KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 44.362/3
VAN 22 APRIL 2008

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, derde kamer, op 1 april 2008 door de Minister van Vorming en Werkgelegenheid, Sociale Aangelegenheden en Toerisme van de Duitstalige Gemeenschap verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een voorontwerp van decreet "betreffende de thuishulpdiensten en houdende oprichting van een consultatiebureau voor thuis-, transmurale en stationaire hulp", heeft het volgende advies gegeven:

1. Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, heeft de afdeling wetgeving zich toegespitst op het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond [1], alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

Daarnaast bevat dit advies ook een aantal opmerkingen over andere punten. Daaruit mag echter niet worden afgeleid dat de afdeling wetgeving binnen de haar toegemeten termijn een exhaustief onderzoek van het ontwerp heeft kunnen verrichten.

*

* *

STREKKING EN RECHTSGROND VAN HET VOORONTWERP

2. Het om advies voorgelegde voorontwerp van decreet bepaalt in hoofdzaak de voorwaarden waaronder de Regering van de Duitstalige Gemeenschap (hierna: de Regering) "thuishulpdiensten" en het "consultatiebureau voor thuis-, transmurale en stationaire hulp" (hierna: het consultatiebureau) kan erkennen en subsidiëren.

3. In hoofdstuk I, afdeling 1, van het ontwerp wordt de doelstelling en het toepassingsgebied van de ontworpen regeling bepaald (artikel 1 van het ontwerp) en worden een aantal in het ontwerp voorkomende begrippen gedefinieerd (artikel 2). In afdeling 2 van dat hoofdstuk wordt als beginsel gesteld dat alle thuishulpdiensten en het consultatiebureau slechts prestaties mogen leveren nadat ze zijn erkend door de Regering (artikel 3) en worden de basisbeginselen vastgelegd met betrekking tot de voorwaarden en de procedure voor de voorlopige erkenning (artikel 4) en de definitieve erkenning ervan (artikel 5). De Regering wordt gemachtigd om binnen bepaalde grenzen de voorwaarden en de procedure voor de erkenning vast te leggen (artikel 5, § 4).

---

(1) Aangezien het om een voorontwerp van decreet gaat wordt daaronder de overeenstemming met de hogere rechtsnormen verstaan.

In hoofdstuk II worden de opdrachten van de thuishulpdiensten omschreven (artikel 7) en worden de subsidiëringsvoorwaarden bepaald, alsook een aantal verplichtingen inzake het personeel bepaald (artikel 8).

In hoofdstuk III wordt bepaald dat in de Duitstalige Gemeenschap slechts één consultatiebureau wordt erkend (artikel 9). De opdrachten ervan worden bepaald (artikelen 10 en 11), evenals de subsidiëringsvoorwaarden en een aantal verplichtingen inzake het personeel en de samenstelling van de raad van bestuur ervan (artikelen 12 en 13).

Hoofdstuk IV voorziet in de mogelijkheid om pilootprojecten te subsidiëren, dit zijn innovatieve aanbiedingen op het gebied van de thuishulp (artikel 14).

Hoofdstuk V bevat bepalingen betreffende de financiële bijdrage van de gebruikers voor de prestaties van de erkende thuishulpdiensten (artikel 15).

In hoofdstuk VI wordt de Regering gemachtigd om te bepalen welke instantie klachten met betrekking tot de thuishulpdiensten en het consultatiebureau behandelt, alsook om de klachtenprocedure vast te leggen (artikel 16).

Hoofdstuk VII bevat bepalingen betreffende het toezicht op de naleving van het ontworpen decreet en de uitvoeringsbepalingen ervan (artikelen 17 en 18), voorziet in administratieve sancties (artikel 19) en bevat strafbepalingen (artikel 20).

Hoofdstuk VIII, ten slotte, bevat overgangs-, opheffings- en inwerkingtredingsbepalingen. De ontworpen regeling dient uiterlijk op 1 januari 2009 in werking te treden (artikelen 21 tot 24).

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 1

4. Artikel 1, § 1, van het ontwerp, dat het voorwerp van de ontworpen regeling omschrijft, zij het op een onvolledige wijze [2], heeft geen normatieve draagwijdte, is bijgevolg overbodig en dient uit het ontwerp te worden weggelaten.

5. Volgens artikel 1, § 2, van het ontwerp is het ontworpen decreet van toepassing op thuishulpdiensten omschreven in hoofdstuk II "die hun activiteit in meerdere gemeenten uitvoeren". De voorwaarde dat de thuishulpdiensten in meer dan één gemeente een activiteit moeten ontplooien, lijkt veeleer te moeten worden aangemerkt als een erkenningsvoorwaarde voor de thuishulpdiensten in plaats van als een element inzake de afbakening van het toepassingsgebied van de ontworpen regeling [3]. Deze voorwaarde kan derhalve beter worden ingevoegd in hoofdstuk II van het ontwerp. Aangezien hetgeen in paragraaf 2 voor het overige nog is bepaald, overbodig is, kan paragraaf 2 dan in zijn geheel worden weggelaten.

6. Artikel 1, § 3, van het ontwerp, dat gelet op de twee vorige opmerkingen het enige lid van artikel 1 wordt, waardoor de indeling in paragrafen uiteraard dient weg te vallen, dient aan te vangen als volgt: "Dit decreet is niet van toepassing op ...".

---

(2) Het voorliggende voorontwerp van decreet regelt immers ook nog andere aangelegenheden.

(3) In dat geval zou die bepaling er immers niet aan in de weg staan dat thuishulpdiensten waarvan de werking is beperkt tot één gemeente niet moeten worden erkend, aangezien zij niet onder het toepassingsgebied van de ontworpen regeling zouden vallen.

Artikel 4

7. In artikel 4, §§ 2 en 3, van het ontwerp wordt de Regering gemachtigd om "in bijzonder gerechtvaardigde gevallen" afwijkingen toe te staan, hetzij van de voorwaarden voor de voorlopige erkenning, hetzij van de geldigheidsduur van de voorlopige erkenning. Deze bevoegdheid van de Regering is aan geen enkele voorwaarde gebonden. De decreetgever dient na te gaan of een nadere omschrijving van de mogelijkheid tot afwijking geen aanbeveling verdient.

Deze opmerking geldt eveneens voor artikel 5, § 2, van het ontwerp.

Artikel 5

8. Artikel 5, § 1, tweede lid, van het ontwerp dient voor de duidelijkheid als volgt te worden geredigeerd:

"Personen die reeds over een erkenning beschikken, dienen een aanvraag om verlenging ervan in bij de afdeling vóór het verstrijken van de erkenning".

9. Artikel 5, § 5, van het ontwerp bepaalt dat de erkenning telkens voor ten hoogste zes jaar kan worden verlengd en dat de verlenging ook van "verplichtingen" afhankelijk kan worden gemaakt die binnen een gestelde termijn moeten worden vervuld. Het is niet duidelijk wat onder die "verplichtingen" moet worden verstaan. Het lijkt echter aannemelijk dat die verplichtingen slechts verband kunnen houden met de naleving van de erkenningsvoorwaarden. Het verdient in elk geval aanbeveling, ter wille van de rechtszekerheid, in het ontwerp nader te bepalen waaruit die verplichtingen precies kunnen bestaan.

Artikel 8

10. Het is niet duidelijk of de verplichtingen met betrekking tot het personeel, die uit artikel 8, §§ 5, 6, 7 en 8, van het ontwerp kunnen worden afgeleid, ook als subsidiëringsvoorwaarden dienen te worden beschouwd. Strikt genomen wordt van subsidiëringsvoorwaarden immers enkel uitdrukkelijk gewag gemaakt in de paragrafen 1 tot 4 van artikel 8. Zo dat wel degelijk het geval is, verdient het aanbeveling om die voorwaarden ook uitdrukkelijk als subsidiëringsvoorwaarden aan te merken. Zo dat niet het geval is, verdient het aanbeveling om aan de bepalingen opgenomen in de paragrafen 5 tot 8 van artikel 8 een afzonderlijk artikel te wijden, zodat duidelijk wordt aangegeven dat de erin opgenomen verplichtingen niet gelden als subsidiëringsvoorwaarden.

Deze opmerking geldt eveneens voor artikel 12 van het ontwerp, in de mate dat de paragrafen 3 tot 7 ervan eveneens bepalingen met betrekking tot het personeel bevatten.

Artikel 10

11. Artikel 10, § 2, van het ontwerp, waarin wordt bepaald dat de voorlichting en de adviesverstrekking gratis zijn voor de gebruiker, heeft als zodanig geen betrekking op de algemene opdrachten van het consultatiebureau en is bovendien overbodig, gelet op hetgeen wordt bepaald in artikel 15, tweede lid, van het ontwerp. Artikel 10, § 2, kan bijgevolg uit het ontwerp worden weggelaten.

Artikel 15

12. Het kan aanbeveling verdienen om in het ontwerp de criteria te bepalen die de Regering in aanmerking zal moeten nemen bij het bepalen van het bedrag dat de gebruiker voor de prestaties van de erkende thuishulpdiensten moet betalen.

Artikel 16

13. Het is niet duidelijk welke de precieze draagwijdte is van de bevoegdheid van de Regering om een natuurlijke of rechtspersoon te belasten met de ontvangst en de behandeling van de klachten met betrekking tot de in het ontwerp bedoelde thuishulpdiensten en het consultatiebureau. Zo is het bijvoorbeeld niet duidelijk of de Regering ook zelf een dergelijke klachtendienst kan oprichten. Het komt de Raad van State, afdeling wetgeving, voor dat de in het ontwerp opgenomen regeling betreffende de oprichting van een klachtendienst onvoldoende is uitgewerkt en moet worden aangevuld, onder meer met bepalingen betreffende de voorwaarden waaraan bedoelde klachtendienst moet voldoen, en moet worden verduidelijkt, onder meer met het oog op het wegnemen van voornoemde onduidelijkheid.

Artikel 17

14. Luidens artikel 17, § 1, tweede lid, 1/, van het ontwerp kunnen de met het toezicht belaste personen "in de lokalen van de dienst zich alle door dit decreet en de bepalingen ter uitvoering ervan voorgeschreven boeken en bescheiden laten overmaken en afschriften of uittreksels ervan vervaardigen". Uit die bepaling kan worden afgeleid dat de met het toezicht belaste ambtenaren de lokalen van de dienst kunnen betreden. De vraag rijst dan ook of die bepaling niet op gespannen voet staat met het recht op eerbiediging van de woning.

Dit recht wordt niet enkel gewaarborgd bij artikel 15 van de Grondwet, maar ook bij artikel 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en bij artikel 17 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten. Uit de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens blijkt dat het begrip "woning" in deze context ruim moet worden

opgevat, en dat het mede slaat op beroeps- en bedrijfslokalen [4], zelfs wanneer het gaat om rechtspersonen [5].

De vraag rijst dan ook of het ontwerp niet dient te voorzien in bijzondere waarborgen met betrekking tot het betreden van plaatsen die, zelfs al zijn zij geen "woning" in de zin van artikel 15 van de Grondwet, toch de waarborgen bedoeld in de voornoemde verdragsbepalingen genieten.

Artikel 18

15. Artikel 18, derde lid, van het ontwerp bepaalt dat de Regering, in het geval dat de thuishulpdienst [6] het hem ten laste gelegde verzuim niet opheft, voor de door haar vastgelegde duur de toekenning van de subsidie geheel of gedeeltelijk kan opschorten, rekening houdend met de ernst van het verzuim.

Er dient in dat verband op te worden gewezen dat, luidens artikel 50, § 2, derde lid, van de bijzondere wet van 16 januari 1989 betreffende de financiering van de Gemeenschappen en de Gewesten [7], de federale wet de algemene bepalingen vaststelt op het stuk van de controle inzake het verlenen en het gebruik van subsidies.

---

(4) Zie, o.m., EHRM, 16 december 1992, Niemietz t. Duitsland, *Publ. Cour* reeks A, vol. 251-B; EHRM, 25 februari 1993, Funke, Crémieux en Miailhe t. Frankrijk, *Publ. Cour*, reeks A, vol. 256-A, -B en -C; EHRM, 9 december 2004, Van Rossem t. België, nr. 41872/98. Zie ook D. YERNAULT, "Les pouvoirs d'investigation de l'administration face à la délinquance économique: les locaux professionnels et l'article 8 de la Convention européenne", *Rev. Trim. Dr. H.*, 1994, 117-135.

(5) EHRM, 16 april 2002, Société Colas Est et autres t. Frankrijk, nr. 37971/97, *Recueil*, 2002-III; EHRM, 16 oktober 2007, Wieser and Bicos Beteiligungen GmbH t. Oostenrijk, nr. 74336/01.

(6) Het is niet duidelijk of artikel 18 van het ontwerp ook betrekking heeft op het consultatiebureau. Zo dat het geval is, dient daarvan ook uitdrukkelijk melding te worden gemaakt.

(7) Artikel 50, § 2, is voor de Duitstalige Gemeenschap van toepassing op grond van artikel 60*bis* van de wet van 31 december 1983 tot hervorming der instellingen voor de Duitstalige Gemeenschap.

Krachtens artikel 71, § 1, van diezelfde bijzondere wet [8] zijn, "tot de inwerkingtreding van de wet bedoeld in artikel 50, § 2, (...) de vigerende bepalingen betreffende (...) de controle op het verlenen en het gebruik van subsidies (...) van overeenkomstige toepassing op de gemeenschappen en de gewesten" [9].

Uit die bepalingen van de bijzondere financieringswet en uit de parlementaire voorbereiding ervan kan worden afgeleid dat het de gemeenschappen en de gewesten niet toekomt inzake de controle op het verlenen en het gebruik van subsidies "algemene bepalingen" vast te stellen, zelfs niet door de bestaande algemene bepalingen te hernemen, maar dat ze alleen bevoegd zijn om "buiten dit wettelijk kader (...) in deze materies specifieke regels te bepalen" [10], die evenwel geen afbreuk mogen doen aan de bestaande algemene regels, thans vervat in de artikelen 55 tot 58 van de wetten op de Rijkscomptabiliteit, gecoördineerd op 17 juli 1991.

De bevoegdheid om ter zake "specifieke regels" vast te stellen moet - volgens de verklaringen van de Minister van Financiën in de bevoegde Kamercommissie - in die zin worden begrepen dat "de gemeenschappen en gewesten die [door de federale wetgever vastgestelde] regels [eigenlijk] alleen maar strenger [kunnen] maken [en er] niet [kunnen van] afwijken" [11].

Nu *in casu* slechts in een welbepaald geval in de opschorting van de toekenning van de subsidie wordt voorzien, dat slechts een bevestiging is van een

---

(8) Artikel 71, §1, is voor de Duitstalige Gemeenschap van toepassing op grond van artikel 86, § 1, van de voornoemde wet van 31 december 1983.

(9) De inwerkingtreding van de wet van 16 mei 2003 tot vaststelling van de algemene bepalingen die gelden voor de begrotingen, de controle op de subsidies en voor de boekhouding van de gemeenschappen en de gewesten, alsook voor de organisatie van de controle door het Rekenhof, is voor de Duitstalige Gemeenschap uitgesteld tot 1 januari 2010 (zie het koninklijk besluit van 7 juni 2007 houdende, voor wat de Duitstalige Gemeenschap betreft, uitstel van inwerkingtreding van de wet van 16 mei 2003 tot vaststelling van de algemene bepalingen die gelden voor de begrotingen, de controle op de subsidies en voor de boekhouding van de gemeenschappen en de gewesten, alsook voor de organisatie van de controle door het Rekenhof).

(10) Zie de memorie van toelichting bij het ontwerp dat de bijzondere wet van 16 januari 1989 is geworden (*Parl. St.*, Kamer, 1988-1989, nr. 635/1, p. 37).

(11) *Parl. St.*, Kamer, 1988-1989, nr. 635/18, p. 543.

bestaande federale regel, is de regeling minder streng dan deze vervat in de artikelen 55 tot 58 van de gecoördineerde wetten op de Rijkscomptabiliteit, en kan ze hoe dan ook geen doorgang vinden.

De conclusie uit hetgeen voorafgaat is dat artikel 18, derde lid, uit het ontwerp moet worden weggelaten.

Artikel 20

16. Krachtens artikel 20, 3/, wordt met een geldboete van 1000 tot 10.000 euro gestraft, hij die de uitvoering van de controles waarin dit decreet voorziet weigert of belemmert.

Te dien aanzien kan worden verwezen naar advies 33.832/1 [12], waarin het volgende wordt opgemerkt:

> "Krachtens artikel 14, 3, g), van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten kan niemand tegen wie een strafvervolging is ingesteld, worden gedwongen om tegen zichzelf te getuigen of een bekentenis af te leggen. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft geoordeeld dat dit recht ook vervat is in artikel 6, lid 1, van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden [13].

---

(12) Advies 33.832/1 van 24 april 2003 over een ontwerp dat geleid heeft tot het decreet van 30 april 2004 tot uniformisering van de toezichts-, sanctie- en strafbepalingen die zijn opgenomen in de regelgeving van de sociaalrechtelijke aangelegenheden, waarvoor de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest bevoegd zijn "Decreet houdende sociaalrechtelijk toezicht", *Parl. St.*, Vl. Parl., 2002-03, nr. 1812/1.

(13) *Voetnoot 53 uit het geciteerde advies:* E.H.R.M., 25 februari 1993, Funke, Crémieux en Miailhe, Publ. Cour, sér. A, vol. 256-A, -B en -C; E.H.R.M., 8 februari 1996, Murray, *Recueil des arrêts et décisions*, 1996-I, nr. 1, p. 30; E.H.R.M., 17 december 1996, Saunders, *Recueil des arrêts et décisions*, 1996-VI, nr. 24, p. 2044; E.H.R.M., 21 december 2000, Heaney en Mc. Guinness, *Recueil des arrêts et décisions*, 2000-XII, p. 419; E.H.R.M., 3 mei 2001, J.B., *Recueil des arrêts et décisions*, 2001-III, p. 455; E.H.R.M., 5 november 2002, Allan, NJW, 2002, 418.

Al is het zwijgrecht of het recht om zichzelf niet in beschuldiging te stellen een recht van een persoon ten aanzien waarvan een strafvervolging wordt ingesteld, toch wordt aangenomen dat het zwijgrecht kan doorwerken naar de periode die de eigenlijke strafvordering voorafgaat, zelfs naar de administratiefrechtelijke fase die in sociaal-economische aangelegenheden de fase van de strafvervolging dikwijls voorafgaat [14].

Gelet op die doorwerking kan niemand worden verplicht om onder bedreiging van strafvervolging ten aanzien van de toezichtsambtenaren verklaringen af te leggen waardoor hij zichzelf zou beschuldigen, noch om documenten te bezorgen die dat gevolg zouden hebben, althans wanneer het gaat om documenten waarvan de overheid niet zeker is dat ze (moeten) bestaan [15]. Het uit de aangehaalde verdragsbepalingen afgeleide zwijg - of non-incriminatierecht heeft derhalve geen betrekking op documenten die bestaan los van de wil van de betrokkene, wat onder meer het geval is indien een wettelijke verplichting bestaat om documenten op te maken en bij te houden [16]. Weliswaar is het arrest Funke vrij algemeen gesteld, maar in latere rechtspraak heeft het Europees Hof geoordeeld dat 'tel qu'il s'entend communément dans les systèmes juridiques des Parties contractantes à la Convention et ailleurs, (le droit de ne pas s'incriminer soi-même) ne s'étend pas à l'usage, dans une procédure pénale, de données que l'on peut obtenir de l'accusé en recourrant à des pouvoirs coercitifs mais qui existent indépendamment de la volonté du suspect' [17]."

---

(14) *Voetnoot 54 uit het geciteerde advies:* Raadpl., m.b.t. de toezichtsfase in de sociaal-economische wetgeving, o.m. Ph. BRAEKMANS, "Verhindering van toezicht in het sociaal handhavingsrecht: een misdrijf in staat van ontbinding (II)", *Or.*, 1999, (140), 144-145; A. DE NAUW, "De rechten van de mens, stuwende kracht van een nieuwe golf van penalisering in het sociaal en fiscaal strafrecht", T. Strafr., 2001, (216), 219-220 en 224-226; A. DE NAUW en B. BRONDERS, l.c. 82-85; F. KEFER, *Le droit pénal du travail*, Brugge, 1997, 197-202; W. RAUWS, "Sociaalrechtelijke misdrijven en hun strafbaarstelling", l.c., (15), 57-61; Th. WERQUIN, "Droit pénal social : le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination, le droit au silence et l'obstacle à la surveillance", J.T.T., 2000, 81-90.

(15) *Voetnoot 55 uit het geciteerde advies:* Ph. BRAEKMANS, l.c., 143-144; A. DE NAUW, "De rechten van de mens ...", 225; D. TORFS, l.c. 454. Vgl. P. TRAEST, "Actualia strafprocesrecht", in CBR Jaarboek 1997-1998, Antwerpen, 1998, 394-395; Th. WERQUIN, l.c., 89.

(16) *Voetnoot 56 uit het geciteerde advies:* M.-A. BEERNAERT, "Le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination et ses implications en droit pénal social belge", *Or.*, 1997, (217), 222; Ph. BRAEKMANS, l.c., 147; A. DE NAUW, "De rechten van de mens ...", 225; J.-C. HEIRMAN, "L'employeur et l'inspection des lois sociales", *Or.*, 1998, (196), 203-204; Th. WERQUIN, l.c., 84-85. Zie ook Ch. VAN DEN WIJNGAERT, Strafrecht en Strafprocesrecht, Antwerpen, 1998, II, 664.

(17) *Voetnoot 57 uit het geciteerde advies:* E.H.R.M., 17 december 1996, Saunders. l.c., ov. 69. Zie ook E.H.R.M., 21 december 2000, Heaney en Mc. Guinness, l.c., ov. 40; E.H.R.M., 3 mei 2001, J.B., l.c., ov. 68.

Uit wat voorafgaat blijkt dat een algemene strafbaarstelling zoals is opgenomen in artikel 20, 3/, van het ontwerp, niet in overeenstemming is met het recht om zichzelf niet in beschuldiging te stellen, gegarandeerd bij artikel 14, lid 3, g), van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten en artikel 6, lid 1, van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden [18], of althans in het licht van die bepalingen dient te worden geïnterpreteerd.

De genoemde bepaling wordt best in het licht van wat voorafgaat aangepast.

---

(18) *Voetnoot 58 uit het geciteerde advies:* Al is het non-incriminatierecht niet absoluut (E.H.R.M., 8 februari 1996, Murray, l.c., ov. 47; E.H.R.M., 21 december 2000, Heaney en Mc. Guinness, l.c., ov. 47), toch mag nooit de essentie van dat recht worden aangetast (ibid.).

De 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	M. VERSCHRAEGHEN,	toegevoegd griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de H. B. STEEN, auditeur.

DE GRIFFIER, DE VOORZITTER,

M. VERSCHRAEGHEN J. SMETS