



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 63.903/3
van 21 september 2018

over

een voorontwerp van decreet van de Regering van Duitstalige
Gemeenschap ‘über die Angebote für Senioren und Personen mit
Unterstützungsbedarf sowie über die Palliativpflege’

Op 13 juli 2018 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Gezin, Gezondheid en Sociale Aangelegenheden van de Regering van de Duitstalige Gemeenschap verzocht binnen een termijn van dertig dagen, van rechtswege verlengd tot 29 augustus 2018,^(*) een advies te verstrekken over een voorontwerp van decreet van de Regering van de Duitstalige Gemeenschap ‘über die Angebote für Senioren und Personen mit Unterstützungsbedarf sowie über die Palliativpflege’.

Het voorontwerp is door de derde kamer onderzocht op 18 september 2018. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Jeroen VAN NIEUWENHOVE en Koen MUYLLE, staatsraden, en Astrid TRUYENS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Brecht STEEN, eerste auditeur-afdelingshoofd en Rein THIELEMANS, eerste auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 21 september 2018.

*

^(*) Deze verlenging vloeit voort uit artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, *in fine*, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, waarin wordt bepaald dat deze termijn van rechtswege verlengd wordt met vijftien dagen wanneer hij begint te lopen tussen 15 juli en 31 juli of wanneer hij verstrijkt tussen 15 juli en 15 augustus.

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 rechtsgrond¹, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING VAN HET VOORONTWERP

2. Het voor advies voorgelegde voorontwerp van decreet van de Duitstalige Gemeenschap strekt ertoe een nieuwe regeling in te voeren inzake het aanbod aan diensten voor ouderen² en personen met ondersteuningsbehoefte³, en inzake palliatieve zorg.

Hoofdstuk 1 bevat algemene bepalingen, waaronder het toepassingsgebied, definities, een omschrijving van het voorwerp en de doelstelling van het voorontwerp, alsook de dienstverleningsprincipes die de dienstverrichters bij de uitoefening van hun opdracht in acht moeten nemen.

Hoofdstuk 2 omschrijft het aanbod aan diensten voor personenondersteuning, namelijk activiteiten van de personenondersteuning (laagdrempelig ondersteuningsaanbod en personenalarmdienst), georganiseerde personenondersteuning, ingedeeld in diensten voor thuisondersteuning (gezins- en ouderenhulp, ziekenoppas, sociale huishoudelijke hulp, dagopvang, dagverzorging, dagverzorging met focus op revalidatie, nachtverzorging, kortverblijven en kortverblijven met focus op revalidatie), woonstructuren (seniorenresidenties, seniorenresidenties met kwaliteitslabel van Ostbelgien, gemeenschappelijke wooninitiatieven, serviceflats, begeleide woongemeenschappen voor ouderen en woonzorgcentra voor ouderen) en palliatieve zorg (samenwerkingsverband voor palliatieve zorg).

Hoofdstuk 3 regelt de programmatie, de vergunning die vereist is om bepaalde vormen van personenondersteuning te mogen aanbieden en de (vrijwillige) erkenning die bepaalde dienstverrichters van personenondersteuning kunnen aanvragen.

Hoofdstuk 4 heeft betrekking op de financiering. De financiering gebeurt, afhankelijk van de betrokken vorm van personenondersteuning, door middel van een overeenkomst tussen de Regering en de dienstverrichter, een financiële bijdrage van de oudere met ondersteuningsbehoefte of de persoon met ondersteuningsbehoefte, uurforfaits en forfaitaire bedragen, dagforfaits, een vaste subsidie voor mobiliteitshulpmiddelen en, voor het samenwerkingsverband voor palliatieve zorg, een forfaitair bedrag. De subsidiëring van de

¹ Aangezien het om een voorontwerp van decreet gaat, wordt onder “rechtsgrond” de overeenstemming met de hogere rechtsnormen verstaan.

² Dit zijn personen die de wettelijke pensioenleeftijd hebben overschreden (artikel 4, 10°, van het voorontwerp).

³ Dit zijn personen tussen 0 jaar en de wettelijke pensioenleeftijd, alsook referentiepersonen, die volgens de door de Regering vastgestelde criteria een ondersteuningsbehoefte hebben (artikel 4, 9°, van het voorontwerp). Referentiepersonen zijn personen die niet-beroepshalve zorgen voor een oudere of een persoon met ondersteuningsbehoefte met wie zij een nauwe band hebben (artikel 4, 15°, van het voorontwerp).

dienstverrichters met een vergunning kan bijkomend geregeld worden in een beheerscontract tussen de Regering en de dienstverrichter.

Hoofdstuk 5 regelt het ondersteuningsplan dat vereist is voor ouderen met ondersteuningsbehoefte en personen met ondersteuningsbehoefte die gebruik willen maken van bepaalde vormen van personenondersteuning.

Hoofdstuk 6 heeft betrekking op de ondersteuning van proefprojecten en op de verplichting voor de dienstverrichters om voor elke woonzorgzone een netwerk te vormen voor samenwerking.

Hoofdstuk 7 betreft de verplichting voor de gemeenteraden van elke gemeente van het Duitse taalgebied om een gemeentelijke adviescommissie ter behartiging van de belangen van ouderen op te richten en regelt de samenstelling, het voorzitterschap, de werkwijze en de opdracht van deze commissies.

Hoofdstuk 8 richt een adviescommissie voor de ondersteuning van ouderen op en regelt de taken, de samenstelling, de werkwijze, de rapportering en de vergoedingen van de leden ervan.

Hoofdstuk 9 betreft de verwerking van persoonsgegevens ter uitvoering van het decreet. Het legt een vertrouwelijkheidsverplichting op aan de dienstverrichters, de Regering en andere personen die bij de uitvoering van het ontworpen decreet en de uitvoeringsbepalingen ervan betrokken zijn. Het bepaalt wie verantwoordelijk is voor de verwerking van de persoonsgegevens, alsook de finaliteit van de verwerking, de omschrijving van de te verwerken persoonsgegevens en de maximale duur van de gegevensverwerking.

Hoofdstuk 10 regelt de aanwijzing door de Regering van een natuurlijke persoon of een rechtspersoon die belast is met de behandeling van klachten over dienstverrichters.

Hoofdstuk 11 regelt het toezicht door inspecteurs die door de Regering worden aangewezen, eventueel bijgestaan door externe deskundigen, de jaarlijkse indiening van een activiteitenverslag door de dienstverrichters bij de Regering, het bezorgen van informatie en statistische gegevens door de dienstverrichters aan de Regering en de aanwijzing van een commissaris-afgevaardigde bij ernstige tekortkomingen in een woonzorgcentrum. Het bevat ook een strafbepaling.

Hoofdstuk 12 bevat de slotbepalingen, namelijk een wijzigingsbepaling, opheffingsbepalingen, overgangsbepalingen en een bepaling die de inwerkingtreding op 1 januari 2019 regelt.

Het voorontwerp komt in de plaats van het decreet van de Duitstalige Gemeenschap van 4 juni 2007 ‘über die Wohn-, Begleit- und Pflegestrukturen für Senioren, die Seniorenresidenzen und über die psychiatrischen Pflegewohnheime’ en van het decreet van de

Duitstalige Gemeenschap van 16 februari 2009 ‘über die Dienste der häuslichen Hilfe’, die worden opgeheven.⁴

VORMVEREISTEN

3. De vraag rijst of de bepalingen van het voorontwerp aangaande de financiering van de verscheidene dienstverrichters niet beschouwd moeten worden als een regeling inzake staatssteun in de zin van artikel 107 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU) die in beginsel onder het toepassingsgebied valt van de aanmeldingsplicht bij de Europese Commissie, zoals bedoeld in artikel 108, lid 3, van datzelfde verdrag. De gemachtigde verklaarde dat dit nog niet is gebeurd en dat ter zake het standpunt van de Raad van State wordt afgewacht.

In zoverre de subsidiëring betrekking heeft op diensten die te beschouwen zijn als diensten van algemeen belang, die een niet-economische activiteit uitoefenen (zie daarover ook opmerking 5.1), is de aanmelding niet vereist. Voor de subsidiëring van diensten die niet als dusdanig kunnen beschouwd worden, is de aanmelding wel vereist, tenzij een beroep kan worden gedaan op een vrijstellingsregeling⁵ en aan alle voorwaarden van deze vrijstellingsregeling is voldaan.

Eventueel kunnen de stellers van het voorontwerp contact nemen met de diensten van de Europese Commissie teneinde na te gaan of aanmelding al dan niet vereist is. Bij een ten onrechte niet-aanmelding dreigt immers een draconische sanctie. Niet-aangemelde staatssteun is immers *per se* onwettig (zelfs indien ze verenigbaar verklaard zou kunnen worden indien ze correct werd aangemeld),⁶ en die onwettigheid moet door elke rechter, desnoods ambtshalve, worden opgeworpen,⁷ zonder dat de begunstigden van de steun zich op een gewekt vertrouwen kunnen beroepen om de terugbetaling van de steun (met interest) te verhinderen.⁸ De nationale

⁴ Het decreet van 4 juni 2007 blijft evenwel van kracht voor psychiatrische verzorgingstehuizen. Zie daarover opmerking 25.

⁵ Zie onder meer het besluit 2012/21/EU van de Commissie van 20 december 2011 ‘betreffende de toepassing van artikel 106, lid 2, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst, verleend aan bepaalde met het beheer van diensten van algemeen economisch belang belaste ondernemingen’, verordening (EU) nr. 360/2012 van de Commissie van 25 april 2012 ‘betreffende de toepassing van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op de-minimissteun verleend aan diensten van algemeen economisch belang verrichtende ondernemingen’, verordening (EU) nr. 1407/2013 van de Commissie van 18 december 2013 ‘betreffende de toepassing van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op de-minimissteun’ en verordening (EU) nr. 651/2014 van de Commissie van 17 juni 2014 ‘waarbij bepaalde categorieën steun op grond van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag met de interne markt verenigbaar worden verklaard’.

⁶ HvJ 8 december 2011, C-275/10, *Residex Capital IV*, punt 28, met verwijzing naar arresten van 21 november 1991, *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires en Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon*, C-354/90, punt 17, en 27 oktober 2005, *Distribution Casino France e.a.*, C-266/04-C-270/04, C-276/04 en C-321/04-C-325/04, punt 30; HvJ 5 maart 2015, C-667/13, *Estado Português*, punt 59 en 60.

⁷ HvJ 18 juli 2007, C-119/05, *Lucchini*, punt 61; HvJ 26 oktober 2016, C-590/14 P, *Dimosia Epicheirisi Ilektrismou AE*, punten 98-101.

⁸ HvJ 20 maart 1997, C-24/95, *Alcan*; HvJ 29 april 2004, C-278/00, *Helleense Republiek*, punt 108. Zie ook: N. DE VOS, ‘De rol van het Europese en het Belgische vertrouwensbeginsel bij de terugvordering van Europese

rechter is bevoegd om vast te stellen of een maatregel als nieuwe staatssteun moet worden aangemerkt en of, indien dat het geval is, die maatregel bij de Commissie moest worden aangemeld alvorens tot uitvoering te worden gebracht.⁹

4. Indien de aan de Raad van State voorgelegde tekst ten gevolge van dit vormvereiste nog wijzigingen zou ondergaan, moeten de gewijzigde of toegevoegde bepalingen, ter inachtneming van het voorschrift van artikel 3, § 1, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, aan de afdeling Wetgeving worden voorgelegd.

ALGEMENE OPMERKINGEN

A. De toepasselijkheid van en de toetsing aan de dienstenrichtlijn

5. Luidens artikel 1 van het voorontwerp wordt voorzien in de gedeeltelijke omzetting van richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 ‘betreffende diensten op de interne markt’ (hierna: dienstenrichtlijn). Overeenkomstig artikel 2 is het ontworpen decreet van toepassing op alle dienstverrichters die werkzaam zijn op het gebied van personenondersteuning en die de in hoofdstuk 2 vermelde activiteiten van personenondersteuning en van het georganiseerd aanbod aan ondersteuningsdiensten in de Duitstalige Gemeenschap aanbieden.

De memorie van toelichting bevat een uitgebreide bespreking van de verenigbaarheid van het voorontwerp met de dienstenrichtlijn, waarin voor elke dienst die in het voorontwerp wordt geregeld, wordt nagegaan of hij onder de dienstenrichtlijn valt of niet.

5.1. Daarbij wordt evenwel geen aandacht besteed aan de vraag of sommige van die diensten eventueel beschouwd moeten worden als niet-economische diensten van algemeen belang, die buiten het toepassingsgebied van het VWEU en van de dienstenrichtlijn vallen (zie artikel 2, lid 2, a), van de dienstenrichtlijn, alsook protocol nr. 26 ‘betreffende de diensten van algemeen belang’ bij het VWEU). Indien het daarentegen gaat om een “economische activiteit, anders dan in loondienst, die gewoonlijk tegen vergoeding geschiedt, zoals bedoeld in [artikel 57 VWEU]”,¹⁰ is de dienstenrichtlijn in beginsel wel toepasselijk, onverminderd de mogelijkheid dat het gaat om diensten van de gezondheidszorg of om bepaalde sociale diensten die eveneens buiten het toepassingsgebied van de dienstenrichtlijn vallen (zie daarover opmerkingen 5.2 en 5.3).

Of sommige van de betrokken diensten effectief als niet-economische diensten van algemeen belang kunnen worden beschouwd, hangt af van de vraag of ze al dan niet tegen een economische tegenprestatie worden verricht. Dat de gebruiker van de dienst tot op zekere hoogte

subsidies en staatssteun”, *RW* 2012-13, p. 130-131, nrs. 26 en 30; K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *European Union Law*, Sweet & Maxwell, 2011, p. 377, nr. 11-026.

⁹ GwH 6 april 2011, nr. 50/2011, B.12.3.1 tot B.12.3.4; GwH 17 juli 2014, nr. 106/2014, B.27.2; GwH 5 februari 2015, nr. 15/2015, B.6.3 en B.6.4; GwH 17 september 2015, nr. 114/2015, B.30.2.

¹⁰ Zie artikel 4, 1), van de richtlijn.

de werkingskosten van die dienst moet helpen dragen, doet niet af aan de aard van de betrokken dienst.¹¹ Toch moet de kwalificatie van sommige van de betrokken diensten als niet-economische diensten van algemeen belang met grote behoedzaamheid worden benaderd. Zo kan de loutere omstandigheid dat een dienst voornamelijk met overheidsmiddelen wordt gefinancierd, niet automatisch tot deze kwalificatie leiden; de aard van de dienst moet mee in aanmerking worden genomen. Zoals blijkt uit wat volgt, zijn het Hof van Justitie en het Grondwettelijk Hof er voor een aantal diensten alvast impliciet vanuit gegaan dat ze niet onder deze uitzonderingsgrond vallen.

5.2. In de memorie van toelichting wordt evenmin ingegaan op de hypothese dat sommige van de betrokken diensten buiten het toepassingsgebied zouden kunnen vallen van de dienstenrichtlijn omdat het gaat om “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”, zoals bedoeld in artikel 2, lid 2, j), van de dienstenrichtlijn.

Volgens het Hof van Justitie moet daarvoor voldaan zijn aan twee cumulatieve voorwaarden.¹² Enerzijds, wat de aard van de uitgeoefende activiteit betreft, moet het gaan om activiteiten die van wezenlijk belang zijn om het grondrecht op menselijke waardigheid en integriteit te verzekeren en die een uiting vormen van de beginselen van sociale samenhang en solidariteit (punt 43)¹³ en, anderzijds, wat de status van de verrichter van de diensten betreft, moet een particuliere dienstverrichter worden geacht door de staat te zijn ‘gemachtigd’ voor zover hij ‘verplicht’ is de aan hem opgedragen sociale diensten te verrichten, hetgeen inhoudt dat er een verbintenis is om de betrokken diensten te verstrekken, dat bepaalde specifieke uitoefeningsvoorwaarden in acht moeten worden genomen en dat er een machtigingsbesluit bestaat waarbij een particuliere dienstverrichter duidelijk en transparant met de door hem uit te voeren socialedienstverplichting wordt belast (punten 46, 47 en 48). De enkele omstandigheid dat een nationale autoriteit, wegens redenen van algemeen belang, maatregelen vaststelt waarbij aan alle marktdeelnemers in een bepaalde economische sector vergunnings- of exploitatievoorschriften worden opgelegd, vormt op zich niet een dergelijk machtigingsbesluit (punt 49). De sociale dienst moet ook de hoofdactiviteit uitmaken van de betrokken dienstverlener (punt 33).

Het Grondwettelijk Hof heeft geoordeeld dat voor de centra voor dagopvang en de centra voor nachtopvang in een regeling van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie niet voldaan is aan de tweede zo-even aangehaalde voorwaarde, omdat er niet kan worden besloten tot het bestaan van een mandaat in de zin van de richtlijnbevestiging. De erkenningsregeling houdt niet in dat de voorzieningen, door het effect van de erkenning, ermee zouden zijn belast verplichtingen van openbare dienst uit te voeren die nauwkeurig zijn

¹¹ Zie ook HvJ 27 september 1988, zaak 263/86, *Humbel* en HvJ 7 december 1993, C-109/92, *Wirth*.

¹² HvJ 11 juli 2013, C-57/12, *Fédération des maisons de repos privées de Belgique (Femarbel)*.

¹³ Wat betreft de bejaardenzorg waarover het in het voormelde arrest gaat, wordt verwezen naar “de hulp en bijstand aan bejaarden (...) die wegens een volledig of gedeeltelijk gebrek aan onafhankelijkheid permanente of tijdelijke bijzondere behoeften hebben en gevaar lopen te worden gemarginaliseerd” (punt 43).

gedefinieerd, zonder een einde te kunnen maken aan de exploitatie voor het verstrijken van de periode waarvoor de erkenning wordt verleend.¹⁴

In een eerdere zaak over een Waalse decretale regeling had het Grondwettelijk Hof met betrekking tot rustoorden voor bejaarden en rust- en verzorgingstehuizen geoordeeld dat “rekening houdend met het feit dat die uitsluiting enkel betrekking heeft op bepaalde sociale diensten verleend door de Staat of door dienstverrichters die daarvoor een opdracht hebben of een mandaat hebben gekregen van de Staat of door liefdadigheidsinstellingen die als zodanig door de Staat zijn erkend, niet van toepassing zijn op de *inrichtingen voor bejaarde personen die door particulieren worden beheerd* (...), zodat de rustoorden en de rust- en verzorgingstehuizen, in hun totaliteit, de genoemde uitsluiting niet kunnen genieten”.¹⁵

Ook hier moet bijgevolg met grote omzichtigheid worden beoordeeld of deze uitzonderingsgrond relevant zou kunnen zijn voor de ontworpen decretale regeling, in het bijzonder gelet op de tweede voorwaarde die het Hof van Justitie heeft geformuleerd.

5.3. Ten slotte kan een dienst uitgezonderd worden van het toepassingsgebied van de dienstenrichtlijn indien het gaat om “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” (artikel 2, lid 2, f), van de dienstenrichtlijn). Volgens het Handboek voor de implementatie van de dienstenrichtlijn¹⁶ moet het gaan om activiteiten die zijn bedoeld om de gezondheidstoestand van patiënten te beoordelen, te handhaven of te verbeteren en om activiteiten die in de lidstaat waar de dienst wordt verricht, zijn voorbehouden aan beoefenaren van gereguleerde beroepen in de gezondheidszorg. Het Hof van Justitie bevestigde deze voorwaarden en voegde daaraan toe dat de gezondheidszorg ook een hoofdactiviteit moet vormen voor de betrokken dienstverrichter.¹⁷

Het Grondwettelijk Hof oordeelde aan de hand van deze criteria met betrekking tot een regeling van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie dat centra voor dagopvang en de centra voor nachtopvang niet onder deze uitzonderingsgrond vallen omdat de verstrekte gezondheidszorg geen hoofdbestanddeel vormt van alle diensten die deze centra aanbieden.¹⁸ Eerder al had het Hof beslist dat ook service-residenties niet onder de uitzonderingsgrond vallen omdat er geen gezondheidszorg wordt verstrekt.¹⁹ Voor rustoorden, rust- en verzorgingstehuizen

¹⁴ GwH 23 januari 2014, nr. 6/2014, B.17-B.27.

¹⁵ GwH 9 december 2010, nr. 135/2010, B.6.2.

¹⁶ *Handboek voor de implementatie van de Dienstenrichtlijn*, Luxemburg, Bureau voor officiële Publicaties der Europese Gemeenschappen, 2007, 12.

¹⁷ HvJ 11 juli 2013, C-57/12, *Fédération des maisons de repos privées de Belgique (Femarbel)*, overwegingen 33 tot 41.

¹⁸ GwH 23 januari 2014, nr. 6/2014, B.13-B.16.

¹⁹ GwH 25 januari 2012, nr. 10/2012, B.15.1.

en dagverzorgingscentra daarentegen aanvaardde het Grondwettelijk Hof in een nog eerder arrest dat de uitzonderingsgrond inzake diensten van de gezondheidszorg toepasselijk was.²⁰

5.4. De toepassing van de zo-even aangehaalde criteria op de verscheidene diensten die in het voorontwerp aan bod komen, vergt terreinkennis waarover de Raad van State niet beschikt. Daarbij komt dat de precieze aard van de aangeboden diensten pas duidelijker naar voor zal komen in de eventueel beoogde erkennings- en vergunningsvoorwaarden, die pas ter uitvoering van de thans ontworpen regeling zullen worden vastgesteld.

Het staat dan ook aan de stellers van het voorontwerp om de denkoefening met betrekking tot de toepasselijkheid van de richtlijn over te doen met de voormelde criteria in het achterhoofd en om de uiteenzetting ter zake in de memorie van toelichting aan te vullen en aan te passen waar nodig.

6. In zoverre dit nieuwe onderzoek door de stellers van het voorontwerp leidt tot de toepasselijkheid van de dienstenrichtlijn, moet worden getoetst aan de bepalingen van de hoofdstukken III (“Vrijheid van vestiging van dienstverrichters”) en IV (“Vrij verkeer van diensten”)²¹ ervan, althans in zoverre bij artikel 29 van het voorontwerp een vergunningsplicht wordt ingesteld, waardoor een vergunningstelsel als bedoeld in artikel 4, 6), van de dienstenrichtlijn zal gelden.

Voor de aan de dienstenrichtlijn onderworpen diensten waarvoor bij het voorontwerp een vrijwillig aan te vragen kwaliteitslabel (artikel 20 van het voorontwerp) of een vrijwillig aan te vragen erkenning (artikelen 40 en 41 van het voorontwerp) geldt of waarvoor de uitoefening volledig vrij is, gaat het niet om een dergelijk vergunningsstelsel en is geen toetsing aan de voornoemde hoofdstukken van de dienstenrichtlijn vereist.

6.1. Artikel 11, lid 1, van de dienstenrichtlijn gaat in beginsel uit van een onbeperkte geldingsduur van de vergunning. Aangezien de exploitatievergunning overeenkomstig de artikelen 30, § 3, en 32, § 1, vijfde lid, van het voorontwerp voor onbepaalde duur wordt toegestaan, rijst ter zake geen probleem, behalve in zoverre overeenkomstig de laatstgenoemde bepaling de Regering kan bepalen in welke uitzonderlijke gevallen een exploitatievergunning voor bepaalde duur wordt verleend. Een dergelijke beperking in de tijd van de exploitatievergunning is volgens de voormelde richtlijnbeepaling enkel mogelijk indien a) de vergunning automatisch wordt verlengd of alleen afhankelijk is van de voortdurende vervulling van de voorwaarden, b) het aantal beschikbare vergunningen beperkt is door een dwingende reden van algemeen belang, of c) een beperkte duur gerechtvaardigd is om een dwingende reden van algemeen belang. Er zal bijgevolg moeten worden aangetoond dat aan een of meer van deze voorwaarden is voldaan.

²⁰ GwH 9 december 2010, nr. 135/2010, B.6.1-B.6.3.

²¹ Wat hoofdstuk IV betreft, in zoverre de diensten ook bij wege van tijdelijke, occasionele dienstverrichting op het grondgebied van de Duitstalige Gemeenschap kunnen verricht worden door dienstverrichters die gevestigd zijn in een andere lidstaat van de EU, de Europese Economische Ruimte (EER) of een gelijkgestelde staat.

6.2. Wat betreft de nog aan te nemen uitvoeringsbesluiten met betrekking tot de vergunningsprocedure en de vergunningsvoorwaarden zal erop moeten worden toegezien dat de relevante richtlijnbepalingen in acht worden genomen.

B. De verwerking van persoonsgegevens

7. De artikelen 74 tot 78 van het voorontwerp hebben betrekking op de regeling inzake de verwerking van persoonsgegevens.

7.1. Het recht op eerbiediging van het privé- en gezinsleven wordt op algemene wijze gewaarborgd bij artikel 22 van de Grondwet, artikel 8 van het Europees Verdrag over de rechten van de mens (EVRM), artikel 17 van het Internationaal Verdrag inzake burgerlijke rechten en politieke rechten en artikel 16 van het Internationaal Verdrag inzake de rechten van het kind. Opdat een inmenging in dit recht verantwoord zou zijn, is onder meer vereist dat de inmenging noodzakelijk is in een democratische samenleving, hetgeen inhoudt dat de aangewende middelen evenredig moeten zijn met het beoogde doel.

Op grond van de genoemde bepalingen heeft eenieder onder meer recht op bescherming tegen inmenging in het privéleven ten gevolge van de verwerking van persoonsgegevens. De verwerking van persoonsgegevens maakt het voorwerp uit van specifieke regelingen, met name het Europees Verdrag ‘tot bescherming van personen ten opzichte van de geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens’, ondertekend te Straatsburg op 28 januari 1981, verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 ‘betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensverwerking)’ (hierna: AVG) en de wet van 30 juli 2018 ‘betreffende de bescherming van natuurlijke personen met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens’²².

Gelet op het legaliteitsbeginsel vervat in artikel 22 van de Grondwet moeten de aard van de persoonsgegevens en de finaliteit van de verwerking in het ontworpen decreet worden bepaald. De gemachtigde bevestigde dat ter zake nog de volgende aanvullingen noodzakelijk zijn:

- In artikel 75, eerste en tweede lid, van het voorontwerp moet ook melding worden gemaakt van de dienstverrichters bedoeld in de artikelen 8, 9, 19 en 20 (en dus niet alleen de dienstverrichters die een vergunning of een erkenning hebben gekregen).
- In artikel 75, tweede lid, van het voorontwerp moet ook worden verwezen naar de opdrachten vervat in hoofdstuk 3 (namelijk de vergunnings- en erkenningsvoorwaarden) en niet enkel naar de opdrachten vervat in de hoofdstukken 2, 4 en 11.

²² Luidens artikel 2 van deze wet is de verordening ook van toepassing op de verwerking van persoonsgegevens bedoeld in de artikelen 2.2.a) en 2.2.b) van de verordening.

- In artikel 77, § 1, van het voorontwerp moet niet alleen worden verwezen naar de dienstverrichters die een vergunning hebben gekregen, maar ook naar de dienstverrichters die een erkenning hebben gekregen en de dienstverrichters bedoeld in de artikelen 8, 9, 19 en 20.
- In artikel 77, § 1, 1°, van het voorontwerp schrijve men beter: “de oudere of de persoon met ondersteuningsbehoefte” in plaats van “de persoon”.
- In artikel 77 van het voorontwerp moet ook melding worden gemaakt van de persoonsgegevens betreffende de gezinsleden van de persoon.
- Indien het de bedoeling is om ter uitvoering van artikel 31, § 2, eerste lid, 9°, van het voorontwerp ook een uittreksel uit het strafregister of een medisch attest betreffende de personeelsleden op te vragen en bij te houden, moet daarvan ook melding worden gemaakt in artikel 77 van het voorontwerp. Dat geldt ook voor de identificatiegegevens en de opleidingsgegevens van die personeelsleden.

De stellers van het voorontwerp moeten ten slotte nagaan of ook de externe deskundigen bedoeld in artikel 80, § 2, van het voorontwerp moeten worden vermeld, naast de inspecteurs die al worden vermeld in artikel 77, § 1, van het voorontwerp.

7.2. Artikel 5, lid 1, b), van de AVG bepaalt dat persoonsgegevens voor welbepaalde, uitdrukkelijk omschreven en gerechtvaardigde doeleinden moeten worden verkregen en niet mogen worden verwerkt op een wijze die onverenigbaar is met die doeleinden. Artikel 6 van de AVG bepaalt de gevallen waarin verwerking van persoonsgegevens rechtmatig is. De artikelen 9 en 10 van de AVG bepalen de gevallen waarin verwerking van bijzondere persoonsgegevens is toegelaten, waaronder gegevens die de gezondheid betreffen.

De Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer heeft in advies nr. 32/2018 van 11 april 2018 opgemerkt dat de beoogde verwerkingen van persoonsgegevens steunen op artikel 6, lid 1, e), van de verordening en op artikel 9, lid 2, g) en h), van de verordening (dat laatste wat betreft de verwerking van gezondheidsgegevens). Ook wat de gerechtelijke gegevens betreft, moet volgens de Commissie worden nagegaan op grond van welke bepaling van de AVG of van de wet van 30 juli 2018²³ de verwerking is toegelaten.

7.3. In het voormelde advies beveelt de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer aan om de beveiligingsmaatregelen bij een uitvoeringsbesluit te preciseren. In de memorie van toelichting wordt gesteld dat een dergelijk besluit aan de Gegevensbeschermingsautoriteit zal worden voorgelegd. In het voorontwerp komt echter geen delegatie voor aan de Regering om de beveiliging van de verwerking van persoonsgegevens nader te regelen. De gemachtigde verklaarde daarover het volgende:

²³ Titel 2 van die wet vormt immers ook de omzetting van richtlijn (EU) 2016/680 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 ‘betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens door bevoegde autoriteiten met het oog op de voorkoming, het onderzoek, de opsporing en de vervolging van strafbare feiten of de tenuitvoerlegging van straffen en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Kaderbesluit 2008/977/JBZ van de Raad’.

“Artikel 77 §3 des Dekretentwurfs müsste dahingehend erweitert werden, dass die Regierung auch die Sicherheitsmaßnahmen bei der Verarbeitung festlegt.”

Een dergelijke machtiging is evenwel niet op haar plaats in artikel 77 van het voorontwerp, dat betrekking heeft op de categorieën van de te verwerken persoonsgegevens. Ze wordt het best in een afzonderlijk artikel ondergebracht.

C. Motiveringsplicht

8. In de artikelen 14, tweede lid, 16, tweede lid, 17, tweede lid, 23, tweede lid, 24, derde lid, 31, § 2, derde lid, 33, § 1, tweede lid, 44, tweede lid, wordt de Regering gemachtigd om “in (besonders) begründeten Ausnahmefällen” of in “besonders begründeten Fällen” bepaalde maatregelen te nemen. Uit die bepalingen kan niet steeds met zekerheid worden opgemaakt of een beslissingsbevoegdheid in individuele gevallen wordt beoogd, dan wel een reglementaire bevoegdheid, wat alleszins beter zou worden gepreciseerd.

8.1. In zoverre een individuele beslissingsbevoegdheid wordt beoogd, is het opleggen van een dergelijke motiveringsplicht overbodig en misleidend. Het is overbodig omdat die beslissingen onder de toepassing vallen van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ en de verplichting tot formele motivering reeds uit die wet voortvloeit. Het is misleidend omdat dergelijke bepalingen ten onrechte de indruk wekken dat de formele motiveringsverplichting niet bestaat zonder dat zulks erin uitdrukkelijk wordt voorgeschreven. Tenzij een verdergaande motiveringsplicht wordt beoogd dan diegene die voortvloeit uit de wet van 29 juli 1991, in welk geval de draagwijdte ervan dient te worden omschreven, moet de ontworpen bepaling worden weggelaten.

8.2. In zoverre een reglementaire bevoegdheid wordt beoogd, houden de ontworpen bepalingen in dat in de betrokken besluiten van de Regering een dergelijke motivering zal moeten worden opgenomen, ook al is dat niet gebruikelijk voor reglementaire besluiten. Het is echter de vraag of het effectief de bedoeling is van de stellers van het voorontwerp om te voorzien in een dergelijke motiveringsplicht, die naderhand door de rechter zal kunnen worden getoetst. Zo niet, moet de verwijzing naar de motivering worden weggelaten in de aangehaalde ontworpen bepalingen.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 26

9. Artikel 26, eerste lid, van het voorontwerp houdt in dat slechts één samenwerkingsverband voor palliatieve zorg vergund kan worden. De gemachtigde gaf hiervoor de volgende verantwoording:

“[D]iese Bestimmung [wurde] angesichts der Größe der Deutschsprachigen Gemeinschaft festgelegt. Es würde wenig Sinn machen, in einem so kleinen Gebiet wie der Deutschsprachigen Gemeinschaft die vorhandenen Kompetenzen zu streuen. Dadurch, dass es nur einen einzigen Palliativpflegeverband geben wird, sollen folglich die doch

sehr spezifischen Kompetenzen, die in der Palliativpflege von Nöten sind, gebündelt bzw. aufgebaut werden.”

10. In artikel 26, derde lid, van het voorontwerp wordt de Regering gemachtigd om de samenstelling²⁴ van het team vast te leggen. De gemachtigde verklaarde daarover het volgende:

“Durch diese Delegation soll die Zusammensetzung des Teams festgelegt werden. Dafür soll einerseits die Mindestanzahl Mitglieder vorgesehen werden und andererseits die Bedingungen über die fachliche Qualifikation, über die die Mitglieder verfügen müssen.”

Dit kan het best worden verduidelijkt in de ontworpen bepaling.

Artikel 27

11. Artikel 27 van het voorontwerp, mede gelezen in samenhang met artikel 26, is onduidelijk geformuleerd. Paragraaf 1, eerste lid, van artikel 27 houdt in dat het samenwerkingsverband voor palliatieve zorg (de enige dienst die wordt geregeld in hoofdstuk 2, afdeling 3) onder een programmatie valt, terwijl paragraaf 1, tweede lid, 1°, c), precies het tegendeel bepaalt, namelijk dat het samenwerkingsverband voor palliatieve zorg niet onder een programmatie valt. Bovendien bepaalt artikel 26 “[i]n afwijking van artikel 27” dat in het Duitse taalgebied slechts aan één samenwerkingsverband voor palliatieve zorg een vergunning kan worden toegekend, wat eigenlijk neerkomt op een programmatie die in het ontworpen decreet zelf wordt bepaald.

Het is dan ook aangewezen om de inhoud van artikel 26 over te brengen naar artikel 27 van het voorontwerp en artikel 27 te herschrijven zodat er geen dubbelzinnigheid uit blijkt omtrent het al dan niet onderworpen zijn van het samenwerkingsverband voor palliatieve zorg aan een programmatie.

Artikel 30

12. Artikel 30, § 3, tweede zin, van het voorontwerp, dat handelt over de onbeperkte duur van de exploitatievergunning, is overbodig en hoort niet op deze plaats thuis. De in beginsel onbeperkte duur van de exploitatievergunning wordt immers ook (en uitgebreider) geregeld in artikel 32, § 1, vijfde lid, van het voorontwerp. Bovendien wordt in die paragraaf 1 ook de duur van de planningsvergunning geregeld.

Artikel 32

13. Uit artikel 32, § 2, 2°, van het voorontwerp blijkt niet duidelijk wie moet vaststellen dat de gegevens niet correct zijn (de dienstverrichter zelf, een toezichthouder, ...). Dit moet worden verduidelijkt.

²⁴ In de Nederlandse vertaling wordt verkeerdelijk “samenwerking” in plaats van “samenstelling” vermeld.

14. Het is niet duidelijk wat in artikel 32, § 2, 3°, wordt bedoeld met “zusätzliches Unterstützungsangebot”. Indien wordt bedoeld dat de dienstverrichter een nieuwe aanvraag moet indienen wanneer hij een nieuwe, nog niet vergunde ondersteuningsdienst als bedoeld in artikel 29 wil aanbieden, zou dat duidelijker kunnen worden bepaald.

Artikel 43

15. In artikel 43, vierde lid, van het voorontwerp wordt bepaald dat artikel 32, §§ 2 en 3, *mutatis mutandis* van toepassing is op de verdere erkenningsprocedure. De laatstgenoemde bepaling, die betrekking heeft op de vergunningsprocedure, kan echter niet zonder meer worden toegepast op de erkenningsprocedure (zie bijvoorbeeld artikel 32, § 2, 3°). Het is dan ook raadzaam om een aangepaste versie van artikel 32, §§ 2 en 3, uit te werken voor de erkenningsprocedure.

Artikel 47

16.1. Artikel 47, eerste lid, van het voorontwerp bepaalt dat de subsidiëring “kan” geschieden binnen de perken van de beschikbare begrotingskredieten en via een overeenkomst tussen de Regering en de dienstverrichter. Op de vraag of het woord “kan” werkelijk nodig is wanneer wel degelijk begrotingskredieten beschikbaar zijn, antwoordde de gemachtigde het volgende:

“Dieses ‘kann’ unterstreicht die Tatsache, dass das Angebot ohne Finanzierung erbracht werden kann beziehungsweise, dass in einem Vertrag die Modalitäten festgehalten werden. So erhält beispielsweise ein Dienstleister nicht automatisch eine Finanzierung, nur weil er niederschwellige Angebote erbringt. Nur wenn ein Vertrag abgeschlossen und dort festgelegte Standards erreicht werden, kann eine Finanzierung mittels Vertrag erfolgen.”

16.2. Op de vraag wat in artikel 47, tweede lid, bedoeld wordt met de “daarmee samenhangende raamvoorwaarden” die de Regering kan vaststellen, antwoordde de gemachtigde als volgt:

“Hier sollen Form und Inhalt der Verträge, einschließlich der Finanzierungsbedingungen, festgelegt werden.”

Wat betreft de in artikel 47, derde lid, bedoelde mogelijkheid voor de dienstverrichter om een financiële bijdrage te vragen aan de ouderen en de personen met ondersteuningsbehoefte, verklaarde de gemachtigde het volgende:

“Der finanzielle Beitrag für diese Angebote kann frei durch den Dienstleister festgelegt werden. Er kann dann in den gemeinsam erarbeiteten Vertragsbestimmungen aufgenommen werden.”

De voorwaarden waaraan de dienstverrichter moet voldoen om in aanmerking te komen voor de subsidiëring moeten in de eerste plaats worden bepaald in een besluit van de Regering ter uitvoering van de delegatie vervat in artikel 47, tweede lid. In dat besluit zullen, zoals de gemachtigde verklaarde, de inhoudelijke en vormelijke elementen moeten worden

geregeld die in de overeenkomst tussen de Regering en de dienstverrichter aan bod zullen moeten komen. In elk geval zal die overeenkomst, gelet op de regels betreffende de uitoefening van de normatieve functie, beperkt moeten blijven tot praktische afspraken omtrent de concretisering van hetgeen in het ontworpen decreet en in het voormelde besluit reeds wordt bepaald.

Die opmerking geldt ook voor het beheerscontract bedoeld in artikel 60 van het voorontwerp.

Artikel 48

17. Het opschrift van afdeling 2 (dat voorafgaat aan artikel 48 van het voorontwerp) luidt: “Georganiseerd aanbod aan ondersteuningsdiensten”. Dat die afdeling van toepassing is op de ondersteuningsdiensten, blijkt echter niet uit de artikelen van die afdeling. Dit moet worden verholpen, aangezien opschriften op zich geen normatieve waarde hebben.

18. In artikel 48, eerste en derde lid, van het voorontwerp zou duidelijkheidshalve beter worden bepaald dat het gaat om een financiële bijdrage *van de gebruiker*.

19. In artikel 48, derde lid, van het voorontwerp wordt bepaald dat dienstverrichters die serviceflats aanbieden, uitsluitend een financiële bijdrage kunnen vragen (en dus niet in aanmerking kunnen komen voor subsidies). De gemachtigde verantwoordde dit als volgt:

“Dienstleister des Betreuten Wohnens erhalten keine Zuschussung. Sie können lediglich einen finanziellen Beitrag des Seniors verlangen. Das betreute Wohnen ist nämlich immer an ein Wohn- und Pflegezentrum angegliedert. Die Leistungen des Personals in den betreuten Wohnungen werden vom Personal des Wohn- und Pflegezentrum geleistet und über den Zuschuss des Wohn- und Pflegezentrums bezuschusst.”

Artikel 55

20. De gemachtigde verklaarde dat met de voorschriften betreffende het administratief personeel, waarvan gewag wordt gemaakt in artikel 55, § 1, vijfde lid, en § 5, 3°, van het voorontwerp, het minimumaantal administratieve personeelsleden en de kwalificatievereisten worden bedoeld. Dat kan beter met zoveel woorden worden bepaald.

21. Op de vraag wat in artikel 55, § 5, 6°, wordt bedoeld met de “andere subsidiecategorieën”, verklaarde de gemachtigde het volgende:

“Die Zuschusskategorien sind in §1 Absatz 2 beschrieben. Dabei handelt es sich um den Basiszuschuss, den Zuschuss für besondere Angebote und die Funktionspauschale. Es könnten möglicherweise in Zukunft weitere Kategorien entstehen, wenn die Angebotspalette der betroffenen Dienstleister erweitert wird. Durch die Delegation soll die Möglichkeit gegeben sein, entsprechende Vorgaben auf Erlassebene vorzusehen.”

Dit kan beter worden verduidelijkt in de ontworpen bepaling.

Artikel 60

22. Op de vraag of de bepalingen inzake de financiering in afdeling 2 van hoofdstuk 4 nog wel gelden indien een beheersovereenkomst wordt gesloten overeenkomstig artikel 60 van het voorontwerp, antwoordde de gemachtigde het volgende:

“Die in Kapitel 2 festgelegten Vorgaben sind auch im Falle eines Geschäftsführungsvertrags vollumfänglich anwendbar und können nicht durch eine vertragliche Regelung umgangen werden.”

Ook dit moet worden verduidelijkt.

Artikel 75

23. In artikel 75, derde lid, van het voorontwerp kan beter worden bepaald dat de verwerking van persoonsgegevens geschiedt met inachtneming van “de regelgeving over de bescherming van natuurlijke personen bij de verwerking van persoonsgegevens”. De vermelding van enkel de AVG volstaat immers niet.

Artikel 79

24. Bij artikel 79, tweede lid, van het voorontwerp wordt de Regering gemachtigd om “de nadere regels” te bepalen, allicht met betrekking tot hetgeen in het eerste lid wordt bepaald. Op de vraag wat precies wordt bedoeld met die nadere regels, antwoordde de gemachtigde het volgende:

“Durch diese Delegation soll die Arbeitsweise der Beschwerdestelle sowie die entsprechenden Verfahrensfragen festgelegt werden.”

Die elementen moeten worden vermeld in de ontworpen delegatie, aangezien die anders neerkomt op een overbodige parafrasering van de algemene uitvoeringsbevoegdheid van de Regering.

Artikelen 85 en 88

25. Artikel 88 van het voorontwerp houdt in dat het decreet van 4 juni 2007 voor de psychiatrische verzorgingstehuizen van kracht blijft, zoals het gold op 31 december 2018, terwijl dat decreet bij artikel 85, 5°, van het voorontwerp formeel wordt opgeheven. Een dergelijke werkwijze is verwarrend en rechtsonzeker.

De correcte werkwijze bestaat erin om in het decreet van 4 juni 2007 enkel die bepalingen op te heffen die niet langer van toepassing zijn op de psychiatrische verzorgingstehuizen en om in artikel 2 van dat decreet het toepassingsgebied ervan uitdrukkelijk te beperken tot de psychiatrische verzorgingstehuizen.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Astrid TRUYENS

Jo BAERT