



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 65.561/1

van 8 april 2019

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse minister van Welzijn,
Volksgezondheid en Gezin ‘betreffende de uitvoering van de
Vlaamse sociale bescherming, wat betreft de tegemoetkoming
voor zorg in een woonzorgcentrum, centrum voor kortverblijf of
dagverzorgingscentrum’

Op 28 februari 2019 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Welzijn, Volksgezondheid en Gezin verzocht binnen een termijn van dertig dagen, verlengd tot 8 april 2019, een advies te verstrekken over een ontwerp van ministerieel besluit ‘betreffende de uitvoering van de Vlaamse sociale bescherming, wat betreft de tegemoetkoming voor zorg in een woonzorgcentrum, centrum voor kortverblijf of dagverzorgingscentrum’.

Het ontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 28 maart 2019. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Wilfried VAN VAERENBERGH en Chantal BAMPS, staatsraden, Michel TISON, assessor, en Wim GEURTS, griffier.

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

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 8 april 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 EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

2. Het om advies voorgelegde ontwerp van ministerieel besluit strekt ertoe om diverse aspecten van een in het kader van de Vlaamse sociale bescherming te verlenen tegemoetkoming voor zorg in een woonzorgcentrum, centrum voor kortverblijf of dagverzorgingscentrum, nader te regelen.

Rechtsgrond daarvoor kan in beginsel worden gevonden in de bepalingen waaraan wordt gerefereerd in de eerste drie leden van de aanhef van het ontwerp met dien verstande dat moet worden gewezen op wat hierna volgt.¹

3.1. Het ontworpen ministerieel besluit strekt er niet toe om het model te bepalen van het in artikel 441, eerste lid, van het besluit van de Vlaamse Regering van 30 november 2018 vermelde verslag. Aan artikel 441, eerste lid, van dat besluit dient bijgevolg niet te worden gerefereerd in het derde lid van de aanhef van het ontwerp.

3.2. Artikel 6 van het ontwerp betreft de oplijsting van de producten en materialen die als producten en materialen ter preventie van nosocomiale ziekten in aanmerking komen voor financiering via de basistegemoetkoming voor zorg. Rechtsgrond voor die bepaling kan worden gevonden in de artikelen 468, tweede lid, en 471, tweede lid, van het besluit van 30 november 2018.² Van deze bepalingen zal derhalve ook nog melding moeten worden gemaakt in het derde lid van de aanhef van het ontwerp.

3.3. Voor sommige bepalingen van het ontwerp is de rechtsgrond problematisch.

3.3.1. Artikel 2 van het ontwerp beoogt de regels vast te stellen voor het bepalen van de scores, vermeld in artikel 424 van het besluit van 30 november 2018. De Raad van State, afdeling Wetgeving, ziet geen bepaling in het voornoemde besluit die het de minister mogelijk maakt om dergelijke regeling uit te werken.³

¹ De in het derde lid van de aanhef van het ontwerp opgesomde bepalingen 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’, hierna “besluit van 30 november 2018” genoemd, vinden een voldoende rechtsgrond in de bepalingen waarnaar wordt verwezen in de eerste twee leden van de aanhef van het ontwerp.

² In de artikelen 468, tweede lid, en 471, tweede lid, van het besluit van 30 november 2018, wordt de minister opgedragen om een lijst samen te stellen van producten die beschouwd worden als producten of materialen als vermeld in respectievelijk artikel 468, eerste lid, 6°, en artikel 471, eerste lid, 6°, van hetzelfde besluit.

³ Ook artikel 441 van het besluit van 30 november 2018 biedt geen rechtsgrond wat dat betreft: deze bepaling machtigt de minister immers enkel om het model te bepalen van het verslag dat moet worden opgesteld bij een nieuwe indicatiestelling als gevolg van een verandering van de afhankelijkheidscategorie.

3.3.2. Luidens artikel 21 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 lijkt alvast niet te kunnen worden ingepast in de machtigingen die voor de minister zijn vervat in artikel 497, § 2, derde en vierde lid, van het besluit van 30 november 2018.

3.3.3. De artikelen 42 tot 44 en 52 van het ontwerp, hebben betrekking op het bepalen van de afstand die in aanmerking wordt genomen voor de tegemoetkoming in de “reiskosten dagverzorgingscentrum”. De artikelen 459, 2°, en 507 van het besluit van 30 november 2018 zijn de enige bepalingen die op deze tegemoetkoming betrekking hebben. Zij bevatten evenwel geen enkele machtiging aan de minister, laat staan een machtiging om nader te bepalen hoe de betrokken afstand moet worden bepaald.

3.3.4. In artikel 47 van het ontwerp wordt het agentschap opgedragen om instructies over de digitale facturatie uit te schrijven die betrekking hebben op “de algemene procedure, de recordtekening en de beschrijving van de velden”. Deze bepaling kan niet ingepast worden in de machtiging in artikel 521, § 2, derde lid, van het besluit van 30 november 2018, om “de structuur (...) van de digitale kostennota” nader te regelen.

3.3.5. De artikelen 49 en 50 van het ontwerp strekken tot het wijzigen van een (federaal) ministerieel besluit dat dateert van voor de Zesde Staatshervorming, dus voordat de Vlaamse Gemeenschap bevoegd was voor de programmatie van ouderenvoorzieningen. Aangezien het krachtens artikel 83, § 3, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’, de Vlaamse Regering toekomt om “[d]e bevoegdheden toegewezen aan een Minister bij wet” uit te oefenen “telkens als het om een zaak gaat die tot de bevoegdheid van deze laatste behoort” dienen wijzigingen aan het betrokken ministerieel besluit door de Vlaamse Regering zelf te worden uitgevaardigd, en niet door een Vlaamse minister. Bovendien heeft het besluit van 30 november 2018 geen betrekking op de programmatie, laat staan dat de minister zou worden gemachtigd om een dergelijke regeling aan te nemen of te wijzigen. De betrokken bepalingen dienen bijgevolg te worden gewijzigd door de Vlaamse Regering zelf die daarvoor, gelet op de inhoud van de ontworpen wijzigingen, in voorkomend geval gebruik zal kunnen maken van de algemene uitvoeringsbevoegdheid waarover zij overeenkomstig artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 beschikt, gelezen in samenhang met de bepalingen van het decreet van 18 mei 2018 ‘houdende de Vlaamse sociale bescherming’ die de nieuwe benamingen van de betrokken voorzieningen introduceren.

3.3.6. Voor zoveel als nodig kan in herinnering worden gebracht dat een minister niet over een algemene uitvoeringsbevoegdheid beschikt zoals die wel aan de Vlaamse Regering is toegekend bij het voornoemde artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980. Op deze laatste bijzondere wetsbepaling kan derhalve geen beroep worden gedaan om tegemoet te komen aan de in de vorige randnummers opgeworpen knelpunten betreffende de rechtsgrond. Uiteraard kan evenmin een beroep worden gedaan op de uitvoeringsbepaling van artikel 669 van het besluit van 30 november 2018. Dergelijke uitvoeringsbepaling verleent immers geen verordenende bevoegdheid aan de minister en maakt het deze laatste enkel mogelijk om bestuurlijke uitvoeringsmaatregelen te nemen waartoe het betrokken besluit noopt. Een uitvoeringsbepaling

kan bijgevolg niet dienen als rechtsgrond voor het uitvaardigen van een verordenend ministerieel besluit.⁴

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Aanhef

4. Gelet op wat over de rechtsgrond werd opgemerkt, dient in het derde lid van de aanhef van het ontwerp de vermelding van artikel 441, eerste lid, van het besluit van 30 november 2018 te worden geschrapt en moet de vermelding van de artikelen 468, tweede lid en 471, tweede lid, van hetzelfde besluit worden toegevoegd.

5. Het ministerieel besluit van 12 augustus 2005 ‘houdende bijzondere bepalingen inzake prijzen voor de sector van de instellingen voor bejaardenopvang’, dat wordt vermeld in het vijfde lid van het ontwerp, wordt niet gewijzigd of opgeheven door de ontworpen regeling, vormt geen rechtsgrond voor enig bepaling van het ontwerp en is evenmin nodig of nuttig voor een goed begrip van de ontworpen regeling. Het betrokken lid wordt derhalve beter uit de aanhef weggelaten.

6. De aan de Raad van State, afdeling Wetgeving, meegedeelde documenten doen ervan blijken dat het advies van de Inspectie van Financiën dateert van 5 november 2018. Het is derhalve van deze laatste datum en niet van die van 31 oktober 2018 dat melding zal moeten worden gemaakt in het zesde lid van de aanhef van het ontwerp zoals het om advies is voorgelegd.

7. De aanhef moet worden aangevuld met een lid waarin wordt verwezen naar het advies nr. 25/2019 dat op 6 februari 2019 over het ontworpen ministerieel besluit werd uitgebracht door de Gegevensbeschermingsautoriteit.

Artikel 3

8. Aan het einde van artikel 3, vierde lid, van het ontwerp, wordt melding gemaakt van “een termijn van minimaal en maximaal tien jaar”. Dergelijke omschrijving heeft enkel zin indien er effectief een verschillende “minimale” en “maximale” termijn worden bepaald, wat nu niet het geval is. De betrokken bepaling zal op dat punt moeten worden aangevuld. Eenzelfde opmerking kan worden gemaakt bij de artikel 4, derde lid, 32, tweede lid, 35, derde lid, en 44, tweede lid, van het ontwerp.

⁴ Omzendbrief VR/2014/4 van 9 mei 2014 ‘betreffende de wetgevingstechniek’, nr. 244.

Artikel 5

9. In artikel 5, eerste lid, 2°, d), 2), van het ontwerp, moet worden verwezen naar “artikel 34, eerste lid, 14°, van de wet betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen, gecoördineerd op 14 juli 1994”.

Artikel 6

10. In een verordenende tekst horen in beginsel enkel normatieve bepalingen en geen verduidelijkingen of verklaringen thuis. De redactie van artikel 6, eerste lid, 1°, a), van het ontwerp (“alle oplossingen op basis van merbromine (merbromine [mercurochroom] is allergiserend en zou dus niet meer mogen worden gebruikt);”) zal, rekening houdend hiermee, moeten worden aangepast.

Artikel 13

11. In artikel 13 van het ontwerp wordt bepaald dat, als het beheer niet tijdig een bezwaarschrift indient tegen het voornemen tot weigering van de erkenning, de beslissing van rechtswege geacht wordt een weigeringsbeslissing te zijn. Aldus wordt een beroep gedaan op het procedé van de stilzwijgende beslissing. Dergelijke stilzwijgende beslissingen zullen uiteraard niet formeel gemotiveerd zijn, wat de wettigheidscontrole erop kan bemoeilijken. Het staat aan de steller van het ontwerp om erover te oordelen in welke mate dat nadeel van aard hoeft te zijn om het gebruik van het procedé van de stilzwijgende beslissing te heroverwegen.

Artikel 14

12. Uit artikel 9, tweede lid, van het ontwerp, valt af te leiden dat de erkenningsaanvraag in principe via elektronische weg moet worden ingediend. Enkel 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. Artikel 14 van het ontwerp maakt de ontvankelijkheid van de aanvraag tot wijziging van de erkenning evenwel afhankelijk van andere vormen, namelijk van een aangetekende verzending of een afgifte tegen ontvangstbewijs. Het is niet duidelijk waarom in het laatste geval een andere benadering wordt voorgestaan.

Artikel 18

13. In artikel 18, eerste lid, 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.

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

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 hoofdverpleegkundigen, hoofdparamedici en verpleegkundig coördinatoren moeten 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 toekennen aan woonzorgcentra van de tegemoetkoming voor zorg, 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 hoofdverpleegkundige, hoofdparamedicus en verpleegkundig coördinator.

Een gelijkaardige opmerking kan worden gemaakt bij artikel 40, tweede lid, van het ontwerp.

Artikelen 19 en 20

15. Het is onduidelijk hoe de artikelen 19 (het beheer verzoekt om de intrekking van de erkenning) en 20 (het beheer beslist tot vrijwillige stopzetting van de erkenning) van het ontwerp zich onderling verhouden. Indien met een verzoek tot intrekking van de erkenning hetzelfde wordt bedoeld als een vrijwillige stopzetting van de erkenning, zou een meer eenvormige terminologie moeten worden gebruikt. Bovendien is het niet duidelijk wat in artikel 20 van het ontwerp wordt bedoeld met de “onmiddellijke” intrekking, gelet op de periode van drie maanden waarvan melding wordt gemaakt in zowel artikel 19 als artikel 20 van het ontwerp. Uit wat voorafgaat volgt dat de artikelen 19 en 20 van het ontwerp op diverse punten zullen moeten worden verduidelijkt.

Artikel 22

16. In artikel 22, vierde lid, van het ontwerp, wordt bepaald dat de evaluatie wordt bekrachtigd door het “beheer” van de opleidingsinstantie. In artikel 1, 3°, van het ontwerp, wordt het beheer omschreven als “de persoon of personen die een opleidingsinstantie vertegenwoordigen en juridisch kunnen binden”. Gelet op het beginsel inzake de vrijheid van de vereniging zou het de minister niet toekomen om zich in te laten met de interne besluitvormingsprocedure binnen de betrokken opleidingsinstantie en moet ervan worden uitgegaan dat het de opleidingsinstanties zelf zijn die op basis van hun statuten zullen bepalen welk orgaan voor het “beheer” zal instaan en derhalve de betrokken evaluaties zal dienen te bekrachtigen.

17. In artikel 22, vijfde lid, van het ontwerp, wordt onder meer bepaald dat het evaluatierapport “op actieve wijze” wordt bekendgemaakt aan de inrichtende macht, de medewerkers en de deelnemers van de opleiding. Er zou moeten worden verduidelijkt wat moet worden verstaan onder een bekendmaking “op actieve wijze”.

Artikel 23

18. In de laatste zin van artikel 23 van het ontwerp moet allicht worden geschreven “om de vijf jaar of op verzoek van het agentschap” in plaats van “om de vijf jaar en op verzoek van het agentschap”.

Artikel 27

19. In artikel 27, vierde lid, van het ontwerp, wordt de bewaartermijn van de beoogde persoonsgegevens geregeld in geval van aanpassing van die gegevens of met verwijzing naar de intrekking van de erkenning. Vraag is of dergelijke regeling niet tevens de gevallen dient te omvatten waarin geen aanpassing van gegevens of intrekking van de erkenning gebeurt. Wat de duur van de bewaartermijn betreft, kan worden vastgesteld dat deze verschilt van deze waarin sommige andere bepalingen van het ontwerp voorzien inzake de opleiding en permanente vorming voor hoofdverpleegkundigen, hoofdparamedici en verpleegkundig coördinatoren. Meer in het algemeen mag worden gesteld dat er in de mate van het mogelijke zou naar moeten worden gestreefd om in gelijkaardige procedurevoorschriften te voorzien ten aanzien van de categorieën personeelsleden, bedoeld in titel 5, hoofdstuk 2, van het ontwerp, als ten aanzien van de referentiepersonen dementie, bedoeld in titel 5, hoofdstuk 3, van het ontwerp, tenzij er specifieke redenen zouden bestaan die een afwijkende procedure kunnen billijken.⁵

⁵ Zo wordt bijvoorbeeld met betrekking tot de opleiding referentiepersoon dementie in het geval voorzien van een intrekking van een erkenning op verzoek van het beheer van de opleidingsinstantie (artikel 41 van het ontwerp), maar wordt blijkbaar niet het geval geregeld van een “vrijwillige stopzetting van de erkenning” door het beheer, zoals wel gebeurt in artikel 20 van het ontwerp.

Artikel 31

20. De modules die worden beschreven in artikel 31, § 2, van het ontwerp, dienen de onderwerpen te omvatten die worden opgesomd in artikel 498, § 4, 1°, van het besluit van 30 november 2018. Sommige van die onderwerpen lijken niet met zoveel woorden tot uitdrukking te komen in artikel 31, § 2, van het ontwerp.⁶ Overwogen kan worden om bij de beschrijving van de modules, in artikel 31, § 2, van het ontwerp, waar mogelijk telkens uitdrukkelijk te refereren aan de in artikel 498, § 4, 1°, van het besluit van 30 november 2018, opgesomde onderwerpen waaraan nadere uitwerking wordt gegeven.

Artikel 42

21. In artikel 42, eerste lid, van het ontwerp, moet melding worden gemaakt van het opschrift 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’. Een andere optie zou erin kunnen bestaan om artikel 1 van het ontwerp aan te vullen met een omschrijving van het “besluit van 24 juli 2009”.

Artikel 50

22. In de inleidende zin van het ontworpen artikel 1bis van het ministerieel besluit van 2 december 1982⁷ wordt verwezen naar “artikel 10/4, § 2 tot en met § 4” van het besluit van de Vlaamse Regering van 24 juli 2009. Er lijkt evenwel te moeten worden verwezen naar “artikel 10/5, § 2 tot en met § 4” van het voornoemde besluit.⁸

Artikel 51

23. Ter wille van de duidelijkheid late men artikel 51 van het ontwerp aanvangen als volgt: “Een aanvullende opleiding als vermeld in artikel 497, § 2, eerste lid, 3°, d), van het besluit van 30 november 2018, of een permanente vorming ...”.

24. De interne verwijzing die aan het einde van artikel 51 van het ontwerp voorkomt (“conform 0,0, van dit besluit”) zal uiteraard moet worden gecorrigeerd. Hetzelfde kan worden opgemerkt ten aanzien van de interne verwijzingen die in artikel 54 van het ontwerp voorkomen.

⁶ Te denken valt bijvoorbeeld aan “de organisatorische aspecten en kwaliteitsbewaking van de begeleiding en zorg” (artikel 498, § 4, 1°, f), van het besluit van 30 november 2018) en aan “aspecten inzake mantelzorgondersteuning bij dementie” (artikel 498, § 4, 1°, h), van het besluit van 30 november 2018).

⁷ Ministerieel besluit van 2 december 1982 ‘houdende vaststelling van de programmatiecriteria voor rust- en verzorgingstehuizen, voor centra voor dagverzorging en voor centra voor niet aangeboren hersenletsel’.

⁸ Artikel 10/4 van het besluit van de Vlaamse Regering van 24 juli 2009, zoals ingevoegd bij het besluit van de Vlaamse Regering van 30 november 2018, is niet ingedeeld in paragrafen.

Artikel 55

25. Aan het merendeel van de bepalingen van het ontwerp wordt terugwerkende kracht verleend tot 1 januari 2019.

Het verlenen van terugwerkende kracht aan besluiten is enkel toelaatbaar ingeval voor de retroactiviteit een wettelijke grondslag bestaat, de retroactiviteit betrekking heeft op een regeling waarbij, met inachtneming van het gelijkheidsbeginsel, voordelen worden toegekend of in zoverre de retroactiviteit noodzakelijk is voor de continuïteit of de goede werking van het bestuur en daardoor, in beginsel, geen verkregen situaties worden aangetast. Enkel indien de retroactiviteit van de ontworpen regeling in één van de opgesomde gevallen valt in te passen, kan deze worden gebillijkt.

Allicht worden de betrokken bepalingen reeds toegepast zodat zij in feite neerkomen op een validatie of regularisatie van een bestaande toestand. Het is niet meteen duidelijk of sommige bepalingen kunnen leiden tot de aantasting van verkregen rechten, niet in het minst omdat vele bepalingen de vroegere federale regelgeving bestendigen. Onder dat voorbehoud kan de terugwerkende kracht worden aanvaard.

Wel dienen in artikel 55 van het ontwerp de woorden “treedt in werking op” te worden vervangen door de woorden “heeft uitwerking met ingang van”.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Wim GEURTS

Marnix VAN DAMME