



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 65.196/3
van 13 februari 2019

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse minister van Welzijn,
Volksgezondheid en Gezin 'tot uitvoering van artikel 48/10 van
bijlage XII bij het besluit van de Vlaamse Regering van
24 juli 2009 betreffende de programmatie, de
erkenningsvoorwaarden en de subsidieregeling voor
woonzorgvoorzieningen en verenigingen van gebruikers en
mantelzorgers betreffende de opleiding voor coördinerend en
raadgevend artsen'

Op 15 januari 2019 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 ministerieel besluit ‘tot uitvoering van artikel 48/10 van bijlage XII bij het besluit van de Vlaamse Regering van 24 juli 2009 betreffende de programmatie, de erkenningsvoorwaarden en de subsidieregeling voor woonzorgvoorzieningen en verenigingen van gebruikers en mantelzorgers betreffende de opleiding voor coördinerend en raadgevend artsen’.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 5 februari 2019. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Peter SOURBRON en Koen MUYLLE, staatsraden, Jan VELAERS en Bruno PEETERS, assessoren, en Helena KETS, toegevoegd griffier.

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

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 13 februari 2019.

*

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 VAN HET ONTWERP

2. Krachtens artikel 48/10 van bijlage XII van het besluit van de Vlaamse Regering van 24 juli 2009 ‘betreffende de programmatie, de erkenningsvoorwaarden en de subsidieregeling voor woonzorgvoorzieningen en verenigingen van gebruikers en mantelzorgers’,¹ is een van de specifieke bijkomende erkenningsvoorwaarden voor woonzorgcentra om een bijkomende erkenning te verkrijgen, het aanwijzen van een coördinerend en raadgevend arts die houder is van een attest dat is verkregen na het met vrucht afronden van een opleidingscyclus die daartoe door het agentschap Zorg en Gezondheid is erkend.

Het om advies voorgelegde ontwerp van besluit van de Vlaamse minister van Welzijn, Volksgezondheid en Gezin strekt ertoe de procedure voor de erkenning van deze opleiding vast te stellen (hoofdstuk 2, afdeling 1, van het ontwerp), alsook voor de wijziging (hoofdstuk 2, afdeling 3) en voor de intrekking (hoofdstuk 2, afdeling 4) van de erkenning. Bovendien worden nadere regels bepaald met betrekking tot de erkenningsbeslissing (hoofdstuk 2, afdeling 2) en de wijze waarop de opleiding dient te worden geëvalueerd (hoofdstuk 3).

RECHTSGROND

3. Behoudens voor de onderdelen die hierna worden besproken, is de rechtsgrond van het ontworpen besluit te vinden in artikel 48/10, § 1, vijfde lid, van bijlage XII bij het besluit van de Vlaamse Regering van 24 juli 2009, dat op zijn beurt rechtsgrond vindt in artikel 52/1 van het Woonzorgdecreet van 13 maart 2009.

3.1. Er dient een voorbehoud te worden gemaakt bij artikel 3 van het ontwerp, waarin wordt bepaald dat “[e]en opleiding die voldoet aan alle erkenningsvoorwaarden en de bijkomende kwaliteitscriteria, vermeld in artikel 48/10, §1, van bijlage XII van het besluit van 24 juli 2009, wordt erkend voor onbepaalde duur”.

Een minister beschikt enkel over de hem uitdrukkelijk toegewezen bevoegdheden en niet over een algemene uitvoeringsbevoegdheid zoals de Vlaamse Regering die wel heeft op grond van artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’. Vermits artikel 48/10, § 1, vijfde lid, van bijlage XII van het besluit van de Vlaamse Regering

¹ Ingevoegd bij artikel 571 van het besluit van de Vlaamse Regering van 30 november 2018 ‘houdende de uitvoering van het decreet van 18 mei 2018 houdende de Vlaamse sociale bescherming’, in werking getreden op 1 januari 2019.

van 24 juli 2009 geen machtiging inhoudt om de duur van de erkenning te regelen, dient artikel 3 uit het ontwerp weggelaten te worden.²

3.2. Luidens artikel 14 van het ontwerp kan geen aanspraak worden gemaakt op een vergoeding van de gemaakte kosten of voor het verlies van inkomsten ten gevolge van de weigering, wijziging of intrekking van de erkenning.

Het is niet duidelijk wat daarvoor de rechtsgrond is. Een dergelijke regel kan niet worden gestoeld op de machtiging in artikel 48/10, § 1, vijfde lid, van bijlage XII van het besluit van de Vlaamse Regering van 24 juli 2009.

3.3. Ook artikel 11, tweede lid, van het ontwerp ontbeert rechtsgrond (zie opmerking 18).

VORMVEREISTEN

4. Uit artikel 2, 6°, van het ontwerp blijkt dat bij de aanvraag gegevens in verband met de medewerkers van de opleiding moeten worden meegedeeld die onmiskenbaar te beschouwen zijn als persoonsgegevens in de zin van 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’ (hierna: algemene verordening gegevensbescherming).

Artikel 36, lid 4, van de algemene verordening gegevensbescherming, gelezen in samenhang met artikel 57, lid 1, c), en overweging 96 van die verordening, voorziet in een verplichting om de toezichthoudende autoriteit, in dit geval de Gegevensbeschermingsautoriteit bedoeld in de wet van 3 december 2017 ‘tot oprichting van de Gegevensbeschermingsautoriteit’,³ te raadplegen bij het opstellen van een voorstel voor een door een nationaal parlement vast te stellen wetgevingsmaatregel, of een daarop gebaseerde regelgevingsmaatregel in verband met verwerking.

Om een reactie verzocht, heeft de gemachtigde laten weten dat de Gegevensbeschermingsautoriteit intussen om advies is verzocht.

² De eisen waaraan moet zijn voldaan om erkend te kunnen worden, zijn bepaald in artikel 48/10, § 1, van bijlage XII bij het besluit van 24 juli 2009, zodat het niet nodig is om daaraan te herinneren in artikel 3 van het ontwerp.

³ De Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer is vanaf 25 mei 2018 opgevolgd door de Gegevensbeschermingsautoriteit (zie de artikelen 3 en 110 van de wet van 3 december 2017). De leden van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer oefenen evenwel de taken en de bevoegdheden van de Gegevensbeschermingsautoriteit uit tussen 25 mei 2018 en de dag waarop de leden van het directiecomité van de Gegevensbeschermingsautoriteit de eed afleggen en een verklaring ondertekenen dat er geen belangenconflicten zijn (artikel 114 van de wet van 3 december 2017).

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Algemene opmerking

5. Op het vlak van coherentie laat het ontwerp enigszins te wensen over.

5.1. In het opschrift van afdeling 4 van hoofdstuk 2 wordt alleen melding gemaakt van de intrekking van de erkenning, terwijl in bepaalde van de artikelen die er onder vallen ook de wijziging van de erkenning (zie de artikelen 8 tot 10) of de weigering ervan (zie artikel 14) wordt geregeld.

De artikelen 11 en 12 handelen dan weer enkel over de intrekking van de erkenning, alhoewel het niet duidelijk is waarom de wijziging ervan niet moet worden geregeld. Aldus blijven de uitwerking en de gevolgen van een wijzigingsbeslissing in het ongewisse.

5.2. In artikel 2 van het ontwerp wordt bepaald dat de erkenningsaanvraag in principe via elektronische weg moet worden ingediend. Alleen als dat niet mogelijk is, kan ze per post worden verstuurd. Vermits het versturen per post niet nader wordt gespecificeerd, volstaat in dat geval een gewone brief.

De ontvankelijkheid van de aanvraag tot wijziging van de erkenning wordt echter aan andere vormen gebonden, namelijk aangetekende verzending of afgifte tegen ontvangstbewijs (artikel 7 van het ontwerp). Het is niet duidelijk waarom hiervoor een verschillende benadering wordt gehanteerd.

5.3. De artikelen 6 en 10 van het ontwerp bevatten een regeling voor het geval geen bezwaarschrift wordt ingediend. Wat er moet gebeuren als er wel een bezwaarschrift wordt ingediend, wordt echter niet verduidelijkt.

Aanhef

6. In de aanhef van het ontwerp zal melding moeten worden gemaakt van het inwinnen van het advies van de Gegevensbeschermingsautoriteit.

Artikel 1

7. In verband met de in het ontwerp gebruikte aanduiding van “beheer” – in artikel 1, 3°, omschreven als “de persoon of personen die een opleidingsinstantie vertegenwoordigen en juridisch kunnen binden” –, liet de gemachtigde het volgende weten:

“Het begrip ‘vertegenwoordiger’ wordt binnen het besluit van de Vlaamse Regering van 24 juli 2009 betreffende de programmatie, de erkenningsvoorwaarden en de subsidieregeling voor woonzorgvoorzieningen en verenigingen van gebruikers en mantelzorgers vaak gebruikt voor vertegenwoordigers van de gebruiker. Het is een terechte opmerking dat het om vertegenwoordigers van de opleidingsinstantie gaat. Om die reden zal de term ‘beheer’ vervangen worden door de term ‘vertegenwoordiger van de opleidingsinstantie’.”

Daarmee kan worden ingestemd.

Artikel 2

8. In artikel 2, eerste lid, 1°, d), van het ontwerp is te verduidelijken wat dient te worden verstaan onder “de resultaatgebieden” van de opleiding.

9. In artikel 2, eerste lid, 7°, van het ontwerp kan beter worden geschreven “een afschrift van de samenwerkingsovereenkomsten bedoeld in artikel 48/10, § 1, derde lid, van bijlage XII bij het besluit van 24 juli 2009”. Vooral het woord “minstens” geeft aanleiding tot rechtsonzekerheid.

Artikel 3

10. Artikel 3 moet worden weggelaten (zie opmerking 3.1).

Artikel 4

11. Uit het eerste lid van artikel 4 van het ontwerp blijkt niet duidelijk of het woord “hij” verwijst naar de “administrateur-generaal”, dan wel naar het “beheer”. Het verdient aanbeveling om “hij” te vervangen door “het agentschap”.

12. Vermits er in het ontwerp geen sprake is van verschillende soorten van erkenningen is niet duidelijk waarom in artikel 4, tweede lid, 5°, gesproken wordt van “de soort erkenning”.

Artikel 5

13. Het woord “hij” in het eerste lid van artikel 5 van het ontwerp lijkt te verwijzen naar het “beheer”, terwijl dat kennelijk niet de bedoeling kan zijn. Om de redenen reeds vermeld in opmerking 11, schrijve men “het agentschap” in plaats van “hij”.

14. Uit de ontworpen bepaling blijkt niet van wie het voornemen tot weigering uitgaat. In artikel 6 van het ontwerp wordt bepaald dat het gaat om het voornemen van de administrateur-generaal. Dat kan beter reeds worden vermeld in artikel 5 van het ontwerp.

Artikel 6

15. In artikel 6 van het ontwerp wordt bepaald dat als het beheer niet tijdig een bezwaarschrift indient tegen het voornemen tot weigering van de erkenning, het voornemen geacht moet worden een weigeringsbeslissing te zijn.⁴ Aldus wordt een beroep gedaan op het procedé van de stilzwijgende beslissing.

Aan een stilzwijgende besluitvorming zijn een aantal nadelen verbonden. Zo is een dergelijk procedé in de eerste plaats niet bevorderlijk voor de rechtszekerheid, al was het maar omdat een schriftelijke beslissing ontbreekt, wat tot bewijsproblemen aanleiding kan geven. In de tweede plaats zijn die beslissingen uiteraard niet formeel gemotiveerd, wat de wettigheidscontrole erop kan bemoeilijken.

Het ontworpen artikel 6 wordt dan ook op dit punt best herbekeken.

Artikel 7

16. In de inleidende zin van artikel 7, eerste lid, van het ontwerp is het woord “ontvankelijke” overbodig, zodat het beter wordt geschrapt.

Artikel 11

17. In het eerste lid van artikel 11 van het ontwerp wordt bepaald dat een beslissing tot intrekking van de erkenning uitwerking heeft “op de datum, vermeld in de beslissing”. Die datum kan uiteraard niet voorafgaan aan de datum waarop de beslissing aan de opleidingsinstantie is betekend.

18. Luidens artikel 11, tweede lid, van het ontwerp heeft een intrekking van de erkenning van de opleidingscyclus tot gevolg dat “de opleiding niet meer gegeven mag worden”.

Door te bepalen dat de opleidingscyclus niet meer mag worden gegeven, wordt afbreuk gedaan aan de vrijheid van onderwijs en aan de vrijheid van ondernemen. Daarvoor is geen rechtsgrond voorhanden.

Een dergelijke bepaling, die de organisatie zelf van de opleiding betreft, is voor zover het om een opleiding aangeboden door onderwijsinstellingen gaat, als een onderwijsmaatregel te beschouwen, wat inhoudt dat de essentie ervan, gelet op artikel 24, § 5, van de Grondwet, bij decreet dient te worden geregeld. Dat is hier niet het geval.

⁴ Vergelijk overigens met artikel 10 van het ontwerp, waar wordt bepaald dat indien na een *gemotiveerd* voornemen tot wijziging of intrekking geen bezwaarschrift wordt ingediend, de administrateur-generaal toch nog een beslissing moet nemen.

Bovendien lijkt een dergelijke regeling te raken aan de vrijheid van ondernemen, gewaarborgd bij de artikelen II.3 en II.4 van het Wetboek van economisch recht. Ook daarvoor is een tussenkomst van de decreetgever noodzakelijk. Daar komt nog bij dat de ontworpen regeling strijdig zou zijn met de vrijheid van ondernemen indien die vrijheid van ondernemen zou worden beperkt zonder dat daartoe enige noodzaak bestaat of indien die beperking kennelijk onevenredig zou zijn met het nagestreefde doel. Maar precies dat lijkt hier het geval. Het doel van de regeling is het erkennen van een opleiding die de coördinerend arts van een woonzorgcentrum moet volgen opdat het woonzorgcentrum een bijkomende erkenning zou krijgen. Dat de opleidingsinstelling de opleiding niet meer zou mogen organiseren wanneer de opleiding niet meer wordt erkend, staat compleet los van die doelstelling en er is geen enkele noodzaak daartoe.

Er kan dan ook niet worden bepaald dat de intrekking van de erkenning tot gevolg heeft dat de opleiding niet meer gegeven mag worden. Vermits de erkenning van de opleidingscyclussen louter bedoeld is in het kader van het verwerven door woonzorgcentra van de bijkomende erkenning bedoeld in artikel 48/10, § 1, eerste lid, van bijlage XII van het besluit van de Vlaamse Regering van 24 juli 2009, kan ermee worden volstaan te bepalen dat het verlies van de erkenning ertoe leidt dat de door de opleidingsinstantie in de toekomst afgegeven opleidingsattesten geen toegang meer verlenen tot de functie van coördinerend en raadgevend arts.

Artikelen 12 en 13

19. Het is onduidelijk hoe de artikelen 12 (het beheer verzoekt om de intrekking van de erkenning) en 13 (het beheer beslist tot vrijwillige stopzetting van de erkenning) van het ontwerp zich onderling verhouden.

Indien een verzoek tot intrekking van de erkenning hetzelfde is als een vrijwillige stopzetting van de erkenning, dient dezelfde terminologie te worden gebruikt en moet in artikel 13 “intrekking” worden geschreven in plaats van “stopzetting”.

Bovendien is het niet duidelijk wat in artikel 13 wordt bedoeld met “onmiddellijke” stopzetting, gelet op de periode van drie maanden waarvan gewag wordt gemaakt zowel in artikel 12 als in artikel 13.

De ontworpen bepalingen dienen te worden verduidelijkt.

Artikel 14

20. Tenzij een deugdelijke rechtsgrond voor artikel 14 van het ontwerp kan worden aangewezen (zie opmerking 3.2), dient dit artikel uit het ontwerp te worden weggelaten.

Artikel 15

21. In artikel 15, derde lid, van het ontwerp wordt bepaald dat de evaluatie wordt bekrachtigd door het “beheer”, dat wil zeggen de persoon of personen die een opleidingsinstantie vertegenwoordigen of juridisch kunnen binden.

Een en ander houdt in dat aan de persoon die gemachtigd is om de opleidingsinstantie te vertegenwoordigen of te binden (bijvoorbeeld een voorzitter van de raad van bestuur of een directeur, een decaan, een rector, een docent, enzovoort) de bevoegdheid wordt verleend om de evaluatie te bekrachtigen. Wie daarvoor binnen de organisatie bevoegd is, is echter veeleer een interne aangelegenheid van de opleidingsinstantie. Gelet op de vrijheid van de vereniging komt het de minister niet toe om zich in te laten met de interne besluitvormingsprocedure. Het lijkt overigens onlogisch om een dergelijke beslissing aan één persoon over te laten.

De gemachtigde reageerde hierop als volgt:

“De opleidingsinstanties zijn zelf verantwoordelijk om op basis van hun statuten ‘het beheer’ (hierna: ‘de vertegenwoordiger van de opleidingsinstantie’) aan te duiden. Voor het agentschap is het van belang dat er een centraal aanspreekpunt is die de opleiding vertegenwoordigt. Het bekrachtigen van de evaluatie is eveneens een daad van vertegenwoordiging voor de opleidingsinstantie. Om die reden zal de vertegenwoordiger van de opleidingsinstantie hiervoor verantwoordelijk zijn.”

22.1. In artikel 15, zesde lid, van het ontwerp is te verduidelijken wat dient te worden verstaan onder het bekendmaken “op actieve wijze” van het evaluatierapport.

22.2. Het evaluatierapport dient onder meer aan “de inrichtende macht” bekendgemaakt te worden. Aangezien de term ‘opleidingsinstantie’ in artikel 1, 7°, van het ontwerp heel algemeen wordt omschreven als “een organisatie die een opleidingscyclus (...) aanbiedt of wil aanbieden”, is het betwifelbaar of alle opleidingsinstanties wel een inrichtende macht (in de klassieke zin van een inrichtende macht in het onderwijs) hebben.

Artikel 16

23. In artikel 16 van het ontwerp dient allicht te worden geschreven “om de vijf jaar of op verzoek van het agentschap”.

Artikel 17

24. In artikel 17 van het ontwerp wordt bepaald dat de erkenning alleen kan worden behouden “als de opleiding voldoet aan de bepalingen van dit besluit en aan artikel 48/10, § 1, derde en vierde lid, van bijlage XII bij het besluit van 24 juli 2009”.

Deze bepaling hoort niet thuis in het hoofdstuk “Evaluatie”, maar meer fundamenteel biedt ze te weinig rechtszekerheid. Dat om de erkenning te behouden, de opleidingscyclus moet blijven voldoen aan de bij decreet bepaalde erkenningsvoorwaarden is logisch en dient eigenlijk niet expliciet te worden bepaald. Dat volgt reeds uit de betrokken bepalingen van het Woonzorgdecreet. De bepaling dat het niet voldoen aan een van de erkenningsvoorwaarden die bij het te nemen besluit worden vastgesteld ook het verlies van de erkenning betekent, kan slechts behouden blijven indien de bedoelde voorwaarden expliciet worden opgesomd.

Artikel 19

25. Luidens artikel 19 heeft het te nemen besluit uitwerking met ingang van 1 januari 2019, dus met terugwerkende kracht.

Terugwerkende kracht van verordenende bepalingen is enkel aanvaardbaar ingeval voor de retroactiviteit een wettelijke machtiging bestaat, de retroactiviteit betrekking heeft op een regeling die met inachtneming van het gelijkheidsbeginsel voordelen toekent of in zoverre de retroactiviteit noodzakelijk is voor de goede werking van de diensten en erdoor, in beginsel, geen verkregen situaties worden aangetast.

De ontworpen erkenningsregeling leent zich eigenlijk niet tot terugwerkende kracht. Daarover ondervraagd, antwoordde de gemachtigde als volgt:

“Dit is een terechte opmerking. Er zullen voor de inwerkingtreding van dit besluit geen nieuwe erkenningen verleend worden, maar het is wel belangrijk dat de overgangsbepaling in artikel 18 reeds in werking treedt op 01/01/'19 om vast te leggen dat de opleidingen die reeds erkend zijn, voorlopig erkend blijven (gedurende 1 jaar). Om die reden zal artikel 19 worden aangepast zodat enkel artikel 18 terugwerkende kracht heeft. Artikel 18 wordt eveneens aangepast zodat er niet meer naar hoofdstuk 2 van het ministerieel besluit verwezen wordt, maar zodat er in de plaats verwezen wordt naar het reeds in werking getreden artikel van het besluit van 24 juli 2009.”

Daarmee kan worden ingestemd.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Helena KETS

Jo BAERT