



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 58.245/3
van 29 oktober 2015

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘betreffende de omzetting van voorafgaande vergunningen of erkenningen voor centra voor kortverblijf of woonzorgcentra en tot wijziging van de regelgeving betreffende de voorafgaande vergunning voor centra voor kortverblijf en woonzorgcentra’

Op 29 september 2015 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Welzijn, Volksgezondheid en Gezin verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘betreffende de omzetting van voorafgaande vergunningen of erkenningen voor centra voor kortverblijf of woonzorgcentra en tot wijziging van de regelgeving betreffende de voorafgaande vergunning voor centra voor kortverblijf en woonzorgcentra’.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 13 oktober 2015. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Jeroen VAN NIEUWENHOVE en Koen MUYLLE, staatsraden, Jan VELAERS en Bruno PEETERS, assessoren, en Annemie GOOSSENS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Brecht STEEN, eerste auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 29 oktober 2015.

*

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

2.1. Het besluit van de Vlaamse Regering van 20 december 2013 ‘betreffende de voorafgaande vergunning van centra voor kortverblijf en woonzorgcentra en tot wijziging van de regels betreffende de voorafgaande vergunning en de erkenning van die centra’ voorziet in een erkenningskalender die door houders van een voorafgaande vergunning voor woongelegenheden in een centrum voor kortverblijf of in een woonzorgcentrum (allebei hierna: centrum) moet worden ingediend voor de aanvraag van een erkenning voor deze woongelegenheden. Die indiening moet in beginsel uiterlijk gebeuren op 1 januari van het tweede jaar dat voorafgaat aan het jaar waarin de erkenning zal worden gevraagd. Voor erkenningen die worden aangevraagd in 2015 en 2016 moet de erkenningskalender worden bezorgd vóór 1 januari 2015. De erkenningskalender wordt goedgekeurd door de administrateur-generaal van het intern verzelfstandigd agentschap zonder rechtspersoonlijkheid Zorg en Gezondheid wanneer de erkenning in het in de erkenningskalender aangegeven trimester nog mogelijk is binnen de maximale erkenningscapaciteit die jaarlijks door de Vlaamse Regering wordt bepaald, eventueel na de toepassing van prioriteringscriteria. Die erkenningscapaciteit werd voor de jaren 2015-2025 vastgesteld bij het besluit van de Vlaamse Regering van 24 april 2015.¹

In de nota aan de leden van de Vlaamse Regering wordt uiteengezet dat op basis van de vóór 1 januari 2015 ingediende erkenningskalenders de erkenningscapaciteit van 2018 reeds volledig is benomen, dat verschillende erkenningskalenders werden afgewezen en dat er voorlopig geen ruimte meer is om nieuwe erkenningskalenders goed te keuren en erkenningen toe te staan.

2.2. Om aan de zo-even geschetste problemen tegemoet te komen, strekt het om advies voorgelegde ontwerp van besluit er vooreerst toe te bepalen dat voor de jaren 2018 en 2019 geen erkenningskalender kan worden ingediend, behalve in nog nader door de Vlaamse Regering voor bepaalde woongelegenheden te bepalen gevallen. Daartoe wordt artikel 3 van het besluit van de Vlaamse Regering van 20 december 2013 gewijzigd (artikel 5 van het ontwerp). Artikel 6 van hetzelfde besluit wordt aangevuld om het mogelijk te maken dat door de goedkeuring van een erkenningskalender voor een bepaalde woongelegheden, een eerder goedgekeurde erkenningskalender voor een later trimester vervalt. De erkenningscapaciteit die voor dat latere trimester vrijkomt, kan niet opnieuw worden ingevuld (artikel 6 van het ontwerp).

¹ Besluit van de Vlaamse Regering van 24 april 2015 ‘betreffende het maximale aantal te erkennen woongelegenheden voor woonzorgcentra en centra voor kortverblijf in het kader van de erkenningskalender’. Tegen dit besluit werden acht beroepen tot nietigverklaring ingesteld bij de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State, in sommige gevallen gecombineerd met een vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging ervan. Over geen van deze zaken is al uitspraak gedaan.

Voorts wordt de geldigheidsduur van voorafgaande vergunningen die zijn toegekend vóór 1 januari 2014 en die zullen vervallen vóór 31 december 2020, van rechtswege verlengd tot 31 december 2020, teneinde de rechten van initiatiefnemers te vrijwaren die voor de jaren 2018 en 2019 geen erkenningskalender zullen kunnen indienen. Daartoe wordt een artikel 11/1 ingevoegd in het besluit van de Vlaamse Regering van 5 juni 2009 ‘tot vaststelling van de regels voor het verlenen van de voorafgaande vergunning voor sommige woonzorgvoorzieningen’ (artikel 4 van het ontwerp).

Ten slotte bevat het ontwerp ook autonome bepalingen met betrekking tot de mogelijkheid om voorafgaande vergunningen (artikel 2 van het ontwerp) en erkenningen (artikel 3 van het ontwerp) voor centra om te zetten in een voorafgaande vergunning, een planningsvergunning of een erkenning voor een bepaald aantal andere voorzieningen in dezelfde zorgregio, teneinde het de initiatiefnemers mogelijk te maken om op korte termijn de vergunde capaciteit in een andere zorgvorm te realiseren.

3.1. De artikelen 2 en 3 van het ontworpen besluit vinden rechtsgrond in de artikelen 48, tweede en vijfde lid, en 59, eerste lid, van het Woonzorgdecreet van 13 maart 2009 (hierna: het Woonzorgdecreet), in zoverre ze betrekking hebben op de *inhoudelijke voorwaarden* en de *procedure* voor de omzetting van een voorafgaande vergunning en een erkenning voor een centrum in een erkenning van een thuiszorgvoorziening of in een voorafgaande vergunning voor een andere ouderenvoorziening.

In zoverre die ontworpen bepalingen betrekking hebben op de *procedure* voor de omzetting van een voorafgaande vergunning en een erkenning voor een centrum in een planningsvergunning voor een rust- en verzorgingstehuis of een psychiatrisch verzorgingstehuis, die beschouwd kunnen worden als verzorgingsvoorzieningen in de zin van artikel 27, 1°, van het decreet van 20 maart 2009 ‘houdende diverse bepalingen betreffende het beleidsdomein Welzijn, Volksgezondheid en Gezin’, wordt de rechtsgrond geboden door artikel 30, § 1, eerste lid, en § 2, eerste lid, van het laatstgenoemde decreet.

In zoverre ten slotte de voormelde ontworpen bepalingen de *inhoudelijke voorwaarden* betreffen waaronder een voorafgaande vergunning en een erkenning voor een centrum kan worden omgezet in een planningsvergunning voor een rust- en verzorgingstehuis of een psychiatrisch verzorgingstehuis, kan geen rechtsgrond worden gevonden in artikel 30 van het decreet van 20 maart 2009, aangezien die bepaling uitsluitend betrekking heeft op de procedure.² De rechtsgrond zal eventueel wel worden geboden door het toekomstige artikel 59/1 van het Woonzorgdecreet, indien artikel 36 van het voorontwerp van decreet ‘houdende bepalingen tot begeleiding van de begroting 2016’, waarover de Raad van State op 19 oktober 2015 advies 58.291/1/3 heeft gegeven, wordt aangenomen.

² Zie ook adv.RvS 55.499/3 van 26 maart 2014 over een ontwerp dat heeft geleid tot het besluit van de Vlaamse Regering van 25 april 2014 ‘tot vaststelling van de procedures voor de gezondheidszorgvoorzieningen’, opmerking 3.1.

3.2. Voor artikel 4 van het ontworpen besluit, dat betrekking heeft op de verlenging van de voorafgaande vergunning, wordt de rechtsgrond geboden door artikel 59, eerste lid, van het Woonzorgdecreet.³

3.3. Voor de artikelen 5 en 6 van het ontworpen besluit kan worden gesteund op de algemene uitvoeringsbevoegdheid van de Vlaamse Regering (artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’), gelezen in samenhang met artikel 59, eerste en tweede lid, van het Woonzorgdecreet. In zoverre artikel 6 van het ontworpen besluit evenwel ook gevolgen heeft voor de erkenningscapaciteit, vindt het mede rechtsgrond in artikel 48, tweede lid, van het Woonzorgdecreet.⁴

ALGEMENE OPMERKINGEN

A. Verenigbaarheid met het vrije verkeer van diensten en de vestigingsvrijheid

4. Een regeling waarbij een erkenningsvereiste of een vergunningsstelsel wordt opgelegd of gewijzigd, moet in overeenstemming zijn met het recht van vestiging en het vrije verkeer van diensten, zoals vervat in de artikelen 49 en 56 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU), ook al kan worden aangenomen dat de dienstenrichtlijn⁵ niet van toepassing is op de betrokken centra.⁶⁻⁷

³ Zie ook adv.RvS 54.472/3 van 16 december 2013 over een ontwerp dat heeft geleid tot het besluit van de Vlaamse Regering van 20 december 2013, opmerking 3.3.

⁴ *Ibid.*, opmerking 3.1.

⁵ Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 ‘betreffende diensten op de interne markt’.

⁶ Zie HvJ 11 juli 2013, C-57/12, *vzw Fédération des maisons de repos privées de Belgique (Femarbel)*. In dat arrest wordt een ruime interpretatie gehuldigd van de uitzonderingsgronden van artikel 2, lid 2, f) en j), van de dienstenrichtlijn (“diensten van de gezondheidszorg, al dan niet verleend door gezondheidszorgfaciliteiten en ongeacht de wijze waarop zij op nationaal niveau zijn georganiseerd en worden gefinancierd en ongeacht de vraag of de diensten openbaar of particulier van aard zijn”, respectievelijk “sociale diensten betreffende sociale huisvesting, kinderopvang en ondersteuning van gezinnen of personen in permanente of tijdelijke nood, die worden verleend door de staat, door dienstverrichters die hiervoor een opdracht hebben of een mandaat gekregen van de staat, of door liefdadigheidsinstellingen die als zodanig door de staat zijn erkend”). De uiteindelijke beoordeling van de toepasselijkheid van deze uitzonderingsgronden wordt door het Hof van Justitie evenwel overgelaten aan de nationale rechter. Het Grondwettelijk Hof heeft ten aanzien van service-residenties, centra voor dagopvang en centra voor nachtopvang van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie geoordeeld dat ze “zich onderscheiden van de zorgcentra in zoverre zij een opvangstructuur en geen structuur inzake zorgverstrekking aanbieden aan personen die te kampen hebben met een verlies aan autonomie zonder sterk afhankelijk te zijn” en dat “de zorgactiviteiten die worden verzekerd in de centra voor dagopvang en in de centra voor nachtopvang, geen hoofdbestanddeel vormen van alle daar aangeboden diensten” (GwH 23 januari 2014, nr. 6/2014, B.13.2, B.16 en B.28). Die “structuur inzake zorgverstrekking” lijkt wel als een “hoofdbestanddeel” aanwezig te zijn in de centra waarop de thans ontworpen regeling van toepassing is, gelet op de omschrijving van de erin aangeboden zorg in de artikelen 30, 31, 37 en 38 van het Woonzorgdecreet, zodat voldaan is aan de eerstgenoemde uitzonderingsgrond.

⁷ In het *Handboek voor de implementatie van de Dienstenrichtlijn* (editie 2007) van de Europese Commissie wordt dienaangaande het volgende uiteengezet (p. 8, punt 1.1): “Ook moet duidelijk zijn dat voor onderwerpen die niet onder de Dienstenrichtlijn vallen het EG-Verdrag onverkort van toepassing blijft. Voor diensten die niet onder de richtlijn vallen, blijft uiteraard wel de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverrichting bestaan. Nationale wetgeving waarin deze dienstenactiviteiten worden geregeld, moet in overeenstemming zijn met de artikelen 43 en 49 van het EG-Verdrag, en de beginselen die het Europees Hof van Justitie (HvJ) naar aanleiding van de toepassing van deze artikelen heeft geformuleerd, moet worden geëerbiedigd. Lidstaten moeten erop toezien dat hun

Volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie zijn, bij ontstentenis van communautaire wetgeving (zoals harmoniserende richtlijnen) dienaangaande, nationale regelen, zoals deze vervat in het om advies voorgelegde ontwerpbesluit, die beperkingen inhouden voor (in dit geval) het vrije verkeer van diensten en de vestigingsvrijheid, slechts verzoenbaar met de genoemde verdragsbepalingen indien deze beperkingen objectief en redelijkerwijze gerechtvaardigd zijn door dwingende vereisten van algemeen belang, en indien deze beperkingen proportioneel zijn met het nagestreefte doel.

De ontworpen regeling raakt aan het vrije verkeer van diensten en de vestigingsvrijheid doordat tijdelijk wordt belet dat voorafgaande vergunningen worden verkregen, die een voorwaarde vormen voor de erkenning en derhalve voor de exploitatie van de betrokken centra. Aldus wordt in beginsel belet dat nieuwkomers zich kunnen vestigen of hun diensten kunnen aanbieden tussen 1 januari 2014 en 31 december 2020. Uit de nota aan de Vlaamse Regering kan worden afgeleid dat de ontworpen maatregel is ingegeven door budgettaire overwegingen. In zoverre het bewaken van de besteding van overheidsmiddelen voor de betrokken voorzieningen beschouwd kan worden als een dwingende vereiste van algemeen belang,⁸ lijkt de aantasting van het vrije verkeer niet disproportioneel. De beperking om een voorafgaande vergunning aan te vragen en om een erkenningskalender in te dienen is van tijdelijke aard, de bestaande voorafgaande vergunningen worden verlengd, de mogelijkheid wordt gecreëerd om de voorafgaande vergunningen om te zetten in een voorafgaande vergunning, een planningsvergunning of een erkenning voor andere voorzieningen en er wordt voorzien in een afwijkmogelijkheid waarbij in bepaalde gevallen toch een erkenningskalender kan worden ingediend. Gelet op die milderende maatregelen kan worden aangenomen dat de ontworpen regeling verenigbaar is met het vrije verkeer van diensten en met de vestigingsvrijheid.

B. Delegaties aan de Vlaamse Regering

5. De artikelen 2, tweede lid, en 3, tweede lid, van het ontwerp, alsook het ontworpen artikel 3, vierde lid, van het besluit van de Vlaamse Regering van 20 december 2013 strekken tot het verlenen van machtigingen van regelgevende bevoegdheid aan de Vlaamse Regering.

De Vlaamse Regering hoeft zichzelf niet te machtigen met het oog op een toekomstig regelgevend optreden. De bijkomende voorwaarden die aldus eventueel worden vastgesteld, kunnen hun rechtsgrond enkel ontleen aan de relevante decretale bepalingen. Bovendien kan de Vlaamse Regering haar toekomstig optreden niet binden aan bepaalde voorwaarden die zij thans vastlegt. Als de Vlaamse Regering op een bepaald ogenblik van oordeel is dat zij bijkomende bepalingen moet uitvaardigen, kan zij dat steeds doen en op eender welke wijze binnen het decretale kader. De betrokken bepalingen zijn dan ook overbodig en moeten worden weggelaten.

wetgeving in overeenstemming is met het EG-Verdrag zoals dat door het HvJ wordt geïnterpreteerd. De Commissie zal haar rol van hoedster van het EG-Verdrag blijven uitoefenen en lidstaten bij deze taken blijven ondersteunen.”

⁸ Het bewaken van het financiële evenwicht in de sociale zekerheid kan een dwingende reden van algemeen belang vormen, zie HvJ 28 april 1998, C-158/96, *Kohll v. Union des caisses de maladie*, punt 41; HvJ 16 mei 2006, C-372/04, *Watts v. Bedford Primary Care Trust*, punt 103.

C. Rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel

6. Op grond van de bestaande regeling mochten initiatiefnemers met een voorafgaande vergunning die een erkenning nastreefden voor 2018, ervan uitgaan dat zij uiterlijk op 1 januari 2016⁹ een erkenningskalender konden indienen met het oog op een erkenning in 2018. Zoals blijkt uit de nota aan de Vlaamse Regering zijn reeds erkenningskalenders ingediend voor 2018 en zelfs voor 2019.

De vraag rijst of de ontworpen regeling niet in strijd is met het rechtszekerheid- en vertrouwensbeginsel, dat onder meer inhoudt dat het recht voorzienbaar is en de rechtsonderhorige de gevolgen van zijn rechtshandelingen moet kunnen inschatten en dat het verboden is om zonder objectieve en redelijke verantwoording afbreuk te doen aan het belang van de rechtsonderhorigen om in staat te zijn de rechtsgevolgen van hun handelingen te voorzien.

Het indienen van een erkenningskalender heeft enkel tot gevolg dat de initiatiefnemer *in aanmerking komt* voor een erkenning in de loop van 2018. De initiatiefnemers die reeds een erkenningskalender hebben ingediend met het oog op een erkenning in 2018, vermochten er immers niet van uit te gaan dat die erkenning effectief zou worden verleend. Die erkenning was en is immers enkel mogelijk indien een voldoende erkenningscapaciteit voorhanden is en eventueel na de toepassing van een prioritering.¹⁰ De overheid heeft ook niet de indruk gewekt dat in dergelijke gevallen een erkenning zou worden verleend, aangezien uit artikel 4, derde lid, van het besluit van de Vlaamse Regering van 20 december 2013 blijkt dat de beslissing van de administrateur-generaal over het trimester waarin de erkenning moet worden aangevraagd wordt meegedeeld “uiterlijk honderdtwintig kalenderdagen na de uiterste indieningsdatum”. Voor erkenningskalenders die worden ingediend met het oog op een erkenning in 2018, is die uiterste datum 29 april 2016 (31 december 2015 plus honderdtwintig dagen). Ten slotte bevat de ontworpen regeling verscheidene milderende maatregelen (zie ook opmerking 4). Op basis van de gegevens waarover hij beschikt, ziet de Raad van State dan ook geen strijdigheid met het rechtszekerheid- en vertrouwensbeginsel.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Opschrift

7. In het opschrift schrijve men “Ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering (...)” in plaats van “Voorontwerpbesluit van de Vlaamse Regering (...)”.

⁹ Zie artikel 3 van het besluit van de Vlaamse Regering van 20 december 2013, waarin wordt bepaald dat de erkenningskalender moet worden bezorgd “uiterlijk op 1 januari van het tweede jaar dat voorafgaat aan het jaar waarin ze de erkenning zullen aanvragen”.

¹⁰ Zie artikel 4 van het in de vorige voetnoot vermelde besluit.

Aanhef

8. In het tweede lid van de aanhef dient ook melding te worden gemaakt van het tweede lid van artikel 48 en van het tweede lid van artikel 59 van het Woonzorgdecreet.

9. In het vierde lid van de aanhef schrijve men “*Gelet op het besluit (...)*”.

10. Aangezien om advies is gevraagd met toepassing van artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, van de wetten op de Raad van State, dient het huidige zevende van de aanhef te worden geredigeerd als volgt:

“Gelet op advies 58.245/3 van de Raad van State, gegeven op 29 oktober 2015, met toepassing van artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;”.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Annemie GOOSSENS

Jo BAERT