



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 59.334/3
van 25 mei 2016

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot wijziging van het besluit betreffende de zorg- en bijstandsverlening in de thuiszorg van 27 maart 2009, wat betreft de erkenning van beroepskwalificaties van onderdanen van lidstaten van de Europese Economische Ruimte’

Op 26 april 2016 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 ‘tot wijziging van het besluit betreffende de zorg- en bijstandsverlening in de thuiszorg van 27 maart 2009, wat betreft de erkenning van beroepskwalificaties van onderdanen van lidstaten van de Europese Economische Ruimte’.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 17 mei 2016. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Jan SMETS en Jeroen VAN NIEUWENHOVE, staatsraden, Jan VELAERS en Johan PUT, assessoren, en Annemie GOOSSENS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Brecht STEEN, eerste auditeurs.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 25 mei 2016.

*

STREKKING VAN HET ONTWERP

1. Het voor advies voorgelegde ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering strekt ertoe een drietal wijzigingen aan te brengen in hoofdstuk IV van het besluit van de Vlaamse Regering van 27 maart 2009 ‘tot uitvoering van het decreet van 18 juli 2008 betreffende de zorg- en bijstandsverlening in de thuiszorg’. Dat hoofdstuk heeft betrekking op de kwalificatievereisten voor de verzorgende personeelsleden die activiteiten verrichten die behoren tot de zorgdimensie in de diensten voor gezinszorg en aanvullende thuiszorg en voor de andere personen die beroepshalve deze activiteiten verrichten in het natuurlijke thuismilieu van de gebruiker.¹

De ontworpen wijzigingen strekken tot de gedeeltelijke omzetting van richtlijn 2013/55/EU² en hebben betrekking op de bepalingen van het besluit van de Vlaamse Regering van 27 maart 2009, die regelen onder welke voorwaarden onderdanen van andere EU-lidstaten die houder zijn van een opleidingstitel die of van een bekwaamheidsattest dat in een EU-lidstaat is uitgereikt, activiteiten van zorg- en bijstandsverlening in de thuiszorg kunnen verrichten, met toepassing van de vrijheid van dienstverrichting of de vrijheid van vestiging.

BEVOEGDHEID

2. In zijn advies over het voorontwerp dat heeft geleid tot het decreet van 18 juli 2008 ‘betreffende de zorg- en bijstandsverlening’, heeft de Raad van State onder meer gewezen op bevoegdheidsbezwaren met betrekking tot de erin vervatte vestigingsvoorwaarden. De Raad wees er namelijk op dat “[d]oor 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, (...) het ontwerp op een algemene wijze regels of bekwaamheidseisen [bepaalt] in verband met de uitoefening van de betrokken beroepen die de essentie van de beroepsuitoefening zelf raken”. Aangezien de federale overheid toen bevoegd was voor de regeling van de vestigingsvoorwaarden,³ concludeerde de Raad van State tot de onbevoegdheid van de Vlaamse Gemeenschap op dit punt. Hij stelde eveneens dat een beroep op artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’ niet mogelijk leek, omdat “bezwaarlijk [kan] worden aangenomen dat de weerslag op de betrokken federale bevoegdheid slechts marginaal is”.⁴

¹ Artikel 6, gelezen in samenhang met artikel 1 van het besluit van de Vlaamse Regering van 27 maart 2009.

² Richtlijn 2013/55/EU van het Europees Parlement en de Raad van 20 november 2013 ‘tot wijziging van Richtlijn 2005/36/EG betreffende de erkenning van beroepskwalificaties en Verordening (EU) nr. 1024/2012 betreffende de administratieve samenwerking via het Informatiesysteem interne markt (“de IMI-verordening”)). Deze richtlijn moest overeenkomstig artikel 3, lid 1, ervan zijn omgezet op 18 januari 2016.

³ Vroeger artikel 6, § 1, VI, vijfde lid, 6°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’.

⁴ Adv.RvS 42.544/VR/3 van 2 oktober 2007 over een voorontwerp dat heeft geleid tot het decreet van 18 juli 2008 ‘betreffende de zorg- en bijstandsverlening’, *Parl.St.* Vl.Parl. 2007-08, nr. 1708/1, 40-52.

De decreetgever heeft gemeend die bevoegdheidsbezwaren niet te moeten volgen.⁵ Het Grondwettelijk Hof heeft zich over de kwestie niet uitgesproken.⁶

3. In de regel gaat de afdeling Wetgeving van de Raad van State naar aanleiding van adviesaanvragen over ontwerpen van uitvoeringsbesluiten niet meer in op bevoegdheidsoptmerkingen die ze destijds heeft gemaakt over de rechtsgrondbepalingen voor die ontworpen uitvoeringsbesluiten, tenzij wanneer die opmerkingen nog een bijkomende relevantie hebben voor die ontwerpen.

4. De nieuwe bevoegdheidsoverdrachten inzake vestigingsvoorwaarden nopen echter tot een nieuw onderzoek van de bevoegdheid van de Vlaamse Gemeenschap met betrekking tot de ontworpen regeling. Sinds de zesde Staatshervorming zijn immers de gewesten, en niet langer de federale overheid, bevoegd voor de vestigingsvoorwaarden, met uitzondering van de voorwaarden voor toegang tot gezondheidszorgberoepen en tot dienstverlenende intellectuele beroepen, waarvoor de federale overheid bevoegd is gebleven.⁷

De in het decreet van 18 juli 2008 en in het besluit van de Vlaamse Regering van 27 maart 2009 vervatte kwalificatievereisten hebben geen betrekking op gezondheidszorgberoepen.⁸

De kwalificatievereisten lijken evenmin betrekking te hebben op dienstverlenende intellectuele beroepen. In de parlementaire voorbereiding van de bijzondere wet van 6 januari 2014 ‘met betrekking tot de Zesde Staatshervorming’ wordt ter omschrijving van “de dienstverlenende intellectuele beroepen” immers verwezen naar artikel 20 van de kaderwet van 3 augustus 2007 ‘betreffende de dienstverlenende intellectuele beroepen’. Het gaat om de beroepen “waarvan de beoefenaars diensten verstrekken van hoofdzakelijk intellectuele aard en daarbij zowel handelen in het belang van de opdrachtgever als in het belang van de gemeenschap enerzijds en waarbij de beoefenaars beschikken over de nodige onafhankelijkheid om hun beroep uit te oefenen en om de verantwoordelijkheid op te nemen voor de beroepsdaden die ze stellen anderzijds”.⁹ Dat laatste element lijkt niet voorhanden te zijn voor de activiteiten inzake zorg- en

⁵ Memorie van toelichting, *Parl.St.* VI.Parl. 2007-08, nr. 1708/1, 14-16.

⁶ De federale Ministerraad stelde een beroep tot vernietiging in bij het Grondwettelijk Hof, maar uiteindelijk werd de afstand van geding toegewezen door het Hof (GwH 17 maart 2010, nr. 28/2010). Die afstand werd overeengekomen bij het sluiten van een protocolakkoord van 14 december 2009 tussen de federale overheid en de gemeenschappen ‘betreffende de relatie tussen zorg- en bijstandsverleners van de erkende diensten voor thuishulp en beoefenaars van gezondheidszorgberoepen die werkzaam zijn in de thuiszorg’ (BS 20 januari 2010, tweede editie). In de plaats ervan is inmiddels het protocolakkoord van 24 februari 2014 ‘betreffende de relatie tussen zorg- en bijstandsverleners van de erkende diensten voor thuishulp en beoefenaars van gezondheidszorgberoepen die werkzaam zijn in de thuiszorg’ (BS 20 juni 2014, vierde editie) gekomen. De afdeling Wetgeving van de Raad van State heeft zich over geen van beide protocolakkoorden kunnen uitspreken naar aanleiding van een adviesaanvraag over een voorontwerp van instemmingstekst. Ze kan dat ook niet doen naar aanleiding van de huidige adviesaanvraag.

⁷ Artikel 6, § 1, VI, eerste lid, 6°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980.

⁸ Zie artikel 3, 1° en 2°, van het decreet van 18 juli 2008.

⁹ *Parl.St.* Senaat 2012-13, nr. 5-2232/1, 90. Zie Ph. QUERTAINMONT, “Accès à la profession” in M. UYTENDAELE en M. VERDUSSEN, *Dictionnaire de la Sixième Réforme de l’État*, Brussel, Larcier, 2015, 2-3 en 6-8 en H. SWENNEN, “De economische bevoegdheden: vestiging, prijsbeleid, handelshuur, toerisme en het Participatiefonds” in J. VELAERS, J. VANPRAET, Y. PEETERS en W. VANDENBRUWAENE (eds.), *De zesde staatshervorming: instellingen, bevoegdheden en middelen*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 536.

bijstandverlening die beoogd worden in het decreet van 18 juli 2008, zowel gelet op de inhoudelijke omschrijving ervan,¹⁰ als gelet op de overwegende aard van de tewerkstelling, die veeleer van contractuele dan van zelfstandige aard lijkt te zijn.

Daaruit volgt dat de vaststelling van de ontworpen regeling tot de gewestelijke bevoegdheid behoort.

5. Dat alles neemt niet weg dat het decreet van 18 juli 2008 door een onbevoegde overheid (de Vlaamse Gemeenschap) is aangenomen en dat het van in het begin geconcipeerd is als een rechtsregel van de Vlaamse Gemeenschap,¹¹ die het daarmee samenhangende territoriale toepassingsgebied heeft.¹² Dat geldt bijgevolg ook voor het besluit van de Vlaamse Regering van 27 maart 2009. De enige wijze om de regeling inzake de kwalificatievereisten voor de zorg- en bijstandsverlening in overeenstemming te brengen met de huidige bevoegdheidsverdelende regels, zou bestaan in het aannemen van een nieuwe decretale regeling en een uitvoeringsbesluit, dat uitdrukkelijk gekwalificeerd wordt als een regeling van het Vlaamse Gewest en dat bijgevolg ook geen toepassing kan vinden in het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad. Voor een regeling inzake de betrokken beroepskwalificaties voor zorg- en bijstandsverleners die actief zijn in dat taalgebied, is enkel het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest bevoegd.

6. Gelet op deze nieuwe bevoegdheidsbezwaren en de implicaties voor de in het decreet van 18 juli 2008 en in het besluit van de Vlaamse Regering van 27 maart 2009 vervatte kwalificatievereisten, ziet de Raad van State af van een verder onderzoek van het ontwerp.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Annemie GOOSSENS

Jo BAERT

¹⁰ Zo moeten de betrokkenen blijkens de artikelen 4 en 4/1 van het besluit van de Vlaamse Regering van 27 maart 2009 voor bepaalde activiteiten afspraken maken met de overige bij de zorgsituatie betrokken zorgverleners en moeten zij een aantal signalen die een doorverwijzing naar een beroepsbeoefenaar inzake gezondheidszorg zouden vergen, doorgeven aan deze beroepsbeoefenaars.

¹¹ Zie artikel 1 van het decreet van 18 juli 2008.

¹² Zie artikel 128, § 2, van de Grondwet.