KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 42.544/VR/3
VAN 2 OKTOBER 2007

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, op 20 maart 2007 door de Vlaamse minister van Welzijn, Volksgezondheid en Gezin verzocht haar van advies te dienen over een voorontwerp van decreet "betreffende de zorg- en bijstandsverleners en de opleidingscentra voor polyvalente verzorgenden", heeft, na de zaak te hebben onderzocht op de zittingen van 25 september 2007 (derde kamer) en 2 oktober 2007 (verenigde kamers), het volgende advies gegeven:

STREKKING VAN HET VOORONTWERP

1. Het om advies voorgelegde voorontwerp van decreet strekt ertoe een regeling in te voeren inzake de minimale kwalificatievereisten waarover personen moeten beschikken die beroepshalve zorg en bijstand verlenen, de voorwaarden waaronder de zorg en de bijstand mag worden verleend en de registratie van personen die beroepshalve activiteiten van zorg- en bijstandsverlening verrichten, enerzijds, en een regeling inzake de opleiding tot polyvalent verzorgende en de erkenning en de subsidiëring van opleidingscentra voor polyvalent verzorgenden, anderzijds.

Daartoe wordt gedefinieerd wat moet worden verstaan onder "gebruiker" en onder "zorg- en bijstandsverlening". Met het eerste begrip wordt bedoeld "een natuurlijke persoon die vanuit een bepaalde nood, al dan niet vrijwillig, een beroep doet op zorg- en bijstandsverlening". Met het tweede begrip wordt bedoeld de "hulp- of dienstverlening waarbij in de plaats van de gebruiker of personen uit zijn leefomgeving activiteiten van het dagelijkse leven worden verricht die ze zelf zouden uitvoeren als ze daartoe in staat zouden zijn, of waarbij de gebruiker of personen uit zijn leefomgeving worden ondersteund bij de uitvoering van die activiteiten", en die wordt verstrekt buiten de verzorgingsinstellingen bedoeld in artikel 34, eerste lid, 6/, 11/ en 12/, van de wet betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen, gecoördineerd op 14 juli 1994 (artikel 2).

Er wordt bepaald dat niemand beroepshalve in residentieel of semiresidentieel verband, ambulant of in het natuurlijke thuismilieu van de gebruiker, zorg en bijstand mag verlenen aan een gebruiker als hij niet beantwoordt aan de door de Vlaamse Regering bepaalde minimale kwalificatievereisten. De kwalificatievereisten worden bepaald per zorgdimensie [1] of per groep van activiteiten die van die zorgdimensies deel uitmaken; daarbij kan rekening worden gehouden met de categorieën van gebruikers die vallen onder de toepassing van artikel 5, § 1, II, 1/, 2/, 4/, 5/, 6/ of 7/, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen (artikel 3).

De Vlaamse Regering kan tevens per zorgdimensie of per activiteit of groep van activiteiten die van die zorgdimensies deel uitmaakt of deel uitmaken, voorwaarden

---

(1) Namelijk de lichamelijke zorg, de psychosociale ondersteuning en de pedagogische of de agogische ondersteuning (artikel 5).

.../...

bepalen waaronder zorg en bijstand mag worden verleend. In het ontwerp zelf wordt bepaald dat de geheimhoudingsplicht bedoeld in artikel 458 van het Strafwetboek geldt (artikel 4).

De Vlaamse Regering kan een registratieplicht invoeren voor personen die beroepshalve activiteiten van zorg- en bijstandsverlening verrichten en die niet verbonden zijn aan een voorziening die erkend is door of onder toezicht staat van de Vlaamse Gemeenschap. Zij bepaalt de nadere regels voor die registratie (artikel 6).

Het organiseren van het toezicht op de naleving van de bepalingen van het desbetreffende hoofdstuk van het ontwerp wordt gedelegeerd aan de Vlaamse Regering, en er wordt aan de personen die belast zijn met het toezicht erop toegang verleend tot het kantoor van de zorg- en bijstandverleners of van de personen waarover ernstige aanwijzingen bestaan dat zij beroepshalve meerdere activiteiten van zorg en bijstand verlenen, evenals een inzagerecht in alle stukken met betrekking tot de uitoefening van die activiteiten. Ook wordt de bewijskracht van de vaststellingen geregeld (artikel 7).

De niet-naleving van de kwalificatievereisten, van de voorwaarden inzake de uitoefening van de zorg en de bijstand en van de registratieplicht wordt bestraft met een administratieve geldboete van 500 tot 5 000 euro die door daartoe door de Vlaamse Regering aangewezen ambtenaren kan worden opgelegd. Beroep hiertegen staat open bij de politierechtbank. Bij niet-betaling kan een dwangbevel worden uitgevaardigd. De vordering tot "voldoening" van de administratieve geldboete verjaart na verloop van vijf jaar en de verjaring wordt gestuit op de wijze en onder de voorwaarden bepaald in de artikelen 2244 en volgende van het Burgerlijk Wetboek (artikel 8).

De regeling is niet van toepassing op personen die beroepshalve zorg en bijstand verlenen aan slechts één gebruiker of aan meerdere gebruikers die op hetzelfde adres wonen en behoren tot hetzelfde gezin. De Vlaamse Regering kan andere personen die beroepshalve activiteiten van zorg- en bijstandsverlening verrichten, uitsluiten van of onderwerpen aan het toepassingsgebied van de regeling (artikel 9).

De Vlaamse Regering wordt gemachtigd overgangsmaatregelen te bepalen voor personen die op de datum van inwerkingtreding van artikel 3 van het ontwerp

beroepshalve activiteiten van zorg- en bijstandsverlening uitoefenen zonder dat ze aan de gestelde kwalificatievereisten voldoen (artikel 10).

Inzake de opleiding tot polyvalent verzorgende [2] wordt de Vlaamse Regering gemachtigd om de inhoud en de duur van de opleiding te regelen, evenals om regels te bepalen betreffende het uitreiken van een bekwaamheidsattest. De Vlaamse Regering erkent en subsidieert opleidingscentra voor polyvalent verzorgenden. Ze bepaalt de erkenningsvoorwaarden, die minstens betrekking hebben op de rechtsvorm, de werking, het personeel en de infrastructuur van de centra, evenals de procedure voor het verlenen en het intrekken van de erkenning. Ze omschrijft het subsidiebedrag, de subsidievoorwaarden en de procedure voor het verlenen, het stopzetten en het terugvorderen van de subsidie. Tot slot regelt de Vlaamse Regering het toezicht op de naleving van de erkennings- en subsidievoorwaarden en op het gebruik van de subsidie (artikel 11).

De Vlaamse Regering stelt voor elke bepaling van het ontwerp de datum van inwerkingtreding vast, met uitzondering van artikel 11, dat uitwerking heeft met ingang van 1 januari 2000 (artikel 12).

BEVOEGDHEID VAN DE VLAAMSE GEMEENSCHAP

2. In de memorie van toelichting bij het ontwerp wordt de bevoegdheidsrechtelijke grondslag ervan gezocht in artikel 5, § 1, II, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen [3], dat betrekking heeft op de "bijstand aan personen".

---

(2) Een polyvalent verzorgende is een personeelslid dat hulp- en dienstverlening verstrekt op het vlak van persoonsverzorging, huishoudelijke hulpverlening, psychosociale ondersteuning of algemene pedagogische of agogische ondersteuning in het natuurlijke thuismilieu van de gebruiker of binnen een residentiële voorziening.

(3) Het om advies voorgelegde ontwerp bevat tal van - soms verregaande - delegaties aan de Vlaamse Regering. Binnen het raam van het onderzoek naar de bevoegdheid van de Vlaamse Gemeenschap waartoe de verenigde kamers van de afdeling wetgeving zich beperken, kan geen uitspraak worden gedaan over de toelaatbaarheid van deze delegaties, en uiteraard kan bij dit bevoegdheidsonderzoek niet worden vooruitgelopen op de manier waarop de Vlaamse Regering aan deze delegatiebepalingen uitvoering zal geven.

Het ontwerp slaat evenwel mede op bepaalde handelingen van lichamelijke zorg die deels kunnen worden beschouwd als verpleegkundige handelingen in de zin van artikel 21*quinquies* van het koninklijk besluit nr. 78 van 10 november 1967 betreffende de uitoefening van de gezondheidszorgberoepen. Het ontwerp dient derhalve ook te worden onderzocht in het licht van artikel 5, § 1, I, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980, op grond waarvan de gemeenschappen bevoegd zijn voor een aantal aspecten van het gezondheidsbeleid.

3. Het is evenwel zo dat het ontwerp voor het grootste deel betrekking heeft op handelingen die kunnen worden beschouwd als handelingen die deel uitmaken van de bijstand aan personen. Zulks is het geval voor de psychosociale, de pedagogische en de agogische ondersteuning en voor dat deel van de handelingen inzake lichamelijke zorg die niet tot de verpleegkundige handelingen behoren. Al wordt in artikel 3, tweede lid, gewag gemaakt van artikel 5, § 1, II, 1/, 2/, 4/, 5/, 6/ en 7/, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980, toch heeft het ontwerp een ruimere draagwijdte en overstijgt het de categorieën waaraan in die bepalingen uitdrukkelijk wordt gerefereerd.

Dit laatste vormt evenwel geen beletsel voor de gemeenschapsbevoegdheid terzake. Zoals het Grondwettelijk Hof in zijn arrest nr. 33/2001 heeft geoordeeld, hebben de grondwetgever en de bijzondere wetgever de gehele aangelegenheid betreffende de bijstand aan personen als persoonsgebonden aangelegenheid aan de gemeenschappen willen toevertrouwen en heeft het daarbij weinig belang dat de categorie van begunstigden van de maatregelen niet uitdrukkelijk in de opsomming van artikel 5, § 1, II, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 is vermeld. Men moet er immers van uitgaan dat de grondwetgever en de bijzondere wetgever, voor zover zij er niet anders over hebben beschikt, aan de gemeenschappen en de gewesten de volledige bevoegdheid hebben toegekend tot het uitvaardigen van de regels die eigen zijn aan de hun toegewezen aangelegenheden. De bijstand waarin de gemeenschappen kunnen voorzien is derhalve niet beperkt tot de diverse categorieën van personen die worden vermeld in artikel 5, § 1, II [4].

---

(4) Grondwettelijk Hof, nr. 33/2001, 13 maart 2001, B.3.3 en B.3.4. Zie ook Grondwettelijk Hof, nr. 51/2006, 19 april 2006, B.9.4 en B.9.5. In het arrest nr. 110/99 van 14 oktober 1999 van het Grondwettelijk Hof gaat het Hof daarentegen uit van een zeer ruime interpretatie van 2/ van de genoemde bepaling, wat uiteindelijk tot hetzelfde resultaat leidt.

Bij de uitoefening van die bevoegdheden mogen de gemeenschappen echter geen voorbehouden of residuaire bevoegdheden van de federale overheid betreden [5]. Het gegeven dat de ontworpen regeling ten goede komt van personen die ook reeds onder een federale regeling vallen, is op zich echter geen reden om tot de onbevoegdheid van de gemeenschappen te besluiten. Zoals het Grondwettelijk Hof in zijn arrest nr. 33/2001 heeft geoordeeld, kan "uit de uitzonderingen waarin de bijzondere wet voorziet, (...) niet worden afgeleid dat de gemeenschappen die personen geen andere steunmaatregelen zouden kunnen laten genieten, op andere gronden, voor zover die gemeenschappen niet datgene willen regelen wat de wetgever uitdrukkelijk van hun bevoegdheidssfeer heeft uitgesloten. Uit de tekst zelf van voormeld artikel 5, § 1, II, blijkt daarentegen dat de bijzondere wetgever de gemeenschappen heeft willen verbieden dezelfde materies te behandelen, en ze niet heeft willen verbieden belangstelling te hebben voor dezelfde personen als diegenen over wie de federale wetgever zich bekommert" [6].

Arrest nr. 33/2001 had betrekking op financiële steunmaatregelen, maar er is geen reden om de leer van dit arrest niet door te trekken naar andere aspecten van regelingen inzake de bijstand aan personen. De bevoegdheid van de gemeenschappen inzake die aangelegenheid is immers niet beperkt tot het nemen van financiële steunmaatregelen, maar betreft het gehele beleid terzake.

In de mate dat de ontworpen regeling betrekking heeft op handelingen die gerekend kunnen worden tot de bijstand aan personen, kan derhalve worden besloten tot de principiële bevoegdheid van de Vlaamse Gemeenschap. Dat geldt ook in de mate dat erkende verpleegkundigen en geregistreerde zorgkundigen wat dit aspect betreft eronder vallen, aangezien de zo-even genoemde handelingen per hypothese niet tot de residuaire bevoegdheid inzake de uitoefening van de geneeskunde kunnen worden gerekend. Evenwel dient nog te worden onderzocht of de ontworpen regeling geen vestigingsvoorwaarden inhoudt en derhalve het federale bevoegdheidsdomein niet betreedt (zie nr. 7).

4. Naast op aspecten die als bijstand aan personen moeten worden gekwalificeerd, heeft de ontworpen regeling ook betrekking op aspecten die behoren tot

---

(5) Grondwettelijk Hof, nr. 33/2001, 13 maart 2001, B.3.6; Grondwettelijk Hof, nr. 110/99, 14 oktober 1999, B.7.5.1.

(6) Grondwettelijk Hof, nr. 33/2001, 13 maart 2001, B.3.7 en B.3.9.3.

het gezondheidsbeleid. Dit is het geval in de mate dat het ontwerp doelt op handelingen inzake lichamelijke zorg die tot de verpleegkundige handelingen moeten worden gerekend.

Wat dat betreft dient te worden onderzocht of een bevoegdheidsrechtelijke grondslag voor het ontwerp kan worden gevonden in artikel 5, § 1, I, 1/, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 waarin, onder voorbehoud van de erin vermelde uitzonderingen, het beleid betreffende de zorgenverstrekking in en buiten de verplegingsinrichtingen aan de gemeenschappen wordt toevertrouwd. Op grond van die bevoegdheid kunnen de gemeenschappen regelingen uitvaardigen die betrekking hebben op de kwaliteit van de zorgenverstrekking binnen of buiten de zorgvoorzieningen, op voorwaarde dat ze niet de aangelegenheden betreden die aan de federale overheid zijn voorbehouden op grond van artikel 5, § 1, I, 1/, a) tot g), van die wet of dat zij niet raken aan de residuaire federale bevoegdheden zoals de bevoegdheid tot het regelen van de uitoefening van de geneeskunde in de ruime zin van het woord [7]. Te dezen dient te worden nagegaan of met de ontworpen regeling dit laatste bevoegdheidsdomein niet wordt betreden [8].

Op grond van zijn bevoegdheid tot het regelen van de uitoefening van de geneeskunde kan de federale overheid het uitoefenen van activiteiten van medische of paramedische aard onderwerpen aan bepaalde vereisten, en het uitoefenen van die activiteiten met name afhankelijk stellen van een erkenning [9]. Die bevoegdheid sluit evenwel niet uit dat de gemeenschappen, in een aangelegenheid die tot hun bevoegdheid behoort, bepaalde juridische of administratieve gevolgen kunnen voorbehouden aan

---

(7) Zie Grondwettelijk Hof, nr. 83/98, 15 juli 1998, B.5.3.

(8) De aan de federale overheid bij artikel 5, § 1, I, 1/, a) tot g), van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 voorbehouden bevoegdheden zijn te dezen niet relevant gelet op de uitsluiting van de verzorgingsinstellingen bedoeld in artikel 34, eerste lid, 6/, 11/ en 12/, van de wet betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen, gecoördineerd op 14 juli 1994. Er blijkt ook geen verband te bestaan tussen de ontworpen regeling en de organieke wetgeving op grond waarvan de betrokken voorbehouden bevoegdheden hier relevant zouden kunnen zijn.

(9) Grondwettelijk Hof, nr. 81/96, 18 december 1996, B.4.2.

medische handelingen gesteld door beroepsbeoefenaars die voldoen aan de bijzondere vereisten die door de betrokken gemeenschap in de bedoelde materie zijn opgelegd [10].

Het gegeven dat de federale overheid beschikt over de residuaire bevoegdheid inzake de uitoefening van de medische en de paramedische beroepen, impliceert geenszins dat de gemeenschappen in het geheel geen verplichtingen kunnen opleggen aan de zorgenverstrekkers. Bij het voeren van een beleid ter verbetering van de zorgenverstrekking is zulks wel degelijk mogelijk. Alleen moeten de gemeenschappen ervoor zorgen niet de uitoefening zelf van de gezondheidszorgberoepen te regelen [11]. Maatregelen die geen verplichting of verbod inhouden om bepaalde medische of verpleegkundige handelingen te stellen, en die voor het overige ook geen afbreuk doen aan de diagnostische en therapeutische vrijheid van de arts en aan de beoordelingsvrijheid van de verpleegkundige, zoals die aangelegenheid thans in de federale wetgeving is geregeld, kunnen passen in de bevoegdheidssfeer van de decreetgever [12].

De ontworpen regeling gaat echter verder, aangezien ze verbiedt beroepshalve zorg en bijstand te verlenen (waaronder de hiervoor genoemde aspecten die tot de verpleegkundige handelingen moeten worden gerekend) wanneer men niet beantwoordt aan de minimale kwalificatievereisten die krachtens artikel 3 van het ontwerp door de Vlaamse Regering zullen worden vastgesteld. Hetzelfde geldt mochten de voorwaarden die krachtens artikel 4, eerste lid, van het ontwerp kunnen worden opgelegd, betrekking hebben op de zo-even genoemde aangelegenheden.

---

(10) Advies 35.773/3 van 18 september 2003 over een voorontwerp dat geleid heeft tot het decreet van 3 maart 2004 betreffende de eerstelijnsgezondheidszorg en de samenwerking tussen de zorgaanbieders (*Parl. St.*, Vl. Parl., 2003-2004, nr. 1882/1). In dat advies wordt ook verwezen naar de bijzondere vereisten die door de Vlaamse Gemeenschap zijn gesteld aan artsen, met het oog op hun medewerking aan de toepassing van de decretale regeling inzake de medisch verantwoorde sportbeoefening (zie wat dit laatste betreft ook Grondwettelijk Hof, nr. 69/92, 12 november 1992, 5.B.6).

(11) Advies 35.773/3 van 18 september 2003, *l.c.*

(12) Advies 33.060/3 van 8 januari 2003 over een voorstel van decreet houdende de invoering van een informatiedokter in de ziekenhuizen, *Parl. St*, Vl. Parl., 2000-2001, nr. 786/2.

In de mate dat met de ontworpen regeling impliciet wordt toegestaan dat andere zorgverleners dan erkende verpleegkundigen en geregistreerde zorgkundigen verpleegkundige handelingen stellen en aan erkende verpleegkundigen en geregistreerde zorgkundigen hun normale beroepsuitoefening wordt ontzegd in residentieel of semiresidentieel verband, ambulant of in het natuurlijke thuismilieu van de gebruiker wanneer ze niet voldoen aan de bij het ontwerp gestelde vereisten, betreedt de Vlaamse Gemeenschap de residuaire federale bevoegdheid inzake de uitoefening van de geneeskunde. Anders zou het slechts zijn wanneer de ontworpen regeling voor de verpleegkundigen en zorgkundigen zou worden beperkt tot voorwaarden die niet raken aan de essentie van de beroepsuitoefening en die specifiek zijn toegespitst op die aspecten van het gezondheidsbeleid waarvoor de gemeenschappen bevoegd zijn, wat evenwel niet het geval is.

5. In zoverre, zoals in de memorie van toelichting wordt aangevoerd, wordt beoogd een rechtvaardigingsgrond in te stellen voor medewerkers van welzijnsvoorzieningen die erkend worden door of onder toezicht staan van de Vlaamse Gemeenschap, en die geen verpleegkundigen of zorgkundigen zijn, maar toch handelingen stellen die vallen onder het begrip "verpleegkundige activiteit" zoals omschreven in het koninklijk besluit nr. 78 van 10 november 1967, rijst er een bijkomend bevoegdheidsbezwaar.

Daargelaten de vaststelling dat in het ontwerp geen eigenlijke rechtvaardigingsgrond kan worden ontwaard [13], moet erop worden gewezen dat bevoegdheidsrechtelijk het instellen van een rechtvaardigingsgrond enkel toekomt aan de overheid die de strafbaarstelling zelf regelt, te dezen de federale overheid. De regeling inzake de uitoefening van de geneeskunde, waarvoor de federale overheid residuair bevoegd is, gaat in belangrijke mate uit van de strafbaarstelling van het gewoonlijk verrichten van bepaalde (onder meer verpleegkundige) handelingen door personen die niet over de vereiste erkenning beschikken. Het komt aan de federale wetgever toe om

---

(13) Er wordt nergens een machtiging verleend om verpleegkundige handelingen beroepsmatig en gewoonlijk te stellen, maar enkel voorgeschreven dat bepaalde handelingen niet mogen worden gesteld indien men niet voldoet aan bepaalde kwalificatievereisten of voorwaarden, zodat het bezwaarlijk kan gaan om een "feit door de wet voorgeschreven en door de overheid bevolen" in de zin van artikel 70 van het Strafwetboek.

eventueel te voorzien in uitzonderingen op die strafbaarstelling, in het raam van zijn residuaire bevoegdheid inzake de uitoefening van de geneeskunde, en niet aan de gemeenschappen. Artikel 11, eerste lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 kan daartoe voor de gemeenschappen geen bevoegdheidsgrond bieden, nu de daarin aan de gemeenschappen en de gewesten toegekende strafrechtelijke bevoegdheid uitdrukkelijk wordt gekoppeld aan de grenzen van hun bevoegdheden.

6. Uit wat voorafgaat volgt dat de ontworpen regeling principieel kan worden ingepast in de gemeenschapsbevoegdheid inzake de bijstand aan personen, maar niet of slechts zeer gedeeltelijk in de gemeenschapsbevoegdheid inzake het gezondheidsbeleid. Al laat die laatste bevoegdheid toe dat de gemeenschappen regels stellen betreffende de kwaliteit van de zorgenverstrekking, toch kan die bevoegdheid niet zover gaan dat op grond ervan de essentie van de uitoefening van de verpleegkunde wordt geregeld, zoals in het ontwerp het geval is.

Dat er een partieel aanknopingspunt is met de gemeenschapsbevoegdheden, met name op het vlak van de bijstand aan personen, betekent evenwel nog niet dat de decreetgever bevoegd is om de ontworpen regeling uit te vaardigen in de mate dat ze op dat bevoegdheidsgebied betrekking heeft. Er dient immers nog te worden onderzocht of niet het terrein van de vestigingsvoorwaarden wordt betreden, die behoudens wat het toerisme betreft, krachtens artikel 6, § 1, VI, vijfde lid, 6/, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot de bevoegdheid van de federale overheid behoren.

7. Alhoewel de federale bevoegdheid inzake vestigingsvoorwaarden is ingeschreven als een uitzondering op de bevoegdheden van de gewesten inzake het economisch beleid, geldt zij ten aanzien van alle bevoegdheden van de gemeenschappen en de gewesten [14], zelfs wanneer het aangelegenheden betreft die geheel buiten een economische sfeer worden uitgeoefend [15].

---

(14) Grondwettelijk Hof, nr. 36, 10 juni 1987, 4.B.2. Grondwettelijk Hof, nr. 2/97, 16 januari 1997, B.7. Zie ook Grondwettelijk Hof, nr. 74/97, 17 december 1997.

(15) Advies 38.732/1/V van 2 augustus 2005 over een voorontwerp dat onder andere heeft geleid tot de kaderwet van 24 september 2006 betreffende het voeren van de beroepstitel van een dienstverlenend intellectueel beroep en het voeren van de beroepstitel van een ambachtelijk beroep, *Parl. St.*, Kamer, DOC 51 2172/001; zie ook Grondwettelijk Hof, nr. 74/97, 17 december 1997, B.3.1 tot B.3.3.

Uit arrest nr. 36 van het Grondwettelijk Hof [16] kan worden afgeleid dat de aangelegenheden die onder het begrip "vestigingsvoorwaarden" ressorteren, niet beperkt zijn tot de aangelegenheden die worden geregeld bij de wet van 15 december 1970 op de uitoefening van beroepswerkzaamheden in de kleine en middelgrote handels- en ambachtsondernemingen (thans hoofdstuk I van titel II van de programmawet van 10 februari 1998 tot bevordering van het zelfstandig ondernemerschap) en bij de wet van 1 maart 1976 tot reglementering van de bescherming van de beroepstitel en van de uitoefening van de dienstverlenende intellectuele beroepen (thans de kaderwet betreffende de dienstverlenende intellectuele beroepen [17]), waarvan tijdens de parlementaire voorbereiding van de (bijzondere) wet van 8 augustus 1988 tot wijziging van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen gewag werd gemaakt [18]. In latere arresten wordt het begrip "vestigingsvoorwaarden" dan ook omschreven als onder meer betrekking hebbend op de bevoegdheid om regels te stellen inzake de toegang tot bepaalde beroepen of het oprichten van handelsvestigingen, om algemene regels of bekwaamheidseisen te stellen in verband met de uitoefening van sommige beroepen en om beroepstitels te beschermen [19].

8. De aldus omschreven bevoegdheid van de federale overheid dient evenwel te worden afgelijnd ten aanzien van de bevoegdheden van de gemeenschappen en de

---

(16) Grondwettelijk Hof, nr. 36, 10 juni 1987.

(17) Zie de bijlage bij het koninklijk besluit van 3 augustus 2007 tot codificatie van de kaderwetten betreffende de dienstverlenende intellectuele beroepen.

(18) Verslag ANTOINE-UYTTENDAELE, *Parl. St.*, Kamer, B.Z. 1988, nr. 516/6, p. 135.

(19) Grondwettelijk Hof, nr. 55/92, 9 juli 1992, 5.B.12; Grondwettelijk Hof, nr. 69/92, 12 november 1992, 5.B.6; Grondwettelijk Hof, nr. 78/92, 17 december 1992, B.4.2; Grondwettelijk Hof, nr. 73/98, 17 juni 1998, B.8.2; Grondwettelijk Hof, nr. 120/98, 3 december 1998, B.1.3; Grondwettelijk Hof, nr. 67/99, 17 juni 1999, B.7. In sommige van deze arresten, waarvan de bewoordingen overigens variëren, wordt geen gewag gemaakt van de oprichting van handelsvestigingen, maar zulks heeft ongetwijfeld te maken met het gegeven dat de bevoegdheid hieromtrent in het geheel niet relevant was met betrekking tot de in die arresten aan bod komende problematiek.

.../...

gewesten met betrekking tot de hen toegewezen aangelegenheden [20]. Dienaangaande dient het volgende te worden opgemerkt.

8.1. Het Grondwettelijk Hof heeft geoordeeld dat een erkenningsregeling voor de vervoerders van dierlijk mest teneinde een effectieve controle op het vervoer van dierlijk mest toe te laten met het oog op het voorkomen van milieuverontreiniging door meststoffen, geen vestigingsvoorwaarden inhoudt, maar daarentegen een maatregel is die de gewesten vermogen te nemen in het raam van hun bevoegdheden inzake de bescherming van het leefmilieu [21].

Voorts werd, met betrekking tot het beroep van gespecialiseerd opvoeder-begeleider, geoordeeld dat de federale overheid in de uitoefening van haar bevoegdheid inzake vestigingsvoorwaarden niet de bevoegdheden mag aantasten die, *in casu* inzake de bijstand aan personen, aan de gemeenschappen zijn toegewezen; de federale bevoegdheid blijft beperkt tot hetgeen onontbeerlijk is om het beoogde beroep te reglementeren of onmisbaar is om de bescherming van de betrokken beroepstitel te organiseren [22]. In die optiek mist de federale overheid de bevoegdheid om het oogmerk aan te geven dat de persoon die de titel van gespecialiseerd opvoeder-begeleider wenst te voeren, moet nastreven [23].

Uit de genoemde rechtspraak lijkt voort te vloeien dat de gemeenschappen en de gewesten, teneinde een concrete beleidsdoelstelling na te streven die binnen de grenzen van hun materiële bevoegdheid te situeren valt, niet elke bevoegdheid missen om

---

(20) Wanneer een aangelegenheid aanleunt bij meerdere bevoegdheidstoewijzingen, dient ter aanwijzing van de bevoegde overheid te worden nagegaan waar het zwaartepunt van de geregelde rechtsverhouding ligt (Grondwettelijk Hof, nr. 76/2000, 21 juni 2000, B.4.1; Grondwettelijk Hof, nr. 184/2002, 11 december 2002, B.7; Grondwettelijk Hof, nr. 109/2006, 28 juni 2006, B.9.2).

(21) Grondwettelijk Hof, nr. 55/92, 9 juli 1992, 5.B.12.

(22) Grondwettelijk Hof, nr. 74/97, 17 december 1997, B.7.2 tot B.7.5. Zo heeft het Hof in dat arrest geoordeeld dat het afhankelijk stellen van de toegang tot, *in casu*, het beroep van gespecialiseerd opvoeder-begeleider van het bezit van een bepaald diploma, neerkomt op het regelen van een vestigingsvoorwaarde (zie in dezelfde zin Grondwettelijk Hof, nr. 78/92, 17 december 1992, B.4.2; Grondwettelijk Hof, nr. 120/98, 3 december 1998, B.1.3, waar naast van diploma's eveneens gewag wordt gemaakt van "academische graden").

(23) Zelfde arrest, B.7.5.

regels te stellen in verband met bepaalde beroepsactiviteiten; zij mogen evenwel alsdan niet de essentie van de betrokken beroepsuitoefening als dusdanig betreffen.

8.2. De federale bevoegdheid inzake vestigingsvoorwaarden heeft geen betrekking op de toegangsvoorwaarden tot openbare ambten of openbare functies nu het niet gaat om beroepen in de zin van artikel 6, § 1, VI, vijfde lid, 6/, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 [24]. Zulks geldt niet enkel voor ambten in de openbare diensten in de organieke betekenis van het woord, maar ook voor de personen die, ongeacht de aard van hun juridische relatie met het bestuur, een taak van openbaar belang [25] verrichten en die aldus een openbare dienst verlenen in de functionele betekenis van het woord [26].

8.3. Voorts is het niet uitgesloten dat de gemeenschappen en de gewesten het domein van de vestigingsvoorwaarden betreden door een beroep te doen op artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 [27]. Uiteraard moet alsdan zijn voldaan aan de voorwaarden tot toepassing van dat artikel [28].

8.4. Tot slot dient erop te worden gewezen dat de gemeenschappen en de gewesten in het raam van erkennings- en subsidiëringsregelingen voorwaarden kunnen stellen waaraan de personen die werkzaam zijn in de betrokken diensten of voorzieningen moeten voldoen. Evenwel dient in dat geval duidelijk te blijken dat het enkel in dat kader

---

(24) Grondwettelijk Hof, nr. 2/97, 16 januari 1997, B.9.1; Grondwettelijk Hof, nr. 81/97, 17 december 1997, B.12.2; Grondwettelijk Hof, nr. 67/99, 17 juni 1999, B.7.

(25) In arrest nr. 67/99 wordt gewag gemaakt van een taak van "algemeen" belang.

(26) Zie de arresten vermeld in voetnoot 24, en eveneens Grondwettelijk Hof, nr. 69/92, 12 november 1992, 5.B.6.

(27) Adviezen 41.121/VR/3 en 41.122/VR/3 van 19 september 2006 en 3 oktober 2006 over ontwerpen die respectievelijk geleid hebben tot het besluit van de Vlaamse Regering van 8 december 2006 inzake de certificering van koeltechnische bedrijven en het besluit van de Vlaamse Regering van 8 december 2006 betreffende het onderhoud en het nazicht van stooktoestellen voor de verwarming van gebouwen of voor de aanmaak van warm verbruikswater.

(28) Zo zou bijvoorbeeld moeten worden aangetoond dat het noodzakelijk is om, naast de eventuele vestigingsvoorwaarden die reeds door de federale overheid werden vastgesteld, bijkomende bekwaamheidseisen vast te stellen die onmisbaar zijn voor een effectieve uitoefening van de bevoegdheid van de betrokken gemeenschap.

is dat de voorwaarden gelden, en bijgevolg niet voor de uitoefening van de beroepen als dusdanig [29].

9. Toegepast op het om advies voorgelegde ontwerp, dient uit wat voorafgaat het volgende te worden afgeleid. Door het beroepshalve uitoefenen van bepaalde activiteiten van zorg en bijstand, van het voldoen aan minimale kwalificatievereisten afhankelijk te maken en de niet-naleving ervan te bestraffen met een administratieve geldboete, bepaalt het ontwerp op een algemene wijze regels of bekwaamheidseisen in verband met de uitoefening van de betrokken beroepen die de essentie van de beroepsuitoefening zelf raken. Het regelt derhalve vestigingsvoorwaarden in de zin van artikel 6, § 1, VI, vijfde lid, 6/, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 en betreedt daardoor de federale bevoegdheid. Hetzelfde zou kunnen gelden met betrekking tot de in artikel 4, eerste lid, van het ontwerp bedoelde voorwaarden, afhankelijk van de invulling ervan door de Vlaamse Regering.

Daartegen kan niet worden ingeroepen dat het ontwerp betrekking heeft op taken van openbaar belang die kunnen worden beschouwd als deel uitmakende van een functionele openbare dienst, nu de betrokken activiteiten in het geheel geen uitoefening van het overheidsgezag inhouden [30] en derhalve de ontworpen regeling bezwaarlijk kan worden beschouwd als een regeling betreffende openbare ambten of functies. Evenmin lijkt een beroep te kunnen worden gedaan op artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980: gelet op het gegeven dat de in te voeren kwalificatievereisten op een algemene wijze de gehele beroepsuitoefening van een groot aantal zorg- en bijstandsverleners betreffen, kan bezwaarlijk worden aangenomen dat de weerslag op de betrokken federale bevoegdheid slechts marginaal is, wat nochtans is vereist voor de

---

(29) Advies 28.517/4 van 3 februari 1999 over een voorontwerp dat heeft geleid tot het decreet van de Franse Gemeenschapscommissie van 27 mei 1999 "relatif à l'agrément et à l'octroi de subventions aux services d'aide à domicile" (*Parl. St.*, Fr. Gem. Comm., 1998-1999, nr. 78/1), en advies 43.328/2/V van 18 juli 2007 over een voorontwerp van decreet van het Waalse Gewest "relatif aux services d'aide aux familles et aux personnes âgées".

(30) Alhoewel dit criterium niet uitdrukkelijk voorkomt in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof, lijkt het toch voort te vloeien uit arrest nr. 74/97 waar het Hof de bescherming van de beroepstitel van gespecialiseerd opvoeder-begeleider in beginsel als behorend tot de vestigingsvoorwaarden heeft aanzien.

toepassing van het genoemde artikel [31]. Tot slot betreft de ontworpen regeling geen kwalificatievereisten waaraan het personeel van door de Vlaamse Gemeenschap erkende of gesubsidieerde voorzieningen moet voldoen.

10. Conclusie is derhalve dat het ontwerp zoals het thans is opgevat, behoudens hoofdstuk III ervan [32], geen doorgang kan vinden, nu de federale bevoegdheden inzake vestigingsvoorwaarden, de uitoefening van de geneeskunde en het strafrecht worden betreden.

Indien het ontwerp zou worden omgewerkt tot een regeling waarbij minimale kwalificatievereisten of andere voorwaarden worden opgelegd aan personen die beroepshalve zorg en bijstand verlenen als een onderdeel van de voorwaarden voor de erkenning of de subsidiëring van voorzieningen in het domein van de bijstand aan personen [33] en tot een regeling waarbij personen die niet verbonden zijn aan dergelijke voorzieningen zich op vrijwillige basis kunnen laten erkennen door de Vlaamse Gemeenschap, ten teken dat zij bepaalde minimale kwalificatievereisten of andere voorwaarden naleven bij hun beroepsuitoefening [34], is er geen bevoegdheidsrechtelijk bezwaar vanuit het oogpunt van de vestigingsvoorwaarden. Ook in dat geval is evenwel, in zoverre het gaat om het gezondheidsbeleid, vereist dat dergelijke erkennings- of subsidiëringsvoorwaarden specifiek kunnen worden ingepast in de bevoegdheden van de gemeenschappen terzake en dat ze derhalve onder meer niet raken aan de essentie van de beroepsuitoefening van de door de federale overheid erkende of geregistreerde

---

(31) Zie bijvoorbeeld Grondwettelijk Hof, nr. 87/2006, 24 mei 2006, B.7.

(32) Dat hoofdstuk, waarbij wordt beoogd een rechtsgrond te creëren voor het regelen van de opleiding tot polyvalent verzorgende en van de erkenning en de subsidiëring van opleidingscentra voor polyvalent verzorgenden, kan los van de hoofdstukken I en II bestaan. Nu ertegen geen bevoegdheidsbezwaren bestaan, kan dat hoofdstuk doorgang vinden.

(33) Hetgeen nu reeds het geval is in verscheidene regelingen van de Vlaamse Gemeenschap met betrekking tot welzijnsvoorzieningen, maar dan per soort voorziening.

(34) In dat geval dient de ontworpen regeling uiteraard om advies te worden voorgelegd aan de Raad van State, afdeling wetgeving.

verpleegkundigen of zorgkundigen of dat de kring van personen die gerechtigd zijn verpleegkundige handelingen te stellen, niet wordt uitgebreid.

In het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad zou dergelijke regeling, gelet op artikel 128, § 2, van de Grondwet, enkel kunnen gelden ten aanzien van instellingen die wegens hun organisatie moeten worden beschouwd als uitsluitend te behoren tot de ene of de andere gemeenschap, wat inhoudt dat zorgverleners niet rechtstreeks kunnen worden onderworpen aan het toepassingsgebied van de regeling, maar enkel in de mate dat ze zich eerst vrijwillig hebben onderworpen aan een instelling, die wegens haar organisatie behoort tot de Vlaamse Gemeenschap, of dat zij werkzaam zijn in een bepaald verband, dat zelf op een zodanige wijze georganiseerd is dat blijk gegeven wordt van een band met de Vlaamse Gemeenschap [35].

Omdat een regeling zoals hier geschetst fundamenteel verschilt van de regeling vervat in het ontwerp, en het allerminst zeker is of de stellers van het ontwerp zich in deze optiek kunnen inschrijven, wordt afgezien van een verder onderzoek van de artikelen 2 tot 10 [36] van het ontwerp [37].

---

(35) Advies 34.339/AV van 29 april 2003 over een voorontwerp dat heeft geleid tot het decreet van 21 november 2003 betreffende het preventieve gezondheidsbeleid, *Parl. St.*, Vl. Parl., 2002-2003, nr. 1709/001.

(36) Met betrekking tot artikel 6 van het ontwerp verklaarde de gemachtigde dat de registratieplicht bedoeld is om het toezicht op de naleving van de overige bepalingen van het decreet mogelijk te maken en ermee geen andere rechtsgevolgen worden beoogd.

(37) Onverminderd wat is opgemerkt in voetnoot 3, hebben de verenigde kamers het voorontwerp van decreet bijvoorbeeld ook niet onderzocht in het licht van het Europees Gemeenschapsrecht, onder meer de beginselen met betrekking tot het vrij verrichten van diensten. Zo werd onder meer niet onderzocht in welke mate een algemene verplichting om te voldoen aan minimale kwalificatievereisten of een eventuele gelijkstellingsregeling voor onderdanen van andere lidstaten in overeenstemming zou zijn met de verplichtingen die bij de artikelen 49 en 50 van het EG-Verdrag of het afgeleide gemeenschapsrecht worden opgelegd, en nader werden gepreciseerd door het Hof van Justitie (zie o.a. de arresten Säger, zaak C-76/90, 25 juli 1991, Kohll, C-158/96, 28 april 1998, Mac Quen, C-108/96, 1 februari 2001).

BIJZONDERE OPMERKING

Artikel 12

11. Ter verantwoording van de retroactiviteit die bij artikel 12 aan artikel 11 van het ontwerp [38] wordt verleend, verklaarde de gemachtigde:

"De retroactieve inwerkingtreding heeft enkel betrekking op artikel 11.

Thans geldt het BVR van 28 januari 2000 tot regeling van de erkenning en de subsidiëring van opleidingscentra voor polyvalente verzorgenden. Met toepassing van dat besluit zijn dergelijke opleidingscentra erkend en gesubsidieerd. Bij een ontwerp van BVR tot wijziging van dat besluit heeft de Raad van State, afdeling wetgeving, in zijn advies 39.814/3 opgemerkt dat niet voor alle bepalingen van het BVR van 28 januari 2000 een voldoende decretale grondslag voorhanden is. Artikel 11 wil die decretale grondslag verschaffen. Daarom is geopteerd voor een retroactieve inwerkingtreding van dat artikel tot op de datum waarop dat BVR in werking is getreden.

Artikel 11 laat de tekst van het BVR van 28 januari 2000 ongemoeid. Het houdt geen decretale bekrachtiging van die tekst in. Aangezien dat BVR gewoon verder van toepassing blijft, valt niet in te [zien] hoe artikel 11 afbreuk zou kunnen doen aan verworven rechten. Evenmin moeten erkende centra zich (retroactief) aanpassen.

Er zijn ons geen hangende rechtszaken bekend met betrekking tot het BVR van 28 januari 2000 of met betrekking tot de toepassing ervan."

Gelet op die verklaring rijst er geen bezwaar tegen de terugwerkende kracht.

---

(38) Wanneer men ervoor zou opteren enkel het huidige artikel 11 doorgang te laten vinden, dient het huidige artikel 12 uiteraard te worden herschreven.

De verenigde kamers waren samengesteld uit

de Heren	Ph. HANSE,	kamervoorzitter,
	P. LIÉNARDY J. SMETS, J. JAUMOTTE, B. SEUTIN, W. VAN VAERENBERGH,	staatsraden,
	H. COUSY, J. VELAERS, H. BOSLY,	assessoren van de
Mevrouwen	A. WEYENBERGH,	afdeling wetgeving,
	C. GIGOT, A.-M. GOOSSENS,	griffiers.

De verslagen werden uitgebracht door Mevr. R. THIELEMANS en de H. X. DELGRANGE, eerste auditeurs, en de H. J. VAN NIEUWENHOVE, auditeur.

DE GRIFFIER, DE VOORZITTER,

A.-M. GOOSSENS Ph. HANSE

De derde kamer was samengesteld uit

de Heren	J. SMETS,	staatsraad, voorzitter,
	B. SEUTIN, W. VAN VAERENBERGH,	staatsraden,
	H. COUSY, J. VELAERS,	assessoren van de afdeling wetgeving,
Mevrouw	A.-M. GOOSSENS,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door Mevr. R. THIELEMANS, eerste auditeur, en de H. J. VAN NIEUWENHOVE, auditeur.

DE GRIFFIER, DE VOORZITTER,

A.-M. GOOSSENS J. SMETS