



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 63.937/3
van 10 oktober 2018

over

een voorontwerp van decreet van de Vlaamse Gemeenschap (en
het Vlaamse Gewest) ‘betreffende de woonzorg’

Op 17 juli 2018 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 31 augustus 2018,^(*) een advies te verstrekken over een voorontwerp van decreet van de Vlaamse Gemeenschap (en het Vlaamse Gewest) ‘betreffende de woonzorg’.

Het voorontwerp is door de derde kamer onderzocht op 25 september 2018. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Jeroen VAN NIEUWENHOVE en Peter SOURBRON, staatsraden, Jan VELAERS en Bruno PEETERS, assessoren, 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 10 oktober 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 wordt verlengd 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 om advies voorgelegde voorontwerp van decreet van de Vlaamse Gemeenschap (en van het Vlaamse Gewest)² strekt ertoe een nieuwe regeling in te voeren inzake de woonzorg, zijnde de activiteiten die de woonzorgvoorzieningen of verenigingen van mantelzorgers en gebruikers aanbieden.³ De ontworpen regeling komt in de plaats van het Woonzorgdecreet van 13 maart 2009. De opheffing van elk van de bepalingen van dat decreet zal door de Vlaamse Regering worden geregeld ter uitvoering van artikel 87 van het voorontwerp.

Hoofdstuk 1 van het voorontwerp bevat basisbepalingen, waaronder definities, een omschrijving van de doelstellingen van het voorontwerp, de gebruikersgerichte werkingsprincipes en de organisatorische werkingsprincipes die de woonzorgvoorzieningen en verenigingen in acht moeten nemen, de onderverdeling in categorieën van initiatiefnemers die een voorafgaande vergunning of een erkenning aanvragen, alsook een aantal vereisten met betrekking tot de financiële en bestuurlijke weerbaarheid en transparantie van de voorzieningen.

Hoofdstuk 2 bepaalt de doelstellingen en de opdrachten van elke afzonderlijke woonzorgvoorziening en van verenigingen voor mantelzorgers en gebruikers (hierna: de verenigingen). Deze woonzorgvoorzieningen zijn de lokale dienstencentra, de thuiszorgvoorzieningen (namelijk de diensten voor gezinszorg, de diensten voor oppashulp, de diensten voor thuisverpleging, de diensten maatschappelijk werk van het ziekenfonds, de diensten voor gastopvang, de centra voor dagverzorging, de centra voor kortverblijf en de centra voor herstelverblijf), alsook de groepen van assistentiewoningen en de woonzorgcentra.

Hoofdstuk 3 regelt de erkenning, die vereist is opdat woonzorgvoorzieningen en verenigingen mogen worden uitgebaat of georganiseerd en opdat de erkende benamingen ervan mogen worden gebruikt. Er wordt ook voorzien in een erkenningsregeling voor innovatieve vormen van woonzorg, alsook in specifieke bepalingen inzake de erkenning van bepaalde woonzorgvoorzieningen of verenigingen. Het hoofdstuk regelt eveneens de programmatie van de woonzorgvoorzieningen (met uitzondering van de diensten voor thuisverpleging, de groepen van assistentiewoningen) en van de verenigingen. Er wordt voorzien in een regeling, wat betreft lokale dienstencentra, centra voor dagopvang van een dienst voor gezinszorg, centra voor dagverzorging, centra voor kortverblijf, centra voor herstelverblijf en woonzorgcentra, van de voorafgaande vergunning die vereist is voor het bouwen of verbouwen, het inrichten van een

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

² Zie daarover opmerking 3.

³ Zie artikel 2, § 1, 18°, van het voorontwerp.

bestaand gebouw, het verplaatsen van de activiteiten of het verhogen van de capaciteit. Het hoofdstuk regelt ten slotte ook de subsidiëring van de woonzorgvoorzieningen en de verenigingen. Er wordt bepaald dat als ter uitvoering van het ontworpen decreet staatssteun wordt verleend aan een onderneming, deze wordt toegekend met inachtneming van het DAEB-besluit⁴.

Hoofdstuk 4 bevat bepalingen inzake de registratie door de woonzorgvoorzieningen, verenigingen, partnerorganisaties en in het kader van projecten, van gegevens over de gebruikers, hun mantelzorgers en de gevraagde en geboden zorg, alsook over het bezorgen van – waar mogelijk – geanonimiseerde gegevens aan de Vlaamse overheid. Er wordt onder meer bepaald wie de persoonsgegevens mag verwerken en wie de verwerkingsverantwoordelijken zijn.

Hoofdstuk 5 betreft de erkenning en subsidiëring van partnerorganisaties en het subsidiëren van projecten rond de woonzorg.

Hoofdstuk 6 bevat een bepaling aangaande het aanrekenen van een gebruikersbijdrage of een dagprijs aan de gebruiker.

Hoofdstuk 7 heeft betrekking op het toezicht, de wijziging, de schorsing, de intrekking en het verval van de erkenning, de sluiting van bepaalde voorzieningen en het verbod op exploitatie onder de erkende benaming.

Hoofdstuk 8 bepaalt de sancties, zijnde administratieve geldboeten, en regelt het beroep bij de politierechtbank daartegen.

Hoofdstuk 9 bevat verscheidene wijzigingsbepalingen.

Hoofdstuk 10 bevat de slotbepalingen, namelijk een opheffingsbepaling, overgangsbepalingen, een bepaling betreffende de citeertitel en een delegatie aan de Vlaamse Regering om voor iedere bepaling van het aan te nemen decreet de datum van inwerkingtreding te bepalen (met uitzondering van artikel 95, § 1, waarvan de inwerkingtreding in het voorontwerp op 1 januari 2019 wordt bepaald).

BEVOEGDHEID

3. Het voorontwerp regelt in beginsel aangelegenheden die behoren tot de bevoegdheid van de gemeenschappen inzake de bijstand aan personen (artikel 5, § 1, II, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’),⁵ in het bijzonder het

⁴ Besluit 2012/21/EU van de Commissie van 20 december 2011 ‘betreffende de toepassing van artikel 160, tweede lid, 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 belast ondernemingen’.

⁵ Uit de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof blijkt dat de bijstand waarin de gemeenschappen kunnen voorzien niet beperkt is tot de diverse categorieën van personen die worden vermeld in de genoemde bepaling (Grondwettelijk Hof, nr. 33/2001, 13 maart 2001, B.3.4). Zie ook advies 42.544/VR/3 van 2 oktober 2007 over een voorontwerp dat geleid heeft tot het decreet van de Vlaamse Gemeenschap van 18 juli 2008 ‘betreffende de zorg- en bijstandsverlening’, *Parl.St.* VI.Parl. 2007-08, nr. 1708/1.

bejaardenbeleid (artikel 5, § 1, II, 5°). Daarnaast bevat het tevens bepalingen die het gezondheidsbeleid betreffen, in het bijzonder het beleid betreffende de zorgverstrekkingen in oudereninstellingen (artikel 5, § 1, I, eerste lid, 3°) en het beleid betreffende de zorgverstrekking in en buiten de verplegingsinrichtingen (artikel 5, § 1, I, eerste lid, 1°).

Enkele wijzigingsbepalingen van het decreet van het Vlaamse Gewest van 15 juli 1997 ‘houdende de Vlaamse Wooncode’ en van het decreet van het Vlaamse Gewest van 27 maart 2009 ‘betreffende het grond- en pandenbeleid’, namelijk de artikelen 74, 75 en 79 van het voorontwerp, hebben evenwel betrekking op gewestaangelegenheden. Om dit tot uiting te laten komen in artikel 1 van het voorontwerp, zonder de indruk te wekken dat het zou gaan om een substantieel aantal bepalingen, kan men die bepaling als volgt redigeren: “Artikel 1. Dit decreet regelt gemeenschapsaangelegenheden en, wat de artikelen 74, 75 en 79 betreft, gewestaangelegenheden.”⁶

4. De artikelen 64, tweede lid, en 65, § 1, tweede lid, van het voorontwerp machtigen de Vlaamse Regering om subsidies *te verminderen of terug te vorderen*, volgens de regels die ze bepaalt, als de betrokken woonzorgvoorzieningen de subsidievoorwaarden niet naleven. De vraag rijst of die bepalingen wel stroken met artikel 13 van de wet van 16 mei 2003 ‘tot vaststelling van de algemene bepalingen die gelden voor de begrotingen, de controle op de subsidies en voor de boekhouding van de gemeenschappen en de gewesten, alsook voor de organisatie van de controle door het Rekenhof’,⁷ dat inhoudt dat een onmiddellijke en volledige⁸ terugbetaling van subsidies moet worden gevorderd van begunstigen die de subsidievoorwaarden niet naleven, de subsidies niet aanwenden voor de doeleinden waarvoor ze werden verleend of die de controle op de aanwending ervan verhinderen. De gemachtigde verklaarde weliswaar dat het niet de bedoeling is om in te gaan tegen die bepaling, maar de term “verminderen” kan zo worden begrepen dat in bepaalde gevallen wordt afgezien van een volledige terugvordering.

De ontworpen bepalingen zouden weliswaar ook zo kunnen worden begrepen dat de *vermindering* van de subsidies enkel geldt voor de toekomst, als een sanctie voor reeds vastgestelde tekortkomingen voor het verleden die hebben geleid tot een volledige terugbetaling van de subsidies voor het verleden. Dat blijkt echter niet uit de tekst van de ontworpen bepalingen en zou expliciet moeten worden verwoord.

Indien het toch de bedoeling zou zijn om in afwijking van de voormelde wetsbepaling in bepaalde omstandigheden af te zien van een volledige terugvordering, kan de decreetgever deze bepalingen enkel aannemen voor zover voldaan is aan de voorwaarden van artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’ en zal in de memorie van toelichting moeten worden verantwoord dat de ontworpen bepalingen noodzakelijk zijn voor de uitoefening van de bevoegdheid van de Vlaamse Gemeenschap, dat de

⁶ Vgl. met artikel 1 van het decreet van de Vlaamse Gemeenschap en van het Vlaamse Gewest van 18 mei 2018 ‘houdende de Vlaamse sociale bescherming’.

⁷ Deze bepaling is van toepassing op de Vlaamse Gemeenschap op grond van artikel 50, § 2, derde lid, van de bijzondere wet van 16 januari 1989 ‘betreffende de financiering van de Gemeenschappen en de Gewesten’.

⁸ Indien slechts voor een deel van de subsidies de aanwending ervan niet kan worden verantwoord, moet enkel dat deel worden terugbetaald.

betrokken aangelegenheid zich leent tot een gedifferentieerde regeling en dat de weerslag van de ontworpen bepalingen op die aangelegenheid slechts marginaal is.⁹

5. Artikel 72, vijfde lid, van het voorontwerp houdt in dat diegenen aan wie een administratieve geldboete wordt opgelegd, binnen vijftien dagen tegen die beslissing met een verzoekschrift een beroep kunnen aantekenen bij de politierechtbank. Aldus wordt de bevoegdheid van de politierechtbank en de voor die rechtbank te volgen procedure geregeld.

Krachtens de artikelen 145 en 146 van de Grondwet behoort de omschrijving van de bevoegdheden van de rechtscolleges tot de uitsluitende bevoegdheid van de federale wetgever. Het vaststellen van procedureregels voor de rechtscolleges komt eveneens aan de federale wetgever toe op grond van zijn residuaire bevoegdheid.¹⁰

De decreetgever moet bijgevolg, om de voormelde bepaling te kunnen aannemen, een beroep doen op artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980. Er zal in de memorie van toelichting moeten worden verantwoord dat de ontworpen bepalingen noodzakelijk zijn voor de uitoefening van de bevoegdheid van de Vlaamse Gemeenschap, dat de betrokken aangelegenheid zich leent tot een gedifferentieerde regeling en dat de weerslag van de ontworpen bepaling op die aangelegenheid slechts marginaal is. Daarbij zal in het bijzonder moeten worden uiteengezet waarom niet kan worden volstaan met het beroep tot nietigverklaring overeenkomstig artikel 14, § 1, van de wetten op de Raad van State, dat bij ontstentenis van de ontworpen bepaling het toepasselijke rechtsmiddel zou vormen. Overigens voldoet dat beroep volgens het Europees Hof voor de rechten van de mens,¹¹ het Grondwettelijk Hof,¹² het Hof van Cassatie¹³ en de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State zelf¹⁴ aan het vereiste van volwaardige jurisdictionele toetsing (“volle rechtsmacht”), vervat in artikel 6, § 1, van het Europees Verdrag over de rechten van de mens.¹⁵

VORMVEREISTEN

6.1. De vraag rijst of de bepalingen van het voorontwerp aangaande de financiering van de woonzorgvoorzieningen, verenigingen, partnerorganisaties en projecten 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

⁹ Zie bv. GwH 25 mei 2016, nr. 73/2016, B.25.2.

¹⁰ Zie o.m.: GwH 14 februari 2001, nr. 19/2001, B.4.2; GwH 26 november 2003, nr. 154/2003, B.2.4 en B.5.2; GwH 29 juli 2010, nr. 91/2010, B.3.3; GwH 14 november 2012, nr. 139/2012, B.4.3.

¹¹ EHRM 17 juli 2018, *SA Patronale hypothécaire*. Het is mogelijk dat deze zaak nog wordt verwezen naar de Grote Kamer van het EHRM.

¹² GwH 18 januari 2006, nr. 6/2006, B.14.1; GwH 17 januari 2007, nr. 14/2007, B.5.3; GwH 18 november 2010, nr. 130/2010, B.6.2 en B.6.4; GwH 30 maart 2011, nr. 44/2011, B.10; GwH 18 mei 2011, nr. 78/2011, B.8.

¹³ Cass. 15 oktober 2009, nr. C.09.0019.N, *Brussels Instituut voor Milieubeheer v. Emery Worldwide Airlines Inc.*, *Arr.Cass.* 2009, nr. 584.

¹⁴ RvS 26 februari 2010, nr. 201.373, *nv European Air Transport*; RvS 6 juli 2012, nr. 220.211, *Van Waeyenberghe*.

¹⁵ P. LEMMENS, “Enkele beschouwingen bij de zogenaamde ‘volle rechtsmacht’ van de rechter bij de toetsing van administratieve sancties” in *Liber Amicorum Marc Boes*, Brugge, die Keure, 2011, 393-404.

toepassingsgebied valt van de aanmeldingsplicht bij de Europese Commissie, zoals bedoeld in artikel 108, lid 3, van datzelfde verdrag. De gemachtigde verklaarde daarover het volgende:

“[Die bepalingen] werden niet aangemeld. Als er gesubsidieerd wordt op basis van dit decreet, is het op basis van het DAEB-besluit.

Voor wat betreft de diensten voor thuisverpleging en de centra voor herstelverblijf is geen subsidiëring voorzien.

In 2019 zijn enkel centra voor dagverzorging, centra voor kortverblijf en woonzorgcentra op die manier gefinancierd in het kader van de VSB. De financiering voor de diensten gezinszorg zal pas in een latere fase in het kader van de VSB geoperationaliseerd worden.

Alle andere woonzorgvoorzieningen en de verenigingen in het woonzorgdecreet (...) zijn (...) voorzieningen die beschouwd worden als diensten van algemeen belang (niet-economische activiteit).

Enkel de groepen van assistentiewoningen zijn DAEB, maar voorlopig worden op geen enkele manier subsidies voor hun werking voorzien.”

In artikel 55, § 2, van het voorontwerp wordt bepaald dat als ter uitvoering van het ontworpen decreet staatssteun wordt verleend aan een onderneming, deze wordt toegekend met inachtneming van het DAEB-besluit. Daarover verklaarde de gemachtigde het volgende:

“We vermelden het besluit in ons artikel 55, dit is onze intentie om te voldoen aan de voorwaarden die in dit besluit gesteld worden. We zullen hier bijgevolg rekening mee houden bij het opstellen van de sectorspecifieke regelgeving inzake subsidiëring. (...) Als we in het kader van dit decreet subsidies zullen verlenen, dan is dat als compensatie van de taken die in het kader van dit decreet worden opgelegd. De vrijstellingsregeling van het besluit 2012/21/EU lijkt ons de meest toepasselijke wanneer de diensten als economisch zouden worden beschouwd.”

6.2. In zoverre de subsidiëring betrekking heeft op diensten die te beschouwen zijn als diensten van algemeen belang die een niet-economische activiteit uitoefenen, is de aanmelding niet vereist.

Het is echter zeer de vraag of de zienswijze van de stellers van het voorontwerp dat alle woonzorgvoorzieningen die aan bod komen in het voorontwerp, met uitzondering van de groepen van assistentiewoningen, als dusdanig kunnen worden beschouwd, zoals verder zal blijken uit opmerking 7.1. De stellers van het voorontwerp zullen hun standpunt ter zake dan ook ernstig moeten heroverwegen.

6.3. Voor de subsidiëring van diensten die niet kunnen worden beschouwd als diensten van algemeen belang die een niet-economische activiteit uitoefenen, is de aanmelding bij de Europese Commissie vereist, tenzij een beroep kan worden gedaan op een vrijstellingsregeling¹⁶ en aan alle voorwaarden van deze vrijstellingsregeling is voldaan.

¹⁶ Zie, naast het reeds vermelde DAEB-besluit, 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

De loutere vermelding in artikel 55, § 2, van het voorontwerp dat de bepalingen van het DAEB-besluit in acht worden genomen, volstaat alvast niet voor de effectieve vrijstelling van de aanmeldingsverplichting. Zo moet worden nagegaan of de betrokken diensten kunnen worden ingepast in artikel 2, lid 1, c), van dat besluit. Overeenkomstig artikel 2, lid 2, mag de periode waarvoor de onderneming met het beheer van de dienst van algemeen economisch belang wordt belast, in beginsel niet langer zijn dan tien jaar. Artikel 4 van het DAEB-besluit schrijft voor dat een aantal vermeldingen moeten worden opgenomen in het besluit of de besluiten waarbij de betrokken onderneming met het beheer van de dienst van algemeen economisch belang wordt belast, zoals de inhoud en de duur van de openbaredienstverplichtingen (artikel 4, a)), de beschrijving van het compensatiemechanisme en de parameters voor berekening, monitoring en herziening van de compensatie (artikel 4, d)) en de regelingen om eventuele overcompensatie te vermijden en terug te vorderen (artikel 4, e)). Indien deze vermeldingen niet zouden worden opgenomen in het ontworpen decreet, moeten ze uiterlijk in de uitvoeringsbesluiten ervan aan bod komen.

6.4. 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),¹⁷ en die onwettigheid moet door elke rechter, desnoods ambtshalve, worden opgeworpen,¹⁸ zonder dat de begunstigden van de steun zich op een gewekt vertrouwen kunnen beroepen om de terugbetaling van de steun (met interest) te verhinderen.¹⁹ De nationale 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.²⁰

6.5. 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.

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’.

¹⁷ 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.

¹⁸ 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.

¹⁹ 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 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.

²⁰ 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.

ALGEMENE OPMERKINGEN

A. De toepasselijkheid van en de toetsing aan de dienstenrichtlijn

7. De memorie van toelichting gaat niet in op de vraag of de woonzorgvoorzieningen die in het voorontwerp worden geregeld (of sommige ervan) vallen binnen het toepassingsgebied van richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 ‘betreffende diensten op de interne markt’ (hierna: dienstenrichtlijn) en of er een toetsing aan deze richtlijn is gebeurd. De gemachtigde verklaarde daarover het volgende:

“We baseren ons in eerste instantie op de rapportage die in 2009 gebeurd is, waarbij alle woonzorgvoorzieningen en verenigingen als niet-economische diensten gezien worden. Voor wat betreft de groepen van assistentiewoningen volgen we de hierboven opgesomde arresten, die doelen op service-gebouwen en waar wij ons ook in kunnen vinden voor wat de groepen van assistentiewoningen in de Vlaamse regelgeving betreffen.

| Woonzorgvoorziening: | Dienstenrichtlijn |
|--|---|
| LDC | Art 2, 2, a) of in tweede orde Art. 2,2, j) |
| Dienst voor gezinszorg (Dienst voor gezinszorg met bijkomende erkenning als) centrum voor dagopvang | Art 2, 2, a) of in tweede orde Art. 2,2, j) |
| Dienst voor oppashulp | Art 2, 2, a) of in tweede orde Art. 2,2, j) |
| DMW | Art 2, 2, a) of in tweede orde Art. 2,2,j) |
| Dienst voor gastopvang | Art 2, 2, a) of in tweede orde Art. 2,2, j) |
| Diensten voor thuisverpleging: | |

Het betreft een samenwerkingsverband waar verpleegkundigen deel van kunnen uitmaken, hetzij als zelfstandige, hetzij als werknemer. Wat de motivatie betreft, maken we een onderscheid tussen de beide situaties:

1) Verpleegkundigen als zelfstandige: deze voorzieningen zijn als samenwerkingsverbanden niet als onderscheiden diensten te beschouwen in de zin van de DR.

2) Verpleegkundigen als werknemer (de diensten die de verpleegkundigen leveren worden geacht te worden geleverd door de voorziening):

- er worden geen eisen in de zin van de DR gesteld aan de exploitatie van deze diensten;

- bovendien vallen deze diensten onder de uitzondering voor gezondheidsdiensten uit art. 2, 2, f) DR.

| | |
|--|--|
| Centrum voor dagverzorging | Art 2, 2, a) of in tweede orde Art. 2,2, j) |
| Centrum voor dagverzorging met bijkomende erkenning | Art. 2, 2, a) of in tweede orde Art. 2,2, f) |
| Centrum voor kortverblijf | Art 2, 2, a) of in tweede orde Art. 2,2, j) |
| Centrum voor herstelverblijf | Art 2, 2, a) of in tweede orde Art. 2,2, j) |

| | |
|-------------------------------------|---|
| Woonzorgcentrum | Art 2, 2, a) of in tweede orde Art. 2,2, j) |
| WZC met bijkomende erkenning | Art. 2, 2, a) of in tweede orde Art. 2,2, f) |
| GAW | Vallen onder de richtlijn (HvJ C-57/12, GWH nr. 10/2012 en 6/2014) |
| Vereniging | Art 2, 2, a) of in tweede orde Art. 2,2, j) |
| Partnerorganisaties en projecten | Art 2, 2, a) of in tweede orde Art. 2,2, j) |
| Verantwoording: | |

1) Groepen van assistentiewoningen vallen onder het toepassingsgebied

Zie HvJ C-57/12 en GWH nr. 10/2012 en 6/2014

2) Uitzondering 2, 2, a): niet-economische diensten van algemeen belang

Deze diensten vallen buiten het toepassingsgebied van de DR, aangezien ze niet-economisch van aard zijn (obv de argumentatie van de arresten Humbel en Wirth).

De diensten worden erkend en gesubsidieerd door de overheid, hebben niet tot doel een economische taak te verrichten, maar hebben een sociale taak.

zie ook: Adv.RvS 58.245/3 van 29/10/2015 en Adv.RvS 59.983/3 van 28/09/2016

In tweede orde:

3) Uitzondering 2, 2, j): 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;

De diensten vallen onder de uitzondering voor sociale diensten die in art. 2, 2, j) DR voorzien wordt, want de volgende voorwaarden zijn vervuld: sociale dienst, betreffende de ondersteuning van gezinnen of personen in permanente of tijdelijke nood, er is een mandaat vanwege de overheid).

HvJ C-57/12: Wat ‘sociale diensten’ betreft, blijkt uit deze bepaling, gelezen in samenhang met punt 27 van de considerans van deze richtlijn, dat enkel de diensten die aan twee cumulatieve voorwaarden voldoen, onder dit begrip vallen.

De eerste voorwaarde betreft de aard van de uitgeoefende activiteiten. Zoals ook is uitgelegd in het handboek moeten deze met name de hulp en bijstand aan bejaarden betreffen die wegens een volledig of gedeeltelijk gebrek aan onafhankelijkheid permanente of tijdelijke bijzondere behoeften hebben en gevaar lopen te worden gemarginaliseerd. Het gaat met andere woorden om activiteiten die van wezenlijk belang zijn om het grondrecht op menselijke waardigheid en integriteit te verzekeren en een uiting vormen van de beginselen van sociale samenhang en solidariteit.

De tweede voorwaarde betreft de status van de verrichter van de diensten, die kunnen worden verstrekt door de staat zelf, door een liefdadigheidsinstelling die als zodanig door de staat is erkend of door een particuliere dienstverrichter die daartoe door de staat is gemachtigd.

Ofschoon het juist is dat de tekst van artikel 2, lid 2, sub j, van richtlijn 2006/123 niet uitdrukkelijk de omstandigheden vermeldt waarin een dergelijke dienstverrichter kan worden geacht door de staat te zijn gemachtigd, neemt dit niet weg dat in dit verband nuttige preciseringen zijn te vinden in het handboek, in punt 2.3 van de mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's van de Europese Unie, een begeleidend document bij de mededeling 'Een interne markt voor het Europa van de 21ste eeuw – Diensten van algemeen belang, met inbegrip van sociale diensten van algemeen belang: een nieuw Europees engagement' [COM(2007) 725 definitief], en in de punten 23, 24 en 41 van de resolutie van het Europees Parlement van 5 juli 2011 over de toekomst van sociale diensten van algemeen belang [2009/2222(INI)].

Aangaande de inhoud van deze machtiging moet worden vastgesteld dat, zoals ook in het handboek is bevestigd, een particuliere dienstverrichter moet worden geacht door de staat te zijn gemachtigd voor zover hij 'verplicht' is de aan hem opgedragen sociale diensten te verstrekken.

Zoals ook blijkt uit voornoemde mededeling en resolutie moet deze 'verplichting' – uit het oogpunt van deze dienstverrichter – immers worden geacht enerzijds de verbintenis in te houden om de betrokken diensten te verstrekken waarbij anderzijds bepaalde specifieke uitoefeningsvoorwaarden in acht moeten worden genomen. Deze voorwaarden hebben met name tot doel te verzekeren dat deze diensten overeenkomstig vastgestelde kwantitatieve en kwalitatieve eisen worden aangeboden, zodat de dienstverrichtingen voor iedereen gelijk toegankelijk zijn, waarbij in beginsel een toereikende financiële vergoeding wordt toegekend die is berekend op basis van parameters die vooraf op objectieve en doorzichtige wijze moeten worden vastgesteld (zie naar analogie arrest van 10 juni 2010, Fallimento Traghetti del Mediterraneo, C-140/09, Jurispr. blz. I-5243, punt 38 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

Aangaande de kenmerken van het machtigingsbesluit is het stellig juist dat, zoals de GGC in haar schriftelijke opmerkingen heeft aangevoerd, richtlijn 2006/123 niet een bepaalde juridische vorm oplegt, zodat de kenmerken ervan in elke lidstaat kunnen verschillen.

4) Uitzondering 2, 2, f): 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;

HvJ C-57/12: het door de Uniewetgever vastgestelde begrip 'diensten van de gezondheidszorg' blijkt redelijk ruim te zijn, in die zin dat het de diensten inzake de menselijke gezondheid omvat, al dan niet verstrekt 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.

Wat vervolgens het doel en de opzet van artikel 2, lid 2, sub f, van richtlijn 2006/123 betreft, moet worden vastgesteld dat, zoals in punt 22 van de considerans van de richtlijn staat te lezen, de uitsluiting van de gezondheidszorg van de werkingssfeer van deze richtlijn alle medische en farmaceutische diensten beoogt te omvatten die mensen werkzaam in de gezondheidszorg aan patiënten verlenen 'om hun gezondheid te beoordelen, te bewaren of te verbeteren', voor zover deze activiteiten 'in de lidstaat waar de diensten worden verstrekt, zijn voorbehouden aan een gereguleerd beroep binnen de gezondheidszorg'.

Deze vaststelling vloeit ook voort uit het Handboek voor de implementatie van de ‘dienstenrichtlijn’ (hierna: ‘handboek’), dat daaraan enkel toevoegt dat de uitsluiting van de diensten betreffende de gezondheidszorg van de werkingssfeer van richtlijn 2006/123 de activiteiten betreft die rechtstreeks en specifiek met de menselijke gezondheid zijn verbonden en dus geen activiteiten betreft die louter zijn bedoeld om het welbevinden te vergroten of ontspanning te bieden, zoals sport- of fitnessclubs. Dat blijkt overigens uit artikel 3, sub a, van richtlijn 2011/24, dat ‘gezondheidszorg’ omschrijft als ‘gezondheidsdiensten die door gezondheidswerkers aan patiënten worden verstrekt om de gezondheidstoestand van deze laatsten te beoordelen, te behouden of te herstellen, waaronder begrepen het voorschrijven en het verstrekken van geneesmiddelen en medische hulpmiddelen’.”

7.1. Indien sommige van de voormelde woonzorgvoorzieningen beschouwd kunnen worden als niet-economische diensten van algemeen belang, vallen ze buiten het toepassingsgebied van het VWEU en van de dienstenrichtlijn (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]”,²¹ 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 7.2 en 7.3).

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 de werkingkosten van die dienst moet helpen dragen, doet niets af aan de aard van de betrokken dienst.²²

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. Het Hof van Justitie²³ en het Grondwettelijk Hof²⁴ zijn er alvast in verscheidene arresten impliciet vanuit gegaan dat de betrokken zorgvoorzieningen (rustoorden en rust- en verzorgingstehuizen, serviceresidenties, centra voor dagopvang en centra voor nachtopvang) allen te beschouwen zijn als diensten die binnen het toepassingsgebied van het VWEU en van de dienstenrichtlijn vallen en dus niet te beschouwen zijn als niet-economische diensten van algemeen belang. De Raad van State kan zich dan ook niet aansluiten bij de ruime inschatting van de gemachtigde.

²¹ Zie artikel 4, 1), van de richtlijn.

²² Zie ook HvJ 27 september 1988, zaak 263/86, *Humbel* en HvJ 7 december 1993, C-109/92, *Wirth*.

²³ HvJ 11 juli 2013, C-57/12, *Fédération des maisons de repos privées de Belgique (Femarbel)*.

²⁴ GwH 9 december 2010, nr. 135/2010, B.6.1-B.6.3; GwH 25 januari 2012, nr. 10/2012, B.15.1; GwH 23 januari 2014, nr. 6/2014, B.17-B.27.

7.2. In het antwoord van de gemachtigde wordt in tweede orde in ruime mate een beroep gedaan 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.²⁵ 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)²⁶, 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 gedefinieerd, zonder een einde te kunnen maken aan de exploitatie voor het verstrijken van de periode waarvoor de erkenning wordt verleend.²⁷

In een eerdere zaak over een Waalse decretale regeling had het Grondwettelijk Hof met betrekking tot rustoord 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

²⁵ HvJ 11 juli 2013, C-57/12, *Fédération des maisons de repos privées de Belgique (Femarbel)*.

²⁶ 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).

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

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”.²⁸

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.

7.3. 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 dienstenrichtlijn²⁹ 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.³⁰

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.³¹ Eerder al had het Hof beslist dat ook service-residenties niet onder de uitzonderingsgrond vallen omdat er geen gezondheidszorg wordt verstrekt.³² Voor rustoorden, rust- en verzorgingstehuizen en dagverzorgingscentra daarentegen aanvaardde het Grondwettelijk Hof in een nog eerder arrest dat de uitzonderingsgrond inzake diensten van de gezondheidszorg toepasselijk was.³³

7.4. De toepassing van de zo-even aangehaalde criteria op de verscheidene woonzorgvoorzieningen 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.

²⁸ GwH 9 december 2010, nr. 135/2010, B.6.2.

²⁹ *Handboek voor de implementatie van de Dienstenrichtlijn*, Luxemburg, Bureau voor officiële Publicaties der Europese Gemeenschappen, 2007, 12.

³⁰ HvJ 11 juli 2013, C-57/12, *Fédération des maisons de repos privées de Belgique (Femarbel)*, overwegingen 33 tot 41.

³¹ GwH 23 januari 2014, nr. 6/2014, B.13-B.16.

³² GwH 25 januari 2012, nr. 10/2012, B.15.1.

³³ GwH 9 december 2010, nr. 135/2010, B.6.1-B.6.3.

Het staat dan ook aan de stellers van het voorontwerp om de denkoefening met betrekking tot de toepasselijkheid van de dienstenrichtlijn over te doen met de voormelde criteria in het achterhoofd. Het verdient aanbeveling om de bevindingen op te nemen in de memorie van toelichting.

8. 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”)³⁴ ervan. Dat is evenwel enkel het geval voor woonzorgvoorzieningen of verenigingen waarvoor een verplichte vergunning wordt ingesteld. Op dat punt is het voorontwerp niet zo duidelijk. Artikel 39 van het voorontwerp wekt de indruk dat er een vergunningstelsel geldt voor alle woonzorgvoorzieningen of verenigingen. Uit artikel 72, 3° tot 5° (lees: 1° tot 3°), van het voorontwerp en uit de toelichting van de gemachtigde blijkt echter dat voor centra voor dagverzorging, centra voor kortverblijf, centra voor herstelverblijf, groep van assistentiewoningen, woonzorgcentra, en diensten voor gezinszorg die een centrum voor dagopvang uitbaten, de erkenning steeds verplicht is, ook als de activiteit onder een andere benaming wordt uitgeoefend, terwijl voor lokale dienstencentra, diensten voor gezinszorg, diensten voor thuisverpleging, diensten maatschappelijk werk van het ziekenfonds, diensten voor oppashulp, diensten voor gastopvang en verenigingen een erkenning enkel verplicht is wanneer men de betrokken voorziening wil uitbaten onder die benamingen. Voor de tweede categorie van voorzieningen, waarbij enkel de uitoefening van de betrokken dienst onder een specifieke benaming aan een verplichte vergunning wordt onderworpen, gaat het niet om een vergunningstelsel³⁵ en moet er dan ook niet worden getoetst aan de voornoemde hoofdstukken van de dienstenrichtlijn. Voor de eerste categorie van voorzieningen zal een toetsing moeten gebeuren voor de nog aan te nemen uitvoeringsbesluiten met betrekking tot de erkenningsprocedure en de erkenningsvoorwaarden.

9. Volledigheidshalve moet nog worden opgemerkt dat ook buiten het toepassingsgebied van de dienstenrichtlijn (voor de in opmerking 8 vermelde tweede categorie van voorzieningen, alsook voor de diensten vermeld in de opmerkingen 7.2 en 7.3) nog steeds de vrijheid van vestiging en het vrij verkeer van diensten gelden, zoals gewaarborgd door de artikelen 49 en 56 VWEU. Een toetsing aan die verdragsbepalingen zal ook moeten gebeuren voor de nog aan te nemen uitvoeringsbesluiten met betrekking tot de erkenningsprocedure en de erkenningsvoorwaarden.

B. De verwerking van persoonsgegevens

10. Artikel 59 van het voorontwerp regelt de omgang met persoonsgegevens in uitvoering van het ontworpen decreet. In verscheidene bepalingen van het voorontwerp worden

³⁴ Wat hoofdstuk IV betreft, in zoverre de diensten ook bij wege van tijdelijke, occasionele dienstverrichting op het grondgebied van de Vlaamse 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.

³⁵ Dat neemt niet weg dat de bescherming van een dergelijke benaming op zich wel als een vestigingsvoorwaarde moet worden beschouwd (die echter op zich beschouwd niet onder het toepassingsgebied van de dienstenrichtlijn valt).

verplichtingen opgelegd die de verwerking van persoonsgegevens (kunnen) inhouden. Zo bepaalt artikel 4, § 1, eerste lid, 14°, van het voorontwerp dat de woonzorgvoorzieningen en verenigingen meewerken aan het opstellen, uitvoeren en evalueren van het zorg- en ondersteuningsplan op aangeven van en in samenspraak met de gebruiker. Artikel 4, § 2, eerste lid, 16°, van het voorontwerp houdt in dat de woonzorgvoorzieningen en verenigingen inzetten op innovatie en digitalisering van zorg- en ondersteuningsprocessen en op gegevensdeling. Artikel 18, eerste lid, 2°, van het voorontwerp verplicht de erkende diensten voor thuisverpleging om een gebruikersdossier aan te leggen en te bewaren. Artikel 34, eerste lid, 9°, van het voorontwerp bepaalt dat het woonzorgcentrum een woonzorgleefplan opmaakt. Artikel 38, tweede lid, van het voorontwerp bepaalt dat de personeelsleden en de bestuurders van de erkende woonzorgvoorzieningen en verenigingen een uittreksel uit het strafregister moeten kunnen voorleggen.

10.1. 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. Opatd 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’³⁶.

Gelet op het legaliteitsbeginsel vervat in artikel 22 van de Grondwet moeten de essentiële elementen van de verwerking, namelijk de aard van de persoonsgegevens en de finaliteit van de verwerking in het ontworpen decreet worden bepaald.

Artikel 59 van het voorontwerp, dat op algemene wijze de verwerking van persoonsgegevens ter uitvoering van het ontworpen decreet beoogt te regelen, moet dan ook worden aangevuld met de vermelding van de finaliteit van het verwerken van de persoonsgegevens over personeelsleden en bestuurders van de woonzorgvoorzieningen en verenigingen (in paragraaf 1 ervan). Tevens moet in de ontworpen bepaling zelf worden bepaald welk soort

³⁶ 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.

persoonsgegevens kunnen worden verwerkt, veeleer dan dat op te dragen aan de Vlaamse Regering in de ontworpen paragraaf 3, 1°, van het voorontwerp.

10.2. De gemachtigde stelde voor om artikel 59 van het voorontwerp in het licht van die opmerking als volgt te herformuleren:

“Art. 59 §1. In dit artikel wordt verstaan onder de algemene verordening gegevensbescherming: 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.

§2. De woonzorgvoorzieningen, verenigingen, partnerorganisaties, vermeld in artikel 60, en projecten, vermeld in artikel 61, verzamelen op een gestructureerde, systematische wijze gegevens over de gebruikers, hun mantelzorgers, de personeelsleden en de bestuurders van de woonzorgvoorziening of vereniging, de aard van de zorg- en ondersteuningsvraag, de geboden woonzorg, de kwaliteit en het effect ervan, met als doel:

1° over de noodzakelijke informatie te beschikken die nodig is voor de zorg en ondersteuning aan de gebruiker, zodat de zorg en ondersteuning verleend door de woonzorgvoorziening zelf of in samenwerking met andere zorg- en welzijnsactoren passend wordt afgestemd op de evoluerende zorg- en ondersteuningsvraag van de gebruiker en het zorg- en ondersteuningstraject per gebruiker kan worden opgevolgd en bijgestuurd, waar nodig;

2° aan de Vlaamse overheid gegevens te bezorgen om haar in staat te stellen de woonzorg passend te financieren en haar woonzorgbeleid af te stemmen op de evoluerende maatschappelijke behoeften en de kwaliteit van de geboden woonzorg te monitoren conform het decreet van 17 oktober 2003 betreffende de kwaliteit van de gezondheids- en welzijnsvoorzieningen. Die gegevens zijn, waar mogelijk, geanonimiseerd.

§3. De persoonsgegevens die verzameld worden in het kader van dit decreet, worden verwerkt conform de regelgeving over de bescherming bij de verwerking van persoonsgegevens. De verwerking van persoonsgegevens is gebaseerd op artikel 6, eerste lid, 1), e), van de algemene verordening gegevensbescherming en, wat gegevens over gezondheid vermeld in artikel 9, eerste lid van de algemene verordening gegevensbescherming betreft, op artikel 9, tweede lid, 2), h), van de algemene verordening gegevensbescherming.

De gegevens over gezondheid, vermeld in het eerste lid, worden verwerkt conform artikel 9, derde lid, van de algemene verordening gegevensbescherming, door of onder de verantwoordelijkheid van een beroepsbeoefenaar die aan het beroepsgeheim is gebonden, of door een andere persoon die tot geheimhouding is gehouden. De Vlaamse Regering specificeert welke personen of instanties toegang hebben tot voormelde gezondheidsgegevens.

De verwerking van persoonsgegevens vindt plaats met respect voor de rechten van de betrokken gebruikers en mantelzorgers.

§4. In het kader van de uitvoering van hun bevoegdheden en taken, waaronder deze vermeld in artikel 4, §1, eerste lid, 14°, artikel 18, eerste lid, 2° en artikel 34, eerste lid, 9°, verzamelen en verwerken de woonzorgvoorzieningen, verenigingen, partnerorganisaties, vermeld in artikel 60, en projecten, vermeld in artikel 61, minstens volgende gegevens:

1° de persoonsgegevens met het oog op de identificatie van de betrokken gebruiker en zijn mantelzorgers;

2° de gezondheidsgegevens over de gebruiker die relevant zijn voor zorg en ondersteuning;

3° de gegevens met betrekking tot de te verlenen woonzorg;

4° de persoonsgegevens met het oog op de identificatie van de personeelsleden en de bestuurders;

5° de gegevens met betrekking tot de geschiktheid van de personeelsleden en de bestuurders, waaronder

a) de genoten opleiding;

b) een uittreksel uit het strafregister.

De Vlaamse Regering kan, na advies van de bevoegde toezichhoudende autoriteit als vermeld in artikel 4, 21), van de algemene verordening gegevensbescherming de lijst van gegevens, inclusief de gezondheidsgegevens, vermeld in artikel 4, 15), van voormelde verordening, vermeld in het eerste lid, verder uitwerken of aanvullen.

De Vlaamse Regering bepaalt, na advies van de bevoegde toezichhoudende autoriteit als vermeld in artikel 4, 21), van de algemene verordening gegevensbescherming:

1° de regels voor en de wijze van verwerking van de gegevens;

2° de termijn gedurende welke de verwerkte persoonsgegevens maximaal zullen worden bewaard;

3° de instanties waaraan de persoonsgegevens zullen worden verstrekt;

4° de vorm waarin en de wijze waarop gegevens worden uitgewisseld.

§5. Met het oog op de uitvoering van de bevoegdheden en taken, geregeld bij of krachtens dit decreet, worden persoonsgegevens van de gebruiker, inclusief gegevens als vermeld in artikel 4, 15), van de algemene verordening gegevensbescherming, verwerkt door:

1° het Agentschap Zorg en Gezondheid;

2° het Departement Welzijn, Volksgezondheid en Gezin.

De Vlaamse Regering bepaalt, na advies van de bevoegde toezichhoudende autoriteit als vermeld in artikel 4, 21), van de algemene verordening gegevensbescherming:

1° welke gegevens worden verzameld, inclusief de gezondheidsgegevens, vermeld in artikel 4, 15), van voormelde verordening;

2° de regels voor en de wijze van verwerking van de gegevens;

3° de termijn gedurende welke de verwerkte persoonsgegevens maximaal zullen worden bewaard;

4° de instanties waaraan de persoonsgegevens zullen worden verstrekt;

5° de vorm waarin en de wijze waarop gegevens worden uitgewisseld.

§6. De verwerkingsverantwoordelijken in de zin van artikel 4, 7), van de algemene verordening gegevensbescherming zijn:

1° het Agentschap Zorg en Gezondheid voor de verwerking van persoonsgegevens in het kader van de passende financiering van de woonzorgvoorzieningen en de monitoring en handhaving met betrekking tot de geboden woonzorg;

2° het Departement Welzijn, Volksgezondheid en Gezin voor het uitoefenen van toezicht op de erkenningsvoorwaarden en de kwaliteit van de geboden woonzorg;

3° de woonzorgvoorzieningen en verenigingen voor wat betreft de verwerking van persoonsgegevens in het kader van hun opdrachten en hun zorgrelatie met de gebruiker;

4° de partnerorganisaties, vermeld in artikel 60, en de projecten, vermeld in artikel 61 en projecten in het kader van hun opdrachten en hun zorgrelatie met de gebruiker.”

Bij dit tekstvoorstel moeten de volgende opmerkingen worden geformuleerd.

In de enuntiatieve opsomming in de ontworpen paragraaf 4, eerste lid, zou ook melding kunnen worden gemaakt van artikel 38, tweede lid (over het voorleggen van een uittreksel uit het strafregister door personeelsleden en bestuurders van woonzorgvoorzieningen en verenigingen).

De delegatie in de ontworpen paragraaf 4, tweede lid, aan de Vlaamse Regering om de lijst van gegevens, inclusief gezondheidsgegevens, die verwerkt kunnen worden, verder aan te vullen, is strijdig met het legaliteitsbeginsel. Alle soorten persoonsgegevens die verwerkt kunnen worden, moeten in de ontworpen bepaling zelf worden vermeld. Aan de Vlaamse Regering kan wel overgelaten worden om die gegeven nader te preciseren maar niet om nieuwe categorieën van gegevens toe te voegen. De woorden “verder uitwerken of aanvullen” moeten dan ook worden vervangen door de woorden “nader preciseren” en de lijst in het ontworpen tweede lid moet zo nodig worden aangevuld met andere soorten te verwerken persoonsgegevens.

In de ontworpen paragrafen 5 en 6 moet respectievelijk worden bepaald wie de voormelde gegevens betreffende het personeel en de bestuurders van de woonzorgvoorzieningen en verenigingen mag verwerken en wie de verwerkingsverantwoordelijken zijn.

10.3. 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.

Volgens de ontworpen bepalingen steunt de verwerking van de persoonsgegevens op artikel 6, eerste lid, 1, e), van de AVG en, wat betreft gezondheidsgegevens, op artikel 9, tweede lid, 2), h), van de AVG. Er is blijkbaar voor gekozen om geen beroep te doen op andere grondslagen, zoals die in randnummer 11 van het advies van de Gegevensbeschermingsautoriteit van 13 juni 2018 worden vermeld. Desalniettemin zal, wat eventuele gerechtelijke gegevens

betreft, moeten worden nagegaan op grond van welke bepaling van de AVG of van de wet van 30 juli 2018 de verwerking is toegelaten.³⁷

10.4. De Gegevensbeschermingsautoriteit stelde in het voormelde advies (randnummer 24) voor om de beveiligingsplicht beter te omkaderen “bij uitvoeringsbesluit of bij beraadslaging van een sectoraal comité of van het informatieveiligheidscomité”. Voor zover de Raad van State kon nagaan, is nog niet aan deze adviesopmerking tegemoet gekomen.

C. Verwijzing naar het VSB-decreet

11. In het voorontwerp wordt op verschillende plaatsen verwezen naar het “decreet van 6 juli 2019 houdende de Vlaamse sociale bescherming”. De gemachtigde bevestigde dat dit een vergissing is en dat de datum van het decreet 18 mei 2018 is.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 3

12. In artikel 3, tweede lid, van het Woonzorgdecreet van 13 maart 2009 worden drie doelstellingen verwoord die met dat decreet worden nagestreefd. In artikel 3, tweede lid, van het voorontwerp wordt bepaald dat *de woonzorgvoorzieningen en de verenigingen* drie vergelijkbaar geformuleerde doelstellingen “als doel” hebben, veeleer dan dat het doelstellingen zijn van de ontworpen decretale regeling. In de memorie van toelichting wordt bij de ontworpen bepaling nochtans vermeld dat ze “het opzet en de doelstelling *van het decreet*” betreft, en dus niet die van de woonzorgvoorzieningen en de verenigingen.

Indien het effectief de bedoeling zou zijn om verplichtingen op te leggen aan de woonzorgvoorzieningen en de verenigingen, kan beter worden geschreven: “De woonzorgvoorzieningen en de verenigingen waarborgen de autonomie en de levenskwaliteit van de gebruiker door: (...)”. Het bepalen van het “doel” van woonzorgvoorzieningen en verenigingen van privaatrechtelijke aard behoort immers tot de vrijheid van vereniging van die organisaties. Voor de decreetgever lijkt het erop aan te komen te bepalen hoe de woonzorgvoorzieningen en verenigingen zich ten aanzien van de gebruikers moeten gedragen, veeleer dan het doel van die woonzorgvoorzieningen en verenigingen te regelen.

Indien het daarentegen enkel de bedoeling is om doelstellingen te verwoorden die met het ontworpen decreet worden nagestreefd, kan de ontworpen bepaling beter worden weggelaten, aangezien ze dan geen normatieve draagwijdte heeft.

³⁷ 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 4

13. Artikel 4 van het voorontwerp bevat een aantal “gebruikersgerichte werkingsprincipes” (paragraaf 1) en “organisatorische werkingsprincipes” (paragraaf 2) die de woonzorgvoorzieningen en verenigingen in acht moeten nemen. Uit artikel 38, tweede lid, van het voorontwerp kan bovendien worden afgeleid dat die werkingsprincipes gelden als erkenningsvoorwaarden voor de woonzorgvoorzieningen en de verenigingen.

13.1. Artikel 4, § 1, eerste lid, 3°, van het voorontwerp houdt in dat de woonzorgvoorzieningen en de verenigingen “de persoonlijke levenssfeer van de gebruiker en zijn mantelzorgers [eerbiedigen] en (...) de toegankelijkheid van de woonzorg [waarborgen] zonder discriminatie op grond van ideologische, godsdienstige en filosofische overtuiging of lidmaatschap, seksuele oriëntatie en genderidentiteit of enig ander criterium op grond waarvan kan worden gediscrimineerd”. In hoofde van private voorzieningen kan deze bepaling een beperking inhouden van hun vrijheid van godsdienst en levensbeschouwing, gewaarborgd bij de artikelen 19 van de Grondwet, 9 van het EVRM en 18 van het BUPO-Verdrag, alsmede op hun recht van vereniging, gewaarborgd bij de artikelen 27 van de Grondwet, 11 van het EVRM en 22 van het BUPO-Verdrag. Zo kan een voorziening die uitgaat van een bepaalde religieuze of levensbeschouwelijke grondslag of die zich uitsluitend richt tot een bepaalde categorie van personen, zoals bejaarde geestelijken, zich verplicht zien om gebruikers te ontvangen die de overtuigingen van de initiatiefnemers van de voorziening niet delen. De gemachtigde verklaarde daarover het volgende:

“Dit werkingsprincipe was reeds opgenomen in het woonzorgdecreet van 2009 en wordt behouden weliswaar aangevuld met ‘seksuele oriëntatie en genderidentiteit’. Dit werkingsprincipe verwijst tevens naar het principe van de ‘maatschappelijk verantwoorde zorg’, zoals beschreven in de visienota van de Strategische Adviesraad, Welzijn, Volksgezondheid en Gezin (SAR, 2011), en is opgenomen in de doelstelling van het voorontwerp van decreet artikel 3, 2°: ‘De woonzorgvoorzieningen en verenigingen hebben als doel de autonomie en levenskwaliteit van de gebruiker te waarborgen door gedifferentieerde en gespecialiseerde vormen van woonzorg te verlenen volgens de principes van maatschappelijk verantwoorde zorg en ondersteuning; gedifferentieerde en gespecialiseerde vormen van woonzorg te verlenen volgens de principes van maatschappelijk verantwoorde zorg en ondersteuning’. De uitgangspunten van de maatschappelijk verantwoorde zorg worden door de SAR omschreven als: kwaliteit, performantie, relevantie, rechtvaardigheid en toegankelijkheid. Dit laatste uitgangspunt omvat volgende kerncomponenten: de beschikbaarheid, de tijdigheid, de bereikbaarheid, de betaalbaarheid, de menselijke waardigheid, integriteit en diversiteit, toegang tot informatie en keuzevrijheid.

De woonzorgvoorzieningen behouden de vrijheid zich in hun visie op zorg en werking te laten inspireren al dan niet door levensbeschouwing. Het is echter een gegeven dat het woonzorgaanbod niet onbeperkt beschikbaar is. Dit heeft tot gevolg dat de toegankelijkheid van het beschikbaar woonzorgaanbod dient te worden gewaarborgd aan eenieder die er nood aan heeft en dit ongeacht zijn of haar ideologische, godsdienstige en filosofische overtuiging of lidmaatschap, seksuele oriëntatie en genderidentiteit of enig ander criterium. Het is derhalve maatschappelijk verantwoord dat het principe van de non-discriminatie opgenomen wordt in het voorontwerp van decreet als een werkingsprincipe en, dus, erkenningsnorm.

Het in het voorliggende voorontwerp van decreet opgenomen werkingsprincipe stemt overigens overeen met de huidige praktijk, die heden reeds bepaald is in de vigerende uitvoeringsbesluiten van de woonzorgcentra, centra voor kortverblijf, centra voor herstelverblijf en centra voor dagverzorging. In deze besluiten staat een generiek artikel, met name: Het woonzorgcentrum/centrum voor dagverzorging/centrum voor kortverblijf/ centrum voor herstelverblijf en groep van assistentiewoningen mag geen opname- of ontslagcriteria hanteren die betrekking hebben op :

1° de ideologische, filosofische, politieke of godsdienstige overtuiging van de bewoner;

2° het lidmaatschap van een organisatie of groepering;

3° de financiële draagkracht van de bewoner;

4° de etnische afkomst van de bewoner.

(...)

Dit werkingsprincipe dient ook samengelezen [te] worden met de werkingsprincipes 10° en 14°, dit wil zeggen dat [de voorzieningen] voor bewoners die er een andere ideologische, godsdienstige en filosofische overtuiging op na houden, het zorg en ondersteuningsaanbod moeten afstemmen op de specifieke noden van deze bewoners.”

In advies 45.217/3 van 4 november 2008 over een voorontwerp dat heeft geleid tot het Woonzorgdecreet van 13 maart 2009 heeft de Raad van State er reeds op gewezen dat kan worden betwijfeld of vergelijkbare bepalingen in dat decreet in overeenstemming kunnen worden geacht met de voormelde verdrags- en grondwetsbepalingen.³⁸ Die opmerking is niet gevolgd.³⁹

Toch meent de Raad van State deze twijfels te moeten herhalen, en wel met meer klem. Anders dan in het Woonzorgdecreet van 13 maart 2009 geldt immers voor een aantal woonzorgvoorzieningen nu een erkenningsverplichting (zie daarover opmerking 8) in plaats van een aanmeldingsverplichting.⁴⁰ Bovendien vervalt de uitzondering op de erkenningsverplichting voor woonzorgcentra die worden uitgebaat door een natuurlijke persoon en die bestemd zijn om maximaal drie gebruikers van 65 jaar of ouder te huisvesten.⁴¹

Daar komt nog bij dat het Grondwettelijk Hof in een zaak waarbij quota werden opgelegd voor de leden van hetzelfde geslacht in het beheersorgaan van vennootschappen en verenigingen, zonder rekening te houden met het door de vereniging nagestreefde project, weliswaar besloot tot de niet-schending van de vrijheid van vereniging, maar daarbij uitdrukkelijk steunde op een bepaling die het mogelijk maakte om een afwijking te verkrijgen van die quotaregeling, wanneer de betrokken inrichting of instelling aantoont dat de uitoefening van haar maatschappelijk doel de niet-gemengdheid impliceert of tot gevolg heeft of wanneer zij aantoont dat zij in de onmogelijkheid verkeert om zich onmiddellijk in overeenstemming te brengen met de regel van de gemengdheid, op basis van objectieve gegevens en van de

³⁸ *Parl.St.* VI.Parl. 2008-09, nr. 1975/1, 138-141 (opmerking 9).

³⁹ *Ibid.*, 27-28.

⁴⁰ Artikel 65 van het Woonzorgdecreet van 13 maart 2009.

⁴¹ Artikel 53, § 1, van het Woonzorgdecreet van 13 maart 2009.

bepalingen genomen om de evenwichtige deelname van mannen en vrouwen in haar beheersorgaan te vergroten.⁴²

Artikel 38, vijfde lid, van het voorontwerp houdt in dat de Vlaamse Regering, op verzoek van een woonzorgvoorziening of vereniging, een afwijking kan toestaan op de naleving van sommige erkenningsvoorwaarden (waaronder de zo-even aangehaalde voorwaarde), op voorwaarde dat de veiligheid van de gebruikers en het personeel, en de kwaliteit van de verstrekte woonzorg voldoende gewaarborgd zijn. Het is mogelijk dat die bepaling van aard is om de zo-even genoemde bezwaren weg te nemen, maar of dat werkelijk het geval is, zal afhangen van de nadere uitvoeringsmaatregelen die de Vlaamse Regering ter zake nog moet vaststellen, alsook van de concrete toepassing ervan.

13.2. Artikel 4, § 1, eerste lid, 9°, van het voorontwerp bepaalt dat de woonzorgvoorzieningen en de verenigingen “oog [hebben] voor de hele zorgsituatie, inclusief de vroegtijdige zorgplanning, de palliatieve zorg en de levenseindezorg en dit met respect voor het zelfbeschikkingsrecht van de gebruiker”.⁴³ Op de vraag of deze bepaling zo moet worden begrepen dat voorzieningen verplicht zijn om in te gaan op vragen om euthanasie vanwege hun gebruikers, antwoordde de gemachtigde het volgende:

“Met betrekking tot de uitvoering van de euthanasie binnen een residentiële woonzorgvoorziening gaan we in de uitvoeringsbesluiten van de woonzorgcentra en de groepen van assistentiewoningen bepalen dat de door een (potentiële) bewoner geuite wens tot de uitvoering van euthanasie geen reden mag zijn voor uitsluiting tot opname of tot ontslag.

Mensen wonen in het woonzorgcentrum en een assistentiewoning. Zij zijn er gedomicilieerd. Voor hen is dit hun thuis. Hun woongelegenheden behoort tot de private sfeer. De bewoner en zijn familie of mantelzorgers genieten de grootst mogelijke vrijheid. Het woonzorgcentrum kan die alleen beperken om organisatorische redenen waarover duidelijk gecommuniceerd moet worden. De bewoners behouden tevens de vrije keuze van arts. Dit wil echter niet zeggen dat het bestuur van een woonzorgcentrum of een groep van assistentiewoningen geen visie of mening kan hebben over de levensbeëindiging bij middel van euthanasie (al dan niet godsdienstig of ideologisch geïnspireerd). De Vlaamse regelgeving, met name het huidig uitvoeringsbesluit voor woonzorgcentra (2009), alsook de (federale) regelgeving (KB 2014) met betrekking tot de financiering van de palliatieve functie in de rust- en verzorgingstehuizen bepalen dat de woonzorgcentra aan de (toekomstige) bewoners eenduidig hun visie op palliatieve zorg en euthanasie dienen bekend te maken aan de bewoners of hun vertegenwoordigers. Een beheersinstantie kan echter niet tussenkomen in en ‘colloque singulier’ tussen arts en zijn patiënt die een verzoek heeft gedaan voor de uitvoering van de euthanasie in zijn/haar (private) woongelegenheden. Het spreekt voor zich dat de arts die de euthanasie uitvoert, dit dan moet doen volgens de in de wet op de euthanasie bepaalde zorgvuldigheidsvereisten.

Voor alle betrokken artsen en andere zorgverleners (waaronder medewerkers van de woonzorgcentra) waarborgen het tweede en het derde lid van art. 14 van de wet van 28 mei 2002 betreffende de euthanasie de volledige gewetensvrijheid. Zij kunnen niet gedwongen worden om mee te werken aan de uitvoering van een euthanasie.

⁴² GwH 22 oktober 2015, nr. 145/2015, B.24.2.

⁴³ De termen “vroegtijdige zorgplanning”, “palliatieve zorg” en “levenseindezorg” worden gedefinieerd in artikel 4, § 1, derde lid, van het voorontwerp.

Inzake de controle door de erkennende overheid op dit werkingsprincipe kunnen we u meedelen dat voor de vroegtijdige zorgplanning, palliatieve en levenseinde zorg (waaronder de euthanasie) in de woonzorgcentra in overleg met de koepels van de residentiële ouderenzorg, de Vlaamse Ouderenraad (gebruikersorganisaties), de palliatieve samenwerkingsverbanden, de federatie palliatieve zorg Vlaanderen, LEIF en de universiteiten van Gent, Brussel en Leuven men een kwaliteitskader aan het ontwikkelen is, dat in een latere fase zal worden aangewend voor de bepaling van een Zorginspectieconcept. Dit overleg is lopende.

(...)

Ook naar thans geldend recht moet het respect voor de vrijheid van vereniging en het recht van een vereniging om een ethisch en levensbeschouwelijk beleid te voeren geïnterpreteerd worden op een wijze die de uitoefening van andere rechten niet onmogelijk maakt. Zo dient een uitbater van een woonzorgcentrum en groep van assistentiewoningen steeds:

- respect te hebben voor de professionele autonomie en de therapeutische vrijheid van artsen;
- respect te hebben voor de rechten van patiënten, die in beginsel alle geoorloofde, passende en noodzakelijke zorg moeten kunnen vragen;
- het strafrecht te respecteren;
- respect te hebben voor de toezichthoudende rol van de overheid.”

In zoverre de ontworpen regeling niet tot gevolg heeft dat voorzieningen verplicht zijn om actief gevolg te geven aan euthanasievragen van gebruikers, kan met deze uitleg worden ingestemd. In elk geval moet rekening worden gehouden met artikel 14 van de wet van 28 mei 2002 ‘betreffende de euthanasie’, dat inhoudt dat een arts niet kan worden gedwongen euthanasie toe te passen, dat geen andere persoon kan worden gedwongen eraan mee te werken en dat een arts die weigert euthanasie toe te passen, dat tijdig moet laten weten met de redenen van zijn weigering en op verzoek het medisch dossier moet bezorgen aan de arts die door de patiënt of zijn vertrouwenspersoon wordt aangewezen.

In zoverre het zelfbeschikkingsrecht van de gebruiker neerkomt op het weigeren van behandelingen,⁴⁴ rijst alleszins geen bezwaar tegen de ontworpen bepaling.

14. Het is onduidelijk wat in het ontworpen artikel 4, § 1, eerste lid, 1°, van het voorontwerp wordt bedoeld met “universele rechten van de mens”. Indien de stellers van het voorontwerp de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens, op 10 december 1948 aangenomen door de Verenigde Naties, voor ogen zouden hebben, moet worden opgemerkt dat die tekst uit zichzelf niet juridisch bindend is. Indien de stellers welbepaalde grondrechten beogen, worden die beter verduidelijkt. Indien de stellers enkel beogen de toepasselijkheid en in voorkomend geval de derdenwerking van reeds bestaande en bindende grondrechten te bevestigen, kan deze bepaling beter worden weggelaten.

⁴⁴ Artikel 8 van de wet van 22 augustus 2002 ‘betreffende de rechten van de patiënt’.

15. De uitdrukking “respect [hebben] voor” in het ontworpen artikel 4, § 1, eerste lid, 1° en 2°, van het voorontwerp kan beter worden vervangen door “eerbiedigen” of “naleven”.

16. Uit de memorie van toelichting blijkt dat het ontworpen artikel 4, § 1, eerste lid, 6°, van het voorontwerp betrekking heeft op de zorg en ondersteuning waarop de gebruikers een beroep kunnen doen en niet op de woonzorgvoorzieningen en verenigingen, zoals het gebruik van het woord “ze” suggereert. De ontworpen bepaling kan dan ook beter worden geformuleerd als volgt: “6° ze *bieden de zorg en ondersteuning aan die wordt* gevraagd en aanvaard door de gebruiker, in voorkomend geval de mantelzorgers;”.

Artikel 6

17. In artikel 6, § 1, 1°, van het voorontwerp worden een aantal nieuwe begrippen geïntroduceerd die niet in de tekst zelf omschreven worden, zoals “consortium” en “controlebevoegdheid”. In de memorie van toelichting worden deze begrippen omstandig toegelicht en wordt de indruk gewekt dat die toelichting van normatieve aard is; zo wordt onder meer gewag gemaakt van onweerlegbare vermoedens. Blijkbaar gaan de stellers van het voorontwerp ervan uit dat de delegatie aan de Vlaamse Regering in paragraaf 2 voor het “concretiseren, wijzigen of aanvullen” van de onderverdeling in categorieën van woonzorgvoorzieningen en verenigingen het mogelijk maakt om die begrippen nader uit te werken en die onweerlegbare vermoedens in te voeren. De wijze waarop die begrippen worden omschreven in de memorie van toelichting houdt evenwel meer in dan een concretisering en komt evenmin neer op een aanvulling.

Indien het niet mogelijk is om de omschrijving in de memorie van toelichting geheel of gedeeltelijk te verwoorden in de tekst van het voorontwerp zelf, moet op zijn minst de ontworpen machtiging van de Vlaamse Regering worden aangevuld en gepreciseerd, zodat ze ook omvat hetgeen in de memorie van toelichting wordt uiteengezet.

18. De zo-even aangehaalde delegatie aan de Vlaamse Regering in artikel 6, § 2, van het voorontwerp kan slechts worden uitgeoefend “in overleg met het permanent overlegorgaan weerbaarheid en transparantie”, dat wordt opgericht bij artikel 7, § 3, van het voorontwerp. Zoals deze verplichting thans is opgevat, vormt ze een voorafgaand substantieel vormvereiste, waarvan de naleving door de hoven en rechtbanken en door de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State zal worden bewaakt. Dit vormvereiste is immers van aard om de inhoud van de reglementaire akten waarop ze betrekking heeft, te beïnvloeden, en kan bovendien gevolgen hebben voor de rechten en verplichtingen van de rechtspersonen die door de verordenende maatregelen worden geraakt. Het “overleg” zou dan ook telkens moeten worden geformaliseerd, zodat kan worden aangetoond dat het heeft plaatsgevonden.

Artikel 8

19.1. Luidens artikel 8, § 2, van het voorontwerp moet de Vlaamse Regering “[b]ij de verduidelijking van de modaliteiten van artikel 6 en 7 (...) aantonen dat maximaal gebruik gemaakt wordt van reeds beschikbare gegevens en rapportageverplichtingen die rusten op de betrokken woonzorgvoorzieningen en verenigingen”. In de artikelen 6 en 7 van het voorontwerp komt echter geen delegatie voor aan de Vlaamse Regering om de “modaliteiten” ervan te bepalen. Indien het de bedoeling is om te verwijzen naar de andere, meer specifieke delegaties vervat in die bepalingen, moet dat worden verduidelijkt.

19.2. Het is onduidelijk of de verplichting om *aan te tonen* dat maximaal gebruikgemaakt wordt van reeds beschikbare gegevens en rapportageverplichtingen die rusten op de betrokken woonzorgvoorzieningen en verenigingen, neerkomt op een formele motiveringsplicht bij de totstandkoming van de betrokken besluiten van de Vlaamse Regering. Het verdient aanbeveling om, minstens in de memorie van toelichting, hierover de nodige verduidelijking te bieden. Indien dat effectief de bedoeling is, moeten de stellers van het voorontwerp er zich bewust van zijn dat de naleving van dit vereiste door de hoven en rechtbanken en door de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State zal worden bewaakt.

Artikel 10

20. De gemachtigde is het ermee eens dat in de inleidende zin van artikel 10, eerste lid, van het voorontwerp beter “heeft de volgende opdrachten” wordt geschreven dan “zet gelijktijdig in op de volgende opdrachten”.

Artikel 20

21. In artikel 20, § 1, eerste lid, 3°, b), van het voorontwerp moet volgens de gemachtigde worden geschreven “meewerken aan de indicatiestelling of aan vraagverheldering” in plaats van “optreden als multidisciplinair team”. Die vermelding strookt effectief met de eraan voorafgaande verwijzing naar artikel 8, 7°, van het decreet van 7 mei 2004 ‘tot oprichting van het intern verzelfstandigd agentschap met rechtspersoonlijkheid Vlaams Agentschap voor Personen met een Handicap’.

22. De gemachtigde bevestigde dat in artikel 20, § 1, eerste lid, 3°, d), van het voorontwerp de zinsnede “, gewijzigd bij artikel 31 (...) voor personen met een handicap” kan worden weggelaten.

In dezelfde ontworpen bepaling moet worden geschreven “begeleiding verlenen bij het opstellen van een ondersteuningsplan” in plaats van “een ondersteuningsplan opmaken, indienen en aanpassen”, aangezien artikel 17 van het decreet van 7 mei 2004 bepaalt dat het de meerderjarige persoon met een handicap zelf is die een ondersteuningsplan opmaakt en daarbij begeleid kan worden door een dienst ondersteuningsplan of een andere rechtstreeks toegankelijke dienst of organisatie. De gemachtigde beaamde dit.

Artikel 38

23. In artikel 38, tweede lid, van het voorontwerp wordt bepaald dat de woonzorgvoorzieningen en verenigingen onder meer moeten voldoen aan artikel 6 van het voorontwerp, om erkend te kunnen worden en erkend te blijven. Artikel 6 van het voorontwerp, dat de onderverdeling van de initiatiefnemers van woonzorgvoorzieningen en verenigingen vastlegt naargelang de kenmerken van hun rechtsvorm, houdt evenwel geen rechtsregels in die gelden ten aanzien van de woonzorgvoorzieningen, maar bevat enkel een indeling waarmee die initiatiefnemers rekening moeten houden. Een dergelijke bepaling kan niet gelden als een erkenningsvoorwaarde. De verwijzing naar artikel 6 moet dan ook worden geschrapt in de eerste en de tweede zin van dat tweede lid.

Artikel 39

24. Zoals reeds is uiteengezet in opmerking 8, kan de draagwijdte van artikel 39 van het voorontwerp slechts worden begrepen, gelezen in samenhang met artikel 72. Het onderscheid dat in de laatstgenoemde bepaling wordt gemaakt aangaande de sanctionering voor het uitbaten van de voorziening als dusdanig en het uitbaten onder de erkende benaming, moet voor elke voorziening afzonderlijk worden opgenomen in artikel 39. Het is immers bijzonder ondoorzichtig en rechtsonzeker om de draagwijdte van een met administratieve geldboetes gesanctioneerde verplichting te moeten afleiden uit de combinatie van verschillende decretale bepalingen.

Artikel 49

25. In artikel 49 van het voorontwerp wordt gewag gemaakt van een woonzorgvoorziening of een vereniging die wordt “uitgebaat” door een rechtspersoon die verantwoordelijk is voor de organisatie van de zorg en ondersteuning. De vraag rijst of de term “uitgebaat” wel adequaat is voor verenigingen.

Artikel 60

26. De gemachtigde bevestigde dat de vermelding “In afwijking van de eerste paragraaf” in artikel 60, § 2, van het voorontwerp moet worden weggelaten.

Artikel 61

27. Artikel 61 van het voorontwerp houdt in dat de Vlaamse Regering, onder de voorwaarden die ze bepaalt en binnen de begrotingskredieten, een subsidie kan verlenen voor projecten rond de woonzorg. Op de vraag of het de bedoeling is om naast een subsidieregeling ook te voorzien in een erkenningsregeling, antwoordde de gemachtigde:

“Beiden, om nadien eventueel decretaal op te nemen (erkenning is nodig, wil men op een vsb tussenkomst kunnen beroep doen).”

Aangezien voor een erkenningsregeling een decretale grondslag is vereist, zal het ontworpen decreet alleszins moeten worden aangevuld (of moet dat later door middel van een wijzigingsdecreet gebeuren).

Artikel 63

28. Bij artikel 63 van het voorontwerp wordt voorzien in een regeling inzake het toezicht op de naleving van de bepalingen van het aan te nemen decreet en van de uitvoeringsbesluiten ervan. Op de vraag hoe deze bepaling zich verhoudt tot de bepalingen van het decreet van de Vlaamse Gemeenschap (en het Vlaamse Gewest) van 19 januari 2018 ‘houdende het overheidstoezicht in het kader van het gezondheids- en welzijnsbeleid’,⁴⁵ antwoordde de gemachtigde het volgende:

“Het decreet van 19 januari 2018 is van toepassing, enkel de tweede paragraaf van het artikel werd expliciet voor het woonzorgdecreet ingevoegd.”

Dat het decreet van 19 januari 2018 toepasselijk is, blijkt op geen enkele wijze uit het ontworpen decreet. Uit de artikelen 2, 3^o en 12^o, en 3, eerste lid, van het decreet van 19 januari 2018 kan die toepasselijkheid weliswaar worden afgeleid, maar voor de rechtszekerheid is het toch raadzaam om in artikel 63, § 1, van het voorontwerp te bepalen dat het toezicht wordt uitgeoefend overeenkomstig het decreet van 19 januari 2018 en de uitvoeringsbesluiten ervan. De delegatie in die ontworpen bepaling aan de Vlaamse Regering om dat toezicht te organiseren, kan beter worden weggelaten, tenzij het de bedoeling zou zijn om de Vlaamse Regering te machtigen om te voorzien in afwijkingen van dat decreet, in welk geval de delegatie daartoe beperkt zou moeten worden.

Artikel 66

29. In artikel 66, § 1, tweede lid, van het voorontwerp wordt bepaald dat de Vlaamse Regering de sluiting *kan* bevelen van een niet-erkende voorziening die de opdrachten van een centrum voor dagverzorging, een centrum voor kortverblijf, een centrum voor herstelverblijf, een groep van assistentiewoningen of een woonzorgcentrum uitoefent. Op de vraag of daarmee een discretionaire bevoegdheid wordt toegekend aan de Vlaamse Regering om al dan niet die sluiting te bevelen, antwoordde de gemachtigde dat dat niet de bedoeling is. Men schrijve dan ook “De Vlaamse Regering beveelt de sluiting van (...)”.

30. Met betrekking tot de mogelijkheid om de sluiting te bevelen van de betrokken woonzorgvoorzieningen moet de decreetgever oordelen of de rechterlijke toetsing achteraf afdoende is, dan wel of een voorafgaand rechterlijk optreden noodzakelijk is. Het beginsel is immers dat ook de overheid zich vooraf tot de rechter moet wenden om dwang uit te oefenen; het is slechts wanneer er zwaarwichtige redenen zijn dat kan worden afgeweken van dit beginsel.

⁴⁵ Dat decreet treedt overeenkomstig artikel 47 ervan in werking op 1 januari 2019.

Artikel 69

31. In artikel 69 van het voorontwerp wordt gewag gemaakt van een persoon die bij een rechterlijke beslissing wordt gemachtigd om op te treden als “verantwoordelijk beheerder” van een woonzorgcentrum, een centrum voor dagverzorging, een centrum voor kortverblijf, een groep van assistentiewoningen of een centrum voor herstelverblijf. Op de vraag of daarmee hetzelfde wordt bedoeld als de “voorlopig bewindvoerder” vermeld in artikel 63, § 2, van het voorontwerp, antwoordde de gemachtigde:

“Artikel 63 is aanstelling van een voorlopige bewindvoerder door de rechtbank op vraag van VLR (om veiligheid en continuïteit van de bewoners te vrijwaren) – artikel 69 is de aanstelling door de rechtbank van bv. een curator bij faling of een vereffenaar bij vereffening die gemachtigd wordt om op te treden als verantwoordelijke beheerder.”

Als effectief een andere persoon of functie wordt beoogd, kan beter worden verwezen naar de regelgeving waarin de aanstelling van de “verantwoordelijk beheerder” aan bod komt. In het andere geval moet de terminologie in beide ontworpen bepalingen op elkaar worden afgestemd.

Artikel 72

32. In artikel 72, eerste lid, van het voorontwerp moet de opsomming met “1^o” beginnen en dienovereenkomstig worden vernummerd.

33. In artikel 72, derde lid, van het voorontwerp wordt bepaald dat de administratieve geldboete kan worden opgelegd door de ambtenaren die met het toezicht, vermeld in “Art. 63” (lees: “artikel 63”) belast zijn, waarmee wordt verwezen naar de ambtenaren die op algemene wijze instaan voor het toezicht overeenkomstig het decreet van 19 januari 2018. Aangezien het de voorkeur verdient dat de ambtenaren die administratieve geldboeten kunnen opleggen, specifiek daarvoor worden aangewezen, kan de zinsnede “door de ambtenaren die met het toezicht, vermeld in Art. 63, belast zijn en” in het tweede lid beter worden weggelaten.

Artikel 85

34. Aangezien de wijzigingen bedoeld in artikel 85, 1^o en 2^o, van het voorontwerp specifiek betrekking hebben op de opschriften van de erin vermelde onderdelen, kan de inleidende zin beter als volgt worden verwoord: “In *de opschriften van de volgende titels en hoofdstukken van hetzelfde decreet en in de volgende bepalingen van hetzelfde decreet (...)*”.

Artikel 87

35. Artikel 87, tweede lid, van het voorontwerp schrijft voor dat de Vlaamse Regering de opheffing van elk van de bepalingen van het Woonzorgdecreet van 13 maart 2009 afstemt op de inwerkingtreding van de bepalingen van het aan te nemen decreet. Die bepaling voegt niets toe

aan de delegatie vermeld in het eerste lid en verwoordt enkel een vanzelfsprekend door de Vlaamse Regering in acht te nemen uitgangspunt. Het tweede lid kan dan ook beter worden weggelaten.

Artikel 96

36. De citeertitel (“Woonzorgdecreet”) die wordt ingevoerd bij artikel 96 van het voorontwerp zou beter worden aangevuld met de datum ervan of met het jaartal, zodat er geen verwarring mogelijk is met het Woonzorgdecreet van 13 maart 2009 en dat het voor de niet-ingewijde lezer onmiddellijk duidelijk is dat het gaat om een nieuwe versie van het Woonzorgdecreet.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Astrid TRUYENS

Jo BAERT