidstraat 46, bus 1

tegen :

de Belgische Staat, vertegenwoordigd door de minister van Volksgezondheid en Sociale Zaken,
die woonplaats kiest bij
advocaat T. BALTHAZAR,
kantoor houdende te GENT,
Onderbergen 57.

DE RAAD VAN STATE, VIIe K A M E R,

Gezien het verzoekschrift dat de Vlaamse Gemeenschap op 4 april 2006 heeft ingediend om de vernietiging te vorderen van het koninklijk besluit van 12 januari 2006 tot vaststelling van de verpleegkundige activiteiten die de zorgkundigen mogen uitvoeren en de voorwaarden waaronder de zorgkundigen deze handelingen mogen stellen;

Gezien de regelmatig gewisselde memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgemaakt door adjunct-auditeur I. VOS;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan de partijen en gezien de regelmatig gewisselde laatste memories;

Gelet op de beschikking van 18 september 2008 waarbij de terechtzitting wordt bepaald op 30 oktober 2008;

Gehoord het verslag van staatsraad E. BREWAEYS;

Gehoord de opmerkingen van advocaat P.-J. STAELENS die, loco advocaat B. STAELENS verschijnt voor de verzoekende partij, en van advocaat K. DELOMBAERDE die, loco advocaat T. BALTHAZAR verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het advies van adjunct-auditeur I. VOS, daartoe gemachtigd bij beslissing van de auditeur-generaal van 4 januari 2008;

Gelet op titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;

OVERWEEGT WAT VOLGT:

1. De feiten

1.1. De wet van 10 augustus 2001 houdende maatregelen inzake gezondheidszorg regelt de uitoefening van en de toegang tot de functie van "zorgkundige" door de invoeging van de artikelen 21quinquiesdecies, 21sexiesdecies en 21septiesdecies in het koninklijk besluit nr. 78 van 10 november 1967 betreffende de uitoefening van de gezondheidszorgberoepen (hierna: koninklijk besluit nr. 78). Deze artikelen luiden als volgt:

- Artikel 21quinquiesdecies :

"Niemand mag het beroep van zorgkundige uitoefenen die niet geregistreerd is binnen de diensten van de regering, overeenkomstig de modaliteiten vastgesteld door de Koning".

- Artikel 21sexiesdecies :

"§ 1. Onder zorgkundige wordt verstaan de persoon die specifiek is opgeleid om de verpleegkundige onder zijn/haar toezicht bij te staan inzake zorgverstrekking, gezondheidsopvoeding en logistiek in het kader van de door de verpleegkundige gecoördineerde activiteiten binnen een gestructureerde equipe.
§ 2. De Koning bepaalt, na advies van de Nationale Raad voor Verpleegkunde en de Technische commissie voor Verpleegkunde, de activiteiten, vermeld in artikel 21quinquies § 1, a) en b) die de zorgkundige kan uitvoeren, en stelt de voorwaarden vast waaronder de zorgkundige deze handelingen kan stellen die verband houden met zijn functie, zoals vastgesteld in § 1".

- Artikel 21septiesdecies :

"§ 1. De certificaten, brevetten of diploma's van de in artikel 21quin(quies)decies bedoelde personen moeten vooraf worden gevisieerd door de bij artikel 36 bepaalde geneeskundige commissie, die bevoegd is overeenkomstig de plaats waar zij zich wensen te vestigen.

Voordat het visum wordt verleend, gaat de Erkenningscommissie van de Nationale Raad voor Verpleegkunde na of de betrokkene beantwoordt aan de modaliteiten voor de registratie als zorgkundige, bedoeld in artikel 21quinquiesdecies, overeenkomstig de modaliteiten vastgesteld door de Koning, na advies van de Nationale Raad voor Verpleegkunde.

Het visum wordt verleend tegen betaling van een bijdrage. De Koning bepaalt de bedragen en de betalingsmodaliteiten.

§ 2. Op verzoek van de betrokkene kan de geneeskundige commissie het document viseren waarmee de directie van de onderwijsinstelling of de bevoegde examencommissie getuigt dat de aanvrager geslaagd is voor het eindexamen dat recht geeft op het diploma of brevet.

De uitwerking van dit visum houdt op na het verstrijken van de maand die volgt op die van de homologatie van het diploma of brevet en uiterlijk bij het verstrijken van de twaalfde maand die volgt op die waarin het visum werd verleend".

Bij arrest nr. 78/2003 van 11 juni 2003 heeft het Grondwettelijk Hof een annulatieberoep dat was ingesteld tegen deze wettelijke bepalingen verworpen. Het beroep had betrekking op een beweerde schending van het gelijkheidsbeginsel en van de artikelen 16 en 22 van de Grondwet.

1.2. Op 12 januari 2006 worden twee koninklijke besluiten genomen in uitvoering van de voormelde wettelijke bepalingen inzake de functie van "zorgkundige".

1.3. Het koninklijk besluit van 12 januari 2006 tot vaststelling van de nadere regels om geregistreerd te worden als zorgkundige geeft uitvoering aan artikel 21quinquiesdecies van het koninklijk besluit nr. 78.

Dit is het bestreden besluit.

Het bepaalt de procedure die moet worden gevolgd voor de registratie als zorgkundige en bevat tevens een overgangsregeling voor personen die niet voldoen aan de specifieke opleidingsvereisten vermeld in artikel 2 van het bestreden besluit, maar die andere opleidingen hebben gevolgd en/of een zekere beroepservaring kunnen laten gelden.

2. De ontvankelijkheid

2.1. In haar memorie van antwoord werpt de verwerende partij op dat het annulatieberoep niet ontvankelijk is, aangezien de verzoekende partij eigenlijk de invoering van de nieuwe beroepsgroep van zorgkundigen wenst te verhinderen en het werkelijk voorwerp van het annulatieberoep bij de Raad van State een voor de Raad van State onaanvechtbare wet blijkt te zijn.

2.2. De verzoekende partij repliceert in haar memorie van wederantwoord dat zij in het verzoekschrift duidelijk heeft aangegeven dat het bestreden koninklijk besluit het voorwerp van dit geding uitmaakt en dat het feit dat zij voorstelt om desgevallend omtrent de rechtsgrond van dit besluit een prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof, geenszins tot de onbevoegdheid van de Raad van State kan leiden.

2.3. De verzoekende partij steunt haar belang bij de gevraagde nietigverklaring, in essentie, op de beweerde inbreuk op haar bevoegdheden inzake gezondheidsbeleid en bijstand aan personen, hetgeen door de verwerende partij wordt betwist. Dit raakt de grond van de zaak.

Een verzoekende partij die zich een bevoegdheid toemeet en die haar bevoegdheid aangetast weet door een besluit dat van de verwerende partij uitgaat, heeft er een afdoende belang bij om dit bevoegdheidsconflict in rechte geregeld te zien en over de door haar aangevoerde wettigheidsbezwaren uitspraak te horen doen.

Deze vaststelling volstaat om de exceptie af te wijzen.

3. Ten gronde

3.1.1. De verzoekende partij voert in een eerste middel de schending aan van de bevoegdheidsverdelende regels, inzonderheid van artikel 128, § 1, van de Grondwet en artikel 5, § 1, I en II, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, evenals van het beginsel van de federale loyauteit en van het evenredigheidsbeginsel.

De verzoekende partij erkent dat de bevoegdheid inzake het regelen van de uitoefening van de geneeskunst en van de paramedische beroepen niet als persoonsgebonden aangelegenheid aan de Gemeenschappen is overgedragen, maar meent dat de uitzonderingen op de aan de Gemeenschappen uitdrukkelijk toegekende bevoegdheden inzake gezondheidsbeleid en bijstand aan personen niet zo mogen worden geïnterpreteerd dat haar bevoegdheden volledig worden uitgehold. Zij stelt dat de Koning met het bestreden koninklijk besluit de federale bevoegdheden te buiten is getreden, minstens op onevenredige wijze van deze bevoegdheden gebruik heeft gemaakt, waardoor zij haar bevoegdheden niet op een

normale wijze kan uitoefenen en het evenredigheidsbeginsel en het principe van de federale loyaliteit zijn geschonden.

De verzoekende partij wijst er op dat in de bijlage bij het koninklijk besluit van 12 januari 2006 tot vaststelling van de verpleegkundige activiteiten die de zorgkundigen mogen uitvoeren en de voorwaarden waaronder de zorgkundigen deze handelingen mogen stellen (hierna : koninklijk besluit van 12 januari 2006), een erg ruime waaier van activiteiten wordt toegekend aan de zorgkundige, die deze activiteiten "onder toezicht van de verpleegkundige en binnen een gestructureerde equipe dient te verrichten".

Uit de omschrijving in de bijlage bij het koninklijk besluit van 12 januari 2006 blijkt volgens haar dat het activiteiten betreft die ook worden uitgevoerd door andere beroepsgroepen, die geen medische beroepsbeoefenaars zijn, zoals opvoeders en verzorgenden in de thuiszorg en in residentiële verzorgingsinstellingen, zodat het koninklijk besluit van 12 januari 2006 de uitoefening van de bevoegdheid inzake bijstand aan personen in elk geval volstrekt onmogelijk maakt. De verzoekende partij verwijst daarbij naar de regeling in het decreet van 14 juli 1998 houdende de erkenning en de subsidiëring van verenigingen en welzijnsvoorzieningen in de thuiszorg en het besluit van de Vlaamse regering van 18 december 1998 houdende de erkenning en de subsidiëring van verenigingen en welzijnsvoorzieningen in de thuiszorg, evenals naar het besluit van de Vlaamse regering van 17 juli 1985 tot vaststelling van de normen waaraan een serviceflatgebouw, een woningcomplex met dienstverlening of een rusthuis moet voldoen om voor erkenning in aanmerking te komen. Tevens verwijst zij naar de strafbaarstelling in artikel 38ter, 1/, van het koninklijk besluit nr. 78.

Daarnaast bevat de lijst van activiteiten in de bijlage bij het voormelde koninklijk besluit van 12 januari 2006 volgens de verzoekende partij ook tal van activiteiten die in het gezin door gezinsleden worden waargenomen.

Het bestreden besluit accentueert volgens de verzoekende partij de voormelde bevoegdheidsoverschrijding, aangezien het haar onmogelijk zou worden gemaakt te bepalen welke vereisten aan categorieën van het personeel mogen worden gesteld. Het bestreden besluit zou het voor de verzoekende partij tevens onmogelijk maken om zelf een procedure inzake registratie in te stellen en de nodige overgangsbepalingen te voorzien.

Uiterst subsidiair vraagt de verzoekende partij aan het Grondwettelijk Hof de prejudiciële vraag voor te leggen of de artikelen 5, § 1, 21quinquies-decies en 21sexiesdecies van het koninklijk besluit nr. 78 een schending inhouden van artikel 128, § 1, van de Grondwet en van artikel 5, § 1, I en II, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen.

3.1.2. De verwerende partij stelt in haar memorie van antwoord vooreerst dat de federale overheid inzake gezondheidsbeleid bevoegd blijft voor de regeling van de uitoefening van de geneeskunde en de paramedische beroepen en dat, aangezien zorgkundigen onder bepaalde voorwaarden verpleegkundige activiteiten mogen verrichten en verpleegkundige activiteiten uiteraard behoren tot de uitoefening van de geneeskunde en de paramedische beroepen, het bestreden besluit en het koninklijk besluit van 12 januari 2006 tot de bevoegdheidssfeer van de federale overheid behoren.

Zij betoogt dat het thans bestreden besluit en het koninklijk besluit van 12 januari 2006 dat wordt bestreden in de zaak 171.755/VII-35.765 uitsluitend zijn genomen in uitvoering van de artikelen 21quinquiesdecies tot en met 21septiesdecies van het koninklijk besluit nr. 78, die in werking zijn getreden op 1 september 2001. De verwerende partij besluit dat, aangezien de beroepstermijnen voor het bestrijden van deze wettelijke bepalingen verstreken zijn, de wettelijke basis voor de twee koninklijke besluiten niet in strijd is met de bevoegdheidsverdelende regels.

Volgens de verwerende partij faalt de beweerde schending van het evenredigheidsbeginsel en het principe van de federale loyaliteit in rechte en berust zij op een verkeerde interpretatie van de taak en de bevoegdheid van de zorgkundige. Volgens de verwerende partij kunnen de federaal omschreven beroepsgroep "zorgkundigen" en de door de Vlaamse Gemeenschap omschreven beroepsgroep "verzorgenden" perfect naast elkaar bestaan en functioneren. De bijzondere definiëring van een zorgkundige in het bestreden besluit zou overlapping en eventuele verwarring uitsluiten. Bovendien wijst de verwerende partij er op dat het koninklijk besluit nr. 78 en het bestreden besluit niet voorzien in een stelsel van exclusieve bevoegdheden voor zorgkundigen, en dus niet inhouden dat de betreffende activiteiten enkel door zorgkundigen mogen worden uitgevoerd.

De verwerende partij stelt voorts dat de invoering van een wettelijke registratieprocedure voor zorgkundigen niet impliceert dat het voor de

verzoekende partij niet meer mogelijk zou zijn om voor haar personeel in instellingen onder haar bevoegdheid in een gelijkaardige procedure of voorwaarden te voorzien.

Ten slotte doet ook de overgangsmaatregel voor zorgkundigen volgens de verwerende partij geen afbreuk aan de bevoegdheden van de verzoekende partij, aangezien zij de mogelijkheid blijft behouden om voor haar eigen personeel in gelijkaardige regels te voorzien.

3.1.3. In haar memorie van wederantwoord stelt de verzoekende partij dat de verwerende partij niet weerlegt dat de Gemeenschappen niet meer in regelgeving kunnen voorzien ten aanzien van de verzorgenden en de helpenden.

Inzake het standpunt van de verwerende partij dat het bestreden besluit niet voorziet in een stelsel van exclusieve bevoegdheden voor zorgkundigen, merkt de verzoekende partij op dat aldus al te makkelijk wordt voorbijgegaan aan de artikelen 21quater, § 1, en 21quinquies van het koninklijk besluit nr. 78, die bepalen dat niemand de verpleegkunde mag uitoefenen indien hij niet bepaalde erkenningen heeft bekomen. Zij vervolgt dat artikel 21quinquies van het koninklijk besluit nr. 78 bepaalt wat onder de uitoefening van de verpleegkunde moet worden verstaan en dat een aantal van deze activiteiten overeenkomstig het bestreden besluit dus ook door zorgkundigen kunnen worden verricht. De verzoekende partij betoogt verder dat wie verpleegkundige activiteiten verricht zonder verpleegkundige, zorgkundige of beoefenaar van een ander gezondheidsberoep te zijn of verpleegkundige activiteiten laat verrichten door anderen dan de beoefenaars van deze gezondheidsberoepen, krachtens artikel 38ter van het koninklijk besluit nr. 78 strafbaar is en dat, door de opsomming van de activiteiten die zorgkundigen kunnen stellen, deze activiteiten buiten het bereik van de andere beroepsgroepen vallen, aangezien zij strafbaar zijn als zij deze activiteiten nog verrichten.

Wat de schending van het evenredigheidsbeginsel betreft, meent de verzoekende partij dat activiteiten van het dagelijks leven, "waarvan de federale overheid (...) zelf heeft toegegeven dat het evident is dat ze ook door andere beroepsgroepen worden uitgeoefend", door het bestreden besluit aan de gezondheidszorgberoepen worden voorbehouden en dat het a fortiori onredelijk is dat het verrichten van die activiteiten door andere beroepsgroepen strafbaar wordt gesteld.

Ten slotte merkt zij op dat, als het bestreden besluit in overeenstemming wordt geacht met de artikelen 21quinquiesdecies tot 21sexiesdecies van het koninklijk besluit nr. 78, het evident is dat die bepalingen artikel 128, § 1, van de Grondwet en artikel 5, § 1, I en II, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen schenden. Dit zou volgens haar immers impliceren dat de verwerende partij zelf bij besluit kan bepalen wat tot haar bevoegdheid en wat tot de bevoegdheid van de Gemeenschap behoort.

3.1.4. Het bestreden koninklijk besluit is genomen in uitvoering van het hoger geciteerde artikel 21quinquiesdecies van het koninklijk besluit nr. 78. Dit artikel bepaalt dat niemand het beroep van zorgkundige mag uitoefenen indien hij niet is geregistreerd.

De activiteiten die door de zorgkundigen mogen worden verricht, worden opgesomd in het koninklijk besluit van 12 januari 2006, dat wordt bestreden in de zaak 171.755/VII-31.765, en worden alle gekwalificeerd als verpleegkundige activiteiten.

Wanneer anderen dan zorgkundigen deze activiteiten verrichten, zijn zij overeenkomstig artikel 38ter van het koninklijk besluit nr. 78 strafbaar. Artikel 38ter, 1/, van het koninklijk besluit nr. 78 wordt evenwel uitdrukkelijk niet van toepassing verklaard op de zorgkundigen. Een erkenning als verpleegkundige of een registratie als zorgkundige lijkt dan ook een noodzakelijke voorwaarde om deze strafbaarstelling te kunnen ontlopen. Zelfs indien de verzoekende partij bevoegd zou zijn om voor het personeel in instellingen onder haar bevoegdheid in een gelijkaardige procedure of voorwaarden te voorzien, lijkt de voormelde strafbaarstelling een belangrijke hinderpaal te vormen.

Het bestreden besluit heeft dan ook wel degelijk gevolgen ten aanzien van de uitoefening door de Gemeenschappen van hun bevoegdheden inzake gezondheidsbeleid en de bijstand aan personen doch geeft slechts uitvoering aan artikel 21quinquiesdecies van het koninklijk besluit nr. 78. Een eventuele schending van de bevoegdheidsverdelende regels vloeit dan ook niet voort uit het bestreden besluit, doch wel uit artikel 21quinquiesdecies van het koninklijk besluit nr. 78.

Er is bijgevolg aanleiding om dienaangaande aan het Grondwettelijk Hof een prejudiciële vraag te stellen.

In tegenstelling tot wat de verwerende partij stelt, vormt het feit dat de beroepstermijn voor het instellen van een beroep bij het Grondwettelijk Hof tegen artikel 21quinquiesdecies van het koninklijk besluit nr. 78 verstreken is, geen reden om te besluiten dat de wettelijke basis van het bestreden besluit niet in strijd zou kunnen zijn met de bevoegdheidsverdelende regels.

3.2.1. De verzoekende partij roept een tweede middel in, genomen uit de schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, het gelijkheids-, het redelijkheids- en het zorgvuldigheidsbeginsel.

De verzoekende partij stelt dat de federale regelgever een koninklijk besluit met een algemene strekking heeft uitgevaardigd, maar klaarblijkelijk slechts de situatie in de federaal gefinancierde verzorgingsinstellingen, namelijk rusthuizen en ziekenhuizen, voor ogen had om de aldaar bestaande situatie te regulariseren.

Aldus is er volgens de verzoekende partij een discriminatie ontstaan doordat de overgangsmaatregelen overeenkomstig artikel 3, § 1, 1/, van het bestreden besluit enkel gelden voor het verzorgingspersoneel in een verzorgingsinstelling en niet voor het personeel in alle andere diensten waar verzorgenden relevante taken uitoefenen.

3.2.2. In haar memorie van antwoord stelt de verwerende partij dat het bestreden besluit een zeer ruime interpretatie geeft aan het begrip verzorgingsinstellingen doordat in artikel 1, 3/, van het bestreden besluit wordt verwezen naar artikel 34, 6/, 11/ en 12/, van de wet betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen, gecoördineerd op 14 juli 1994, om aan verzorgingspersoneel een zo ruim mogelijke kans te bieden om bij wijze van overgangsmaatregel als zorgkundige te worden geregistreerd. De verwerende partij meent dat het gemaakte onderscheid tussen personen die al dan niet in aanmerking komen voor de gunst van de in het bestreden besluit opgenomen overgangsmaatregelen, ook objectief en redelijk verantwoord is.

3.2.3. De verzoekende partij merkt in haar memorie van wederantwoord op dat de verwerende partij uitsluitend heeft gehandeld vanuit haar kennis van de situatie die zij wenste te regulariseren, waardoor de situatie, volgens haar, volkomen onwerkbaar zou zijn geworden voor de verzorgenden in de thuiszorg.

Het tweede middel is volgens de verzoekende partij kennelijk gegrond, minstens wat artikel 3 van het bestreden besluit betreft.

3.2.4. In haar laatste memorie stelt de verzoekende partij als antwoord op het auditorsverslag, waarin het middel niet ontvankelijk wordt bevonden, dat in het arrest van de Raad van State nr. 178.728 van 18 januari 2008 het collectief belang van een deelstaat wordt onderkend. Zij stelt voor om een prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof met betrekking tot de artikelen 5, § 1, 21quinquiesdecies en 21sexiesdecies van het koninklijk besluit nr. 78.

3.2.5. De Belgische Staat, de Gemeenschappen en Gewesten hebben er belang bij een schending van de hun toegewezen bevoegdheden door een orgaan van een andere entiteit van het Rijk aan te vechten met een annulatieberoep, indien een middel wordt aangevoerd dat is gegrond op een schending van de betrokken bevoegdheidsregels.

Het middel heeft geen betrekking op een dergelijke schending.

De bestreden regeling is slechts van toepassing op een welbepaalde identificeerbare beroepsgroep, zodat te dezen geen sprake kan zijn van het "collectief belang van een deelstaat".

Het tweede middel is niet ontvankelijk,

**OM DIE REDENEN
BESLIST DE RAAD VAN STATE :**

Artikel 1.

Het tweede middel is niet ontvankelijk.

Artikel 2.

De debatten worden voor het overige heropend.

Artikel 3.

Aan het Grondwettelijk Hof wordt de volgende prejudiciële vraag gesteld :

"Schendt artikel 21quinquiesdecies van het koninklijk besluit nr. 78 van 10 november 1967 betreffende de uitoefening van de gezondheidszorgberoepen de regels die door of krachtens de Grondwet zijn vastgesteld voor het bepalen van de onderscheiden bevoegdheid van de Staat, de Gemeenschappen en de Gewesten en inzonderheid artikel 128, § 1, van de Grondwet en artikel 5, § 1, I en II, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, in de mate dat niemand het beroep van zorgkundige mag uitoefenen zonder registratie?".

Artikel 4.

Het door de auditeur-generaal aan te wijzen lid van het auditoraat wordt ermee gelast, na de ontvangst van het antwoord van het Grondwettelijk Hof op de voormelde prejudiciële vraag, een aanvullend verslag op te stellen inzake het onderzoek van het eerste middel.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op vier december tweeduizend en acht, door de VIIe kamer, die was samengesteld uit :

Mevr.	M.-R. BRACKE,	voorzitter van de Raad van State,
de HH.	A. VANDENDRIESSCHE,	staatsraad,
	E. BREWAEYS,	staatsraad,
	D. DECOCK,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

D. DECOCK.

M.-R. BRACKE.