RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 74.093/1/V
van 9 augustus 2023

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot wijziging van diverse besluiten van de Vlaamse Regering, wat betreft bijkomende flexibiliteit in de personeelsinzet in woonzorgcentra en centra voor kortverblijf’

‡LW-AJIXQCADG-HEAJDUQ‡

Op 12 juli 2023 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Welzijn, Volksgezondheid en Gezin verzocht binnen een termijn van dertig dagen, van rechtswege verlengd tot 28 augustus 2023,[*] een advies te verstrekken over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot wijziging van diverse besluiten van de Vlaamse Regering, wat betreft bijkomende flexibiliteit in de personeelsinzet in woonzorgcentra en centra voor kortverblijf’.

Het ontwerp is door de eerste vakantiekamer onderzocht op 2 augustus 2023. De kamer was samengesteld uit Wilfried VAN VAERENBERGH, eerste voorzitter van de Raad van State, Paul LEMMENS en Geert DEBERSAQUES, kamervoorzitters, Jan VELAERS, assessor, en Greet VERBERCKMOES, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Rein THIELEMANS, eerste auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 9 augustus 2023.

*

[*] 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.

‡LW-AJIXQCADG-HEAJDUQ‡

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 voor advies voorgelegde ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering strekt in de eerste plaats tot wijziging 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’. Daarbij wordt onder meer in de mogelijkheid voorzien voor woonzorgcentra, en in voorkomend geval voor de bijhorende centra voor kortverblijf, om zijinstroomzorgkundigen[1] tewerk te stellen. De zijinstroomdeskundigen worden in aanmerking genomen voor de berekening van een tegemoetkoming. Het ontwerp bepaalt daartoe de voorwaarden. Daarnaast wordt de tijdelijke maatregel ingevoerd bij het besluit van de Vlaamse Regering van 14 oktober 2022[2], met betrekking tot het inzetten van verpleeg- en zorgkundig personeel via een interim onderneming, verlengd en uitgebreid tot het zorgkundig personeel dat in loondienst is bij een andere zorgvoorziening. Het ontwerp regelt tevens de financiering van een BelRAI-coördinator in de woonzorgcentra en centra voor kortverblijf. Tot slot worden twee overgangsbepalingen opgeheven inzake de door de woonzorgcentra en centra voor kortverblijf enerzijds en de centra voor dagverzorging anderzijds in te dienen elektronische vragenlijst met gegevens over het personeel.

In de tweede plaats worden in het besluit van de Vlaamse Regering van 7 december 2018 ‘tot financiering van sommige sociale akkoorden in bepaalde gezondheidsinrichtingen en -diensten’ twee overgangsbepalingen opgeheven met betrekking tot de door de revalidatievoorzieningen, de woonzorgcentra, de dagverzorgingscentra, de centra voor kortverblijf, de psychiatrische verzorgingstehuizen en de multidisciplinaire begeleidingsequipes voor palliatieve zorg in te dienen elektronische vragenlijst met gegevens over de voorziening en het personeel.

In de derde plaats wordt het nog niet in werking getreden artikel 3 van het besluit van de Vlaamse Regering van 14 oktober 2022 ‘tot wijziging 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 en het besluit van de Vlaamse Regering van 7 december 2018 tot financiering van sommige sociale akkoorden in bepaalde gezondheidsinrichtingen en -diensten, wat

[1] Een zijinstroomzorgkundige is het personeelslid dat de job van zorgkundige ambieert en daarvoor een kwalificerend opleidingstraject volgt in het kader van het structurele instroomkanaal voor de zorg- en welzijnssectoren, als vermeld in het intersectoraal kaderakkoord van 1 juli 2022 over het structureel instroomkanaal voor de zorg- en welzijnssectoren (ontworpen artikel 1, 58/1° – artikel 1, 2°, van het ontwerp).

[2] Besluit van de Vlaamse Regering van 14 oktober 2022 ‘tot wijziging 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 en het besluit van de Vlaamse Regering van 7 december 2018 tot financiering van sommige sociale akkoorden in bepaalde gezondheidsinrichtingen en -diensten, wat betreft bijkomende flexibiliteit in de personeelsinzet in woonzorgcentra en centra voor kortverblijf’.

‡LW-AJIXQCADG-HEAJDUQ‡

betreft bijkomende flexibiliteit in de personeelsinzet in woonzorgcentra en centra voor kortverblijf' opgeheven. Dat artikel 3 beoogt een bepaling op te heffen inzake de beperking in de tijd van de mogelijkheid om het zelfstandig verpleegkundig personeel, het verpleegkundig personeel dat in loondienst is bij een andere zorgvoorziening, de zorgkundige uitzendkrachten en het zelfstandig zorgkundig personeel in aanmerking te nemen voor de berekening van een tegemoetkoming. Tevens wordt de inwerkingtreding van verschillende artikelen van dat besluit van 14 oktober 2022 uitgesteld.

Het ontworpen besluit heeft uitwerking met ingang van 1 juli 2022, met uitzondering van sommige bepalingen die uitwerking hebben met ingang van 1 juli 2023 en een bepaling die in werking treedt op 1 januari 2027.

3.1. De artikelen 1 tot 17 van het ontwerp vinden rechtsgrond in de artikelen 145, § 1, eerste lid, en § 2, eerste lid, en 152, § 1, eerste lid, en § 2, eerste lid, van het decreet van 18 mei 2018 'houdende de Vlaamse sociale bescherming'.

3.2. De gemachtigde bevestigde dat het eveneens in de aanhef van het ontwerp vermelde artikel 60, eerste en tweede lid, van hetzelfde decreet geen rechtsgrond vormt voor het ontwerp.

3.3. In zoverre artikel 18 van het ontwerp artikel 667/2 van het besluit van de Vlaamse Regering van 30 november 2018 opheft, vindt het rechtsgrond in de artikelen 145, § 2, eerste lid, en 152, § 2, eerste lid, van het decreet van 18 mei 2018. In zoverre bij artikel 18 artikel 667/3 van hetzelfde besluit wordt opgeheven, vindt het rechtsgrond in artikel 150, § 2, eerste lid, van hetzelfde decreet.

3.4. Artikel 19 van het ontwerp heft twee bepalingen op van het besluit van de Vlaamse Regering van 7 december 2018, die respectievelijk rechtsgrond vonden in artikel 143 van het decreet van 18 mei 2018 en in artikel 52 van het decreet van 6 juli 2018 'betreffende de overname van de sectoren psychiatrische verzorgingstehuizen, initiatieven van beschut wonen, revalidatieovereenkomsten, revalidatieziekenhuizen en multidisciplinaire begeleidingsequipes voor palliatieve verzorging'. De op te heffen bepalingen gelden voor de revalidatievoorzieningen, de woonzorgcentra, de dagverzorgingscentra (met uitzondering van de dagverzorgingscentra die erkend zijn voor zorg- en dienstverlening uitsluitend aan gebruikers aan wie gezinszorg of aanvullende thuiszorg wordt verleend, als vermeld in artikel 51 van bijlage IX 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'), de centra voor kortverblijf, de psychiatrische verzorgingstehuizen en de multidisciplinaire begeleidingsequipes voor palliatieve zorg.

Artikel 143 van het decreet van 18 mei 2018 is opgeheven bij het decreet van 18 juni 2021 'tot wijziging van regelgeving in het kader van de Vlaamse sociale bescherming', met name door artikel 64 ervan.[3]

[3] Dat in werking is getreden op 1 januari 2022 (zie artikel 71, eerste lid, van het besluit van de Vlaamse Regering van 26 november 2021 'tot wijziging van regelgeving in het kader van de Vlaamse sociale bescherming'). Deze bepaling werd genomen op grond van artikel 117 van het decreet van 18 juni 2021.

‡LW-AJIXQCADG-HEAJDUQ‡

Artikel 139/1 van het decreet van 18 mei 2018 is in de plaats gekomen van het opgeheven artikel 143.

Artikel 52 van het decreet van 6 juli 2018 wordt opgeheven bij artikel 103 van hetzelfde decreet van 18 juni 2021, doch die bepaling is nog niet in werking gesteld.[4]

De rechtsgrond voor artikel 19 van het ontwerp ligt dan in artikel 139/1 van het decreet van 18 mei 2018 en in artikel 52 van het decreet van 6 juli 2018.

3.5. Artikel 20 van het ontwerp en artikel 21, 2°, van het ontwerp vinden rechtsgrond in de artikelen 145, § 1, eerste lid, en § 2, eerste lid, en 152, § 1, eerste lid, en § 2, eerste lid, van het decreet van 18 mei 2018, aangezien het op te heffen artikel 3 een wijziging aanbrengt in een artikel van het besluit van de Vlaamse Regering van 30 november 2018 dat rechtsgrond vindt in die bepalingen.

Artikel 21, 1° en 3°, van het ontwerp vinden rechtsgrond in dezelfde bepalingen, aangezien ze de inwerkingtreding regelen van bepalingen die wijzigingen aanbrengen in artikelen van het besluit van de Vlaamse Regering van 30 november 2018 die rechtsgrond vinden in die bepalingen.

3.6. Het ontworpen artikel 452, eerste lid, 3°, (artikel 6 van het ontwerp) heeft betrekking op een taak van het agentschap, zijnde het intern verzelfstandigd agentschap met rechtspersoonlijkheid Agentschap voor Vlaamse Sociale Bescherming.[5]

Deze bepaling vindt rechtsgrond in artikel 12 van het decreet van 18 mei 2018, dat bepaalt dat de Vlaamse Regering binnen het kader van de missie en de taken van het agentschap, specifieke taken aan het agentschap kan toewijzen, gelezen in samenhang met artikel 11, 1°, van hetzelfde decreet.

3.7. De rubriek ‘rechtsgronden’ in de aanhef van het ontworpen besluit dient in overeenstemming te worden gebracht met wat hiervoor met betrekking tot de rechtsgrond is opgemerkt.

[4] De gemachtigde stelde in dat verband het volgende: “Wij kunnen wel meegeven dat die opheffing momenteel wel voorzien is, per 1 januari 2024. Het ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering waarin dat bepaalt wordt ligt momenteel voor advies voor bij de Gegevensbeschermingsautoriteit en zal na het zomerreces ook aan uw Raad worden voorgelegd.”

[5] Zie de definitie van “agentschap” in artikel 2, eerste lid, 2°, van het decreet van 18 mei 2018. Wat de rechtspersoonlijkheid betreft, zie artikel 9, eerste lid, van hetzelfde decreet.

‡LW-AJIXQCADG-HEAJDUQ‡

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 6

4. Volgens de gemachtigde moet in het ontworpen artikel 452, eerste lid, 2°/2, van het besluit van de Vlaamse Regering van 30 november 2018 “de uitleenovereenkomst voor personeel in loondienst bij een andere zorgvoorziening” worden geschreven, in plaats van “de uitleenovereenkomst voor verpleegkundig personeel in loondienst bij een andere zorgvoorziening”. Hiermee kan worden ingestemd.

Artikel 16

5. In het ontworpen artikel 487, § 2, zevende lid, van het besluit van de Vlaamse Regering van 30 november 2018 (artikel 16, 8°, van het ontwerp) wordt, in het kader van een tegemoetkomingsregeling, in een afwijkingsmogelijkheid voorzien voor opleidingen die zich bevinden in het domein of studiegebied personenzorg, gezondheidszorg of welzijn bij een onderwijsinstelling of opleidingsinstelling die door de Vlaamse overheid is erkend.

De ontworpen regeling mag er, gelet op de artikelen 45 en volgende van het VWEU,[6] niet aan in de weg staan dat ook de tewerkstelling van onderdanen van andere lidstaten van de Europese Unie en de EER (of ermee gelijkgestelde personen) leidt tot het voldoen aan de voorwaarden om voor tegemoetkoming in aanmerking te komen, en dat daarbij rekening wordt gehouden met alle diploma’s, certificaten en andere titels, alsmede met de relevante ervaring van de betrokkene, door uit deze titels blijkende bekwaamheden en ervaring te vergelijken met de in de nationale wettelijke regeling verlangde kennis en kwalificaties.[7] Dit impliceert dat, wanneer uit een vergelijkend onderzoek van de diploma’s voortvloeit dat de daaruit blijkende kennis en bekwaamheden slechts gedeeltelijk overeenstemmen, de betrokkene de gelegenheid moet krijgen te bewijzen dat hij de ontbrekende kennis en bekwaamheden heeft verworven. Het ontwerp zou moeten worden aangevuld teneinde hiermee rekening te houden. Dit dient dan echter niet enkel in het ontworpen artikel 487, § 2, zevende lid, te gebeuren (dat zou moeten worden aangevuld, teneinde niet alleen rekening te houden met de diploma’s en getuigschriften maar ook met de relevante beroepservaring), maar zou best de vorm aannemen van een algemene bepaling, in te schrijven in het besluit van de Vlaamse Regering van 30 november 2018.

6. Het ontworpen artikel 487, § 2, achtste lid, 3°, van het besluit van de Vlaamse Regering van 30 november 2018 (artikel 16, 8°, van het ontwerp) verleent een delegatie van verordenende bevoegdheid aan de minister om bijkomende opleidingsvoorwaarden voor de BelRAI-coördinator te bepalen, evenals bijkomende opdrachten en beleidsprioriteiten.

[6] Het valt niet geheel uit te sluiten dat richtlijn 2005/36/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 september 2005 ‘betreffende de erkenning van beroepskwalificaties’ van toepassing zou kunnen zijn. In dat geval kan toepassing worden gemaakt van het decreet van 24 februari 2017 ‘tot gedeeltelijke omzetting van richtlijn 2005/36/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 september 2005 betreffende de erkenning van beroepskwalificaties’.

[7] HvJ 22 januari 2002, C-31/00, *Dreessen*, met verdere verwijzingen.

‡LW-AJIXQCADG-HEAJDUQ‡

6.1. Die machtiging houdt geen verband met hetgeen daarnaast in 3° is bepaald en dient dan ook in een afzonderlijk lid te worden opgenomen.

6.2. Een delegatie van verordenende bevoegdheid aan een minister kan bovendien enkel toelaatbaar worden geacht in zoverre deze delegatie enkel betrekking heeft op het vaststellen van regels van bijkomstige aard of van beperkt belang. *In casu* kan worden betwijfeld of de betrokken delegatie aan de minister betrekking heeft op het vaststellen van regels van bijkomstige aard of van beperkt belang, aangezien deze delegatie erop neerkomt dat het aan de minister wordt overgelaten om de aard van de opleidingsvoorwaarden vast te stellen zodat hij op die wijze kan bepalen welke personeelsleden die de functie van BelRAI-coördinator uitoefenen al dan niet voor een tegemoetkoming in aanmerking komen. In het ontwerp zou bijgevolg minstens in een of meer criteria moeten worden voorzien die de minister in aanmerking moet nemen wanneer hij de hem gedelegeerde bevoegdheid uitoefent.

Artikel 22

7. Het ontworpen besluit heeft luidens artikel 22, derde lid, uitwerking met ingang van 1 juli 2022. Sommige bepalingen ervan hebben overeenkomstig artikel 22, eerste lid, uitwerking met ingang van 1 juli 2023. Volgens de gemachtigde is het de bedoeling om de datum van 1 juli 2023 te behouden, omdat dit de startdatum is van een nieuwe referentieperiode.[8]

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.

In zoverre met sommige ontworpen bepalingen (zie bijvoorbeeld de artikelen 6 en 7 van het ontwerp) met terugwerkende kracht nieuwe verplichtingen worden opgelegd aan de voorzieningen, kan de retroactieve inwerkingtreding geen doorgang vinden. In voorkomend geval dient met betrekking tot die bepalingen in een overgangsregeling te worden voorzien.

[8] De gemachtigde gaf dienaangaande de volgende verduidelijking: “Voorafgaandelijk is het nuttig toe te lichten dat de financiering van woonzorgcentra bepaald wordt op basis van referentieperiodes. Het bedrag van de basistegemoetkoming voor zorg voor het jaar 2024 zal in het najaar van 2023 worden bepaald op basis van de referentieperiode die liep van 1 juli 2022 tot en met 30 juni 2023. Dat bepaalt meteen ook waarom heel wat maatregelen retroactief in werking treden met ingang van 1 juli 2022. Door de bepalingen retroactief van toepassing te maken vanaf 1 juli 2022 komen bv. bepaalde prestaties in aanmerking voor de bepaling van het bedrag dat een voorziening in 2024 per dag en per gebruiker kan gefinancierd zien.”

‡LW-AJIXQCADG-HEAJDUQ‡

Zoals de gemachtigde bevestigde, is de terugwerkende kracht voor de artikelen 18, 19, 20 en 21 van het ontwerp niet nodig. Die artikelen kunnen dan in werking treden volgens de gebruikelijke regels, te weten de tiende dag volgend op de dag van de bekendmaking van het te nemen besluit in het Belgisch Staatsblad.

DE GRIFFIER DE EERSTE VOORZITTER

Greet VERBERCKMOES Wilfried VAN VAERENBERGH

‡LW-AJIXQCADG-HEAJDUQ‡