

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 45.163/3
VAN 14 OKTOBER 2008

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, derde kamer, op 9 september 2008 door de Vlaamse minister van Welzijn, Volksgezondheid en Gezin verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, verlengd tot 23 oktober 2008, van advies te dienen over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering "tot uitvoering van het decreet van 18 juli 2008 betreffende de zorg- en bijstandsverlening in de thuiszorg", heeft het volgende advies gegeven:

1. Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft de afdeling wetgeving zich toegespitst op het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

* *

STREKKING EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

2. Het om advies voorgelegde ontwerpbesluit strekt er in de eerste plaats toe uitvoering te geven aan het decreet van 18 juli 2008 betreffende de zorg- en bijstandsverlening, voor wat betreft de thuiszorg.

Het besluit dat thans in ontwerpvorm voorligt, is van toepassing op de verzorgende personeelsleden die werken in de diensten voor gezinszorg, die erkend zijn door de Vlaamse overheid, en op alle andere personen die beroepshalve activiteiten van zorg- en bijstandsverlening verrichten in het natuurlijke thuismilieu van de gebruiker (artikel 1).

In artikel 2 van het ontwerp wordt nader bepaald welke activiteiten vallen onder de zorgdimensies "lichamelijke zorg" en "psychosociale en pedagogische of agogische ondersteuning". Het zijn deze activiteiten die kunnen worden verricht door de personen die onder het toepassingsgebied van het besluit dat thans in ontwerpvorm voorligt, vallen.

Als kwalificatievereisten waaraan die personen moeten voldoen, gelden de voorwaarden voor het verzorgend personeel van de diensten voor gezinszorg, als bepaald in artikel 3, B, 2/, van bijlage I bij het besluit van de Vlaamse Regering van 18 december 1998 houdende de erkenning en de subsidiëring van verenigingen en welzijnsvoorzieningen in de thuiszorg (artikel 3).

De artikelen 4 en 5 van het ontwerp bevatten een aantal regels aangaande de samenwerking tussen de personen die onder het toepassingsgebied van het ontworpen besluit vallen en andere bij de zorgsituatie betrokken personen. De activiteiten die

.../...

verband houden met het observeren en het rapporteren van bepaalde lichaamsfuncties en met het verlenen van bijstand bij het uitvoeren van bepaalde andere handelingen, mogen alleen worden uitgevoerd mits afspraken worden gemaakt met de overige bij de zorgsituatie betrokken professionele zorgverleners. Die afspraken moeten schriftelijk worden vastgelegd of deel uitmaken van het individuele zorgplan dat voor de gebruiker wordt opgemaakt.

In het ontwerp wordt voorts de registratieplicht geregeld voor personen die niet werken bij een welzijnsvoorziening die erkend is of onder toezicht staat van de Vlaamse overheid (artikel 6).

Artikel 7 van het ontwerp betreft het toezicht dat wordt uitgeoefend door het intern verzelfstandigd agentschap Vlaams Agentschap Zorg en Gezondheid en door het intern verzelfstandigd agentschap Inspectie Welzijn, Volksgezondheid en Gezin.

Artikel 11 van het ontwerp bevat bepalingen in verband met de inwerkingtreding van het decreet van 18 juli 2008 voor wat betreft de personen die onder de toepassing vallen van het besluit dat thans in ontwerpvorm voorligt, en artikel 12 bevat overgangsmaatregelen.

In de tweede plaats worden een aantal wijzigingen aangebracht in bijlage I bij het besluit van de Vlaamse Regering van 18 december 1998, meer bepaald in de erkenningsvoorwaarden voor de diensten voor gezinszorg (artikelen 8 en 9), en wordt de bijlage bij het besluit van de Vlaamse Regering van 24 juli 1997 tot regeling van de erkenning en de subsidiëring van de diensten voor gezins- en bejaardenhulp opgeheven (artikel 10).

Tenslotte wordt in artikel 13 bepaald hoe het besluit dat thans in ontwerpvorm voorligt, kan worden aangehaald.

3. Het ontworpen besluit vindt rechtsgrond in de artikelen 4, tweede lid, 5, tweede lid, 6, eerste lid, 7, 8, eerste lid, 11 en 12, tweede lid, van het decreet van 18 juli

2008 (rechtsgrond voor de artikelen 2 tot 7 en 11 en 12 van het ontworpen besluit)¹ en in de artikelen 5 en 24, § 1, van het decreet van 14 juli 1998 houdende de erkenning en de subsidiëring van verenigingen en welzijnsvoorzieningen in de thuiszorg (rechtsgrond voor de artikelen 8 tot 10 van het ontworpen besluit).

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Aanhef

4. In het eerste en het tweede lid van de aanhef dient gewag te worden gemaakt van de *sub* 3 vermelde bepalingen die rechtsgrond bieden voor het ontworpen besluit.

Artikel 1

5. Met betrekking tot artikel 1, 2/, van het ontwerp verschafte de gemachtigde de volgende toelichting:

"Met de bepaling «alle andere personen die beroepshalve activiteiten van zorg- en bijstandsverlening verrichten in het natuurlijke thuismilieu van de gebruiker» in artikel 1, 2/, van het ontwerp BVR worden de volgende personen bedoeld:

- personen die werken bij een welzijnsvoorziening als vermeld in artikel 2, 3/, van het decreet van 18 juli 2008 betreffende de zorg- en bijstandsverlening (een andere voorziening dan een erkende dienst voor gezinszorg): het gaat hier bijvoorbeeld om personen die professionele oppashulp verlenen bij een dienst voor oppashulp of een dienst voor logistieke hulp en aanvullende thuiszorg, en naast gezelschap en toezicht (occasioneel) ook bepaalde activiteiten van zorg- en bijstandsverlening verrichten;
- personen die niet werken bij een welzijnsvoorziening als vermeld in artikel 2, 3/, van het decreet van 18 juli 2008 betreffende de zorg- en bijstandsverlening: het gaat hier bijvoorbeeld om personen die op zelfstandige basis gezinszorg verlenen

⁽¹⁾ De Raad van State, afdeling wetgeving, herinnert aan de bevoegdheidsrechtelijke bezwaren die hij heeft gemaakt in advies 42.544/VR/3 van 2 oktober 2007 over het voorontwerp van decreet dat heeft geleid tot het decreet van 18 juli 2008 (*Parl. St.*, Vl. Parl., 2007-2008, nr. 1708/1), en die ook gelden ten aanzien van het ontworpen besluit.

of die werken bij een niet-erkende dienst voor gezinszorg. Ook medewerkers van (niet door de Vlaamse overheid erkende) diensten die instaan voor de oppas van zieke kinderen in de thuissituatie (een dienstverlening die aangeboden wordt door ziekenfondsen, lokale besturen en private organisaties) vallen onder dit besluit wanneer ze bepaalde activiteiten van zorg- en bijstandsverlening verrichten.

Een van de doelstellingen van het decreet is om rechtszekerheid te bieden aan medewerkers van welzijnsvoorzieningen die erkend zijn door of onder toezicht staan van de Vlaamse Gemeenschap. Men wilde op die manier een voldoende juridische basis creëren voor de uitoefening, door medewerkers van die voorzieningen, van activiteiten van zorg- en bijstandsverlening die kaderen binnen hun globale takenpakket. Het toepassingsgebied van het decreet is dus ruimer dan alleen de erkende diensten voor gezinszorg. Dit blijkt duidelijk uit de definitie van «welzijnsvoorziening» (artikel 2, 3/, van het decreet), zoals ook uiteengezet in de memorie van toelichting (*Gedr. St. Vl. P.*, 2007-2008, nr. 1708/1, blz. 17)."

Om één en ander duidelijker tot uiting te brengen, zou artikel 1, 2/, kunnen worden aangevuld met de zinsnede "ongeacht of zij bij een welzijnsvoorziening als bedoeld in artikel 2, 3/, van het decreet van 18 juli 2008 betreffende de zorg- en bijstandsverlening zijn tewerkgesteld of niet" (zie reeds artikel 5, eerste lid, van het decreet van 18 juli 2008).

Artikel 2

6. Bij artikel 4, tweede lid, van het decreet van 18 juli 2008 wordt de Vlaamse Regering gemachtigd om, met behoud van toepassing van artikel 4, eerste lid, ervan, per zorgdimensie de verschillende activiteiten die daarvan deel uitmaken, te bepalen of te concretiseren. De inleidende zin van artikel 2 van het ontwerp, zoals hij thans is geformuleerd, spoort niet met deze rechtsgrond biedende bepaling, wat kan worden verholpen door te schrijven "Voor wat betreft de thuiszorg, behoren de volgende activiteiten tot de zorgdimensies:".

7. In de bij artikel 2 van het ontwerp omschreven activiteiten worden de meeste activiteiten die zijn opgesomd in artikel 4, eerste lid, van het decreet van 18 juli 2008 hernomen, maar niet alle. Hierover om nadere toelichting gevraagd, verklaarde de gemachtigde:

.../...

"De omschrijving van de activiteiten van zorg- en bijstandsverlening in artikel 2 van het ontwerpbesluit betreffende de zorg- en bijstandsverlening heeft geenszins tot doelstelling de in het decreet opgesomde activiteiten te limiteren.

Het gegeven dat bepaalde activiteiten (desgevallend zonder verdere concretisering) werden hernomen in het ontwerpbesluit en andere niet, heeft eerder te maken met de intensiteit waarin deze activiteiten gesteld worden door zorg en bijstandsverleners in de thuiszorg en/of de mate waarin de sector het belangrijk vond om deze activiteiten expliciet te benoemen als activiteiten van zorg- en bijstandsverlening in de thuiszorg."

Gelet hierop wordt artikel 2 van het ontwerp best aangevuld, zodat erin alle activiteiten worden weergegeven die tot de onderscheiden zorgdimensies behoren wat betreft de thuiszorg.

Artikel 3

8. Luidens artikel 3 van het ontwerp moeten de personen die vallen onder de toepassing van het besluit dat thans in ontwerpvorm voorligt, beantwoorden aan de kwalificatievereisten voor het verzorgend personeel van de diensten voor gezinszorg die worden vermeld in artikel 3, B, 2/, van bijlage I bij het besluit van de Vlaamse Regering van 18 december 1998. In die bepaling worden de documenten opgesomd die een verzorgend personeelslid bij de indiensttreding moet voorleggen voor het bekomen van een inschrijvingsbewijs. Naar luid van *littera e*) ervan, behoort tot de aldus opgesomde documenten tevens een buitenlands diploma, op voorwaarde dat het door het Vlaams Ministerie van Onderwijs en Vorming gelijkwaardig wordt verklaard met een Vlaams studiebewijs als bedoeld bij artikel 3, B, 2/, a) of b), van die bijlage I ².

Daargelaten de bevoegdheidsrechtelijke bezwaren die het optreden van de Vlaamse Gemeenschap te dezen doet rijzen (zie voetnoot 1), rijst de vraag of deze

(2) Nog afgezien van wat hierna wordt opgemerkt in verband met de noodzaak van omzetting van richtlijn 2005/36/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 september 2005 betreffende de erkenning van beroepskwalificaties, dient erop te worden gewezen dat voor wat betreft de onderdanen van de EG-lidstaten (en van de daarmee gelijkgestelde staten), een vergelijking van studiebewijzen niet volstaat, maar eveneens rekening moet worden gehouden met alle diploma's, certificaten en andere titels, alsmede met de relevante ervaring van de betrokkene, door de uit deze titels blijkende bekwaamheden en ervaring te vergelijken met de in de nationale wettelijke regeling verlangde kennis en kwalificaties (zie H.v.J., 22 januari 2002, nr. C-31/00, inzake DREESSEN).

bepaling volstaat om te voldoen aan de Europeesrechtelijke vereisten inzake de onderlinge erkenning van beroepskwalificaties, en meer bepaald aan de verplichtingen die voortvloeien uit richtlijn 2005/36/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 september 2005 betreffende de erkenning van beroepskwalificaties (hierna: beroepskwalificatierichtlijn) die betrekking hebben zowel op de hypothese van vrije dienstverrichting (tijdelijke en incidentele grensoverschrijdende uitoefening van een beroep) als op de hypothese van een (meer permanente) vestiging. Naar luid van artikel 2, lid 1, van de beroepskwalificatierichtlijn is deze richtlijn van toepassing op alle onderdanen van een lidstaat, met inbegrip van de beoefenaars van de vrije beroepen, die in een andere lidstaat dan die waar zij hun beroepskwalificaties hebben verworven, een gereguleerd beroep willen uitoefenen, hetzij als zelfstandige, hetzij als werknemer. Naar luid van artikel 3, lid 1, a), van de genoemde richtlijn is een "gereguleerd beroep" een beroepswerkzaamheid of een geheel van beroepswerkzaamheden waartoe de toegang of waarvan de uitoefening of één van de wijzen van uitoefening krachtens wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen direct of indirect afhankelijk wordt gesteld van het bezit van beroepskwalificaties.

Er kan weinig twijfel over bestaan dat, gelet op de opgelegde kwalificatievereisten waaraan men noodzakelijk moet voldoen om de activiteiten van zorg- en bijstandsverlening beroepshalve te mogen uitoefenen, deze activiteiten tot de "gereguleerde beroepen" behoren in de zin van de beroepskwalificatierichtlijn. Bijgevolg moeten de bepalingen van die richtlijn die toepasselijk zijn op de bij het ontwerp beoogde activiteiten van "zorg- en bijstandsverlening", in het interne recht worden omgezet, wat zal dienen te gebeuren door een aanvulling van het ontworpen besluit. Daartoe volstaat niet te verwijzen, zoals door de gemachtigde wordt gesuggereerd, naar de bepalingen van een voorontwerp van decreet betreffende de kwalificatiestructuur, dat principieel is goedgekeurd door de Vlaamse Regering op 18 juli 2008. Afgezien nog van het gegeven dat niet kan worden verwezen naar een nog niet bestaande tekst, bevat dat voorontwerp niet de omzetting van de genoemde richtlijn. Evenmin zou kunnen worden volstaan met te verwijzen naar de wet van 12 februari 2008 tot instelling van een nieuw algemeen kader voor de erkenning van EG-beroepskwalificaties, aangezien deze enkel van toepassing is op de door de federale overheid gereguleerde beroepen.

In zoverre het gaat om de regeling van het recht van vestiging zal vooraf moeten worden nagegaan of de beoogde beroepswerkzaamheden al dan niet voorkomen in de lijsten van bijlage IV bij de beroepskwalificatierichtlijn. De beroepen die daar voorkomen, vallen onder de toepassing van hoofdstuk II (erkenning van beroepservaring) van titel III (vrijheid van vestiging) van die richtlijn. De beroepen die niet voorkomen in de lijsten van bijlage IV vallen - steeds met betrekking tot de regeling inzake het recht van vestiging - afgezien van de beroepen bedoeld in hoofdstuk III van titel III van de richtlijn, onder de toepassing van het algemeen stelsel van erkenning van opleidingstitels zoals geregeld in hoofdstuk I van titel III van die richtlijn ³.

Voor wat de uitoefening van het recht van vrije dienstverrichting door de bij het ontwerp beoogde beroepsbeoefenaars betreft, dienen de bepalingen van titel II van de beroepskwalificatierichtlijn te worden omgezet.

Tot slot dient te worden opgemerkt dat overeenkomstig artikel 63 van de beroepskwalificatierichtlijn de Europese Commissie onverwijld in kennis dient te worden gesteld van de omzetting.

Artikel 7

9. Teneinde formeel in overeenstemming te zijn met het rechtsgrond biedende artikel 8, eerste lid, van het decreet van 18 juli 2008, voege men in artikel 7 de woorden "van hoofdstuk III" toe vóór de woorden "van het decreet van 18 juli 2008".

Artikel 9

10. Wat betreft de draagwijdte van de ontworpen bepaling *sub* artikel 9 verklaarde de gemachtigde:

⁽³⁾ Titel III, hoofdstuk I, is, naar luid van artikel 10 van de beroepskwalificatierichtlijn, tevens toepasselijk op de aanvragers die "om een bijzondere en uitzonderlijke reden" niet voldoen aan de in de hoofdstukken II en III ervan opgenomen voorwaarden.

"Uit artikel 1, 1/, van het ontwerpbesluit vloeit voort dat het ontwerpbesluit van toepassing is op de verzorgende personeelsleden die werken in de diensten voor gezinszorg, erkend door de Vlaamse overheid.

Gelet op die bepaling, zou de tweede zin van de nieuwe tekst van punt 1 van artikel 3, B, van bijlage I bij het BVR van 18 december 1998 op het eerste gezicht als een herhaling kunnen worden beschouwd. Die bepaling verklaart immers op haar beurt het BVR, waarvan het ontwerp voorligt, van toepassing op de verzorgende personeelsleden van een erkende dienst voor gezinszorg.

Toch is die herhaling *in casu* niet overbodig. Ze duidt erop dat de bepalingen van het ontwerp van BVR ook gelden als erkenningsvoorwaarden voor de erkende diensten voor gezinszorg. Artikel 2, § 1, van het BVR van 18 december 1998 verwijst immers, wat de erkenningsvoorwaarden voor de diensten voor gezinszorg betreft, naar de voorwaarden vermeld in het decreet van 14 juli 1998, in het kwaliteitsdecreet van 17 oktober 2003 en in bijlage I bij het BVR van 18 december 1998."

De ontworpen bepaling kan evenwel duidelijker worden geredigeerd, bijvoorbeeld door de tweede zin ervan te doen luiden "Alle verzorgende personeelsleden van de dienst dienen te voldoen aan de vereisten gesteld bij de artikelen ... van het besluit van de Vlaamse Regering van ...".

Artikel 11

11. Bij artikel 11, eerste lid, wordt ook artikel 12 van het decreet van 18 juli 2008 in werking gesteld. Het heeft evenwel geen zin om een bepaling die zelf de inwerkingtreding betreft, in werking te stellen.

Artikel 13

12. De gemachtigde is het ermee eens dat het besluit dat thans in ontwerpvorm voorligt, beter wordt aangehaald als "besluit betreffende de zorg- en bijstandsverlening in de thuiszorg".

Artikel 13 van het ontwerp dient in die zin te worden aangepast.

De kamer was samengesteld uit

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

Het verslag werd uitgebracht door Mevr. R. THIELEMANS, eerste auditeur.

DE GRIFFIER,

DE VOORZITTER,

A.-M. GOOSSENS

J. SMETS