



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 72.115/1
van 27 september 2022

over

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

Op 26 augustus 2022 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Welzijn, Volksgezondheid en Gezin verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘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, wat betreft bijkomende flexibiliteit in de personeelsinzet in woonzorgcentra en centra voor kortverblijf’.

Het ontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 20 september 2022. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Wouter PAS en Inge VOS, staatsraden, Michel TISON en Johan PUT, assessoren, en Greet VERBERCKMOES, griffier.

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

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 27 september 2022.

*

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

2.1. Het om advies voorgelegde ontwerp van besluit strekt er toe om een aantal wijzigingen door te voeren in het besluit van de Vlaamse Regering van 30 november 2018 ‘houdende de uitvoering van het decreet van 18 mei 2018 houdende de Vlaamse sociale bescherming’ (hierna: VSB-besluit), met het oog op de bestrijding van het personeelstekort in de woonzorgcentra (WZC’s), de centra voor kortverblijf (CKV’s) en de centra voor dagverzorging (CDV’s).

2.2. In de eerste plaats wordt er een aantal tijdelijke maatregelen genomen zodat de WZC’s en de CVK’s voor de facturatiejaren 2023 en 2024, d.i. tijdens de periode van 1 juli 2021 tot en met 30 juni 2023, de mogelijkheid hebben om een beroep te doen op meer contracttypes voor zorgpersoneel, meer bepaald zelfstandig verpleegkundig personeel, verpleegkundig personeel verbonden aan een andere zorgvoorziening, zorgkundigen via een interimonderneming en zelfstandig zorgkundigen. Deze contracttypes komen dan in aanmerking voor financiering via de basistegemoetkoming voor zorg (A1) in de facturatiejaren 2023 en 2024.

Voorts wordt verduidelijkt welke gegevens door de WZC’s aan het agentschap moeten worden bezorgd voor het zorgpersoneel dat tijdelijk in aanmerking komt en worden ook nog enkele tijdelijke technische wijzigingen doorgevoerd om andere bepalingen met de voorgaande wijzigingen in overeenstemming te brengen.

De aldus in de artikelen 432, vierde lid, 452, eerste lid, 453, § 1, eerste lid, 475 en 497, § 3, tweede lid, van het VSB-besluit, aangebrachte wijzigingen worden terug opgeheven met ingang van 1 januari 2024.

2.3. Voor het facturatiejaar 2023 wordt de sanctie bij het niet behalen van de personeelsnormen, zijnde het verminderen of wegvallen van een deel van de onderdelen A1 en A2 van de basistegemoetkoming, bevroren, vervalt de verplichting om voor geen enkele personeelskwalificatie een personeelstekort te hebben voor de financiering van verpleegkundigen als bachelor en worden logistieke medewerkers als zogeheten bovennormpersoneel in aanmerking genomen voor de tegemoetkoming als aanmoediging voor bijkomende zorginspanningen (A2), waarbij eveneens wordt afgeweken van de vereiste dat voor geen enkele personeelskwalificatie een personeelstekort mag bestaan. Daartoe worden de artikelen 479, 482 en 487, § 1, van het VSB-besluit gewijzigd. Deze wijzigingen worden terug opgeheven met ingang van 1 januari 2024.

2.4. Van de gelegenheid wordt gebruikt gemaakt om ook nog een aantal andere permanente wijzigingen door te voeren in het VSB-besluit.

De lijst met diplomavoorwaarden voor het zogeheten reactiveringspersoneel in de WZC's wordt geactualiseerd en uitgebreid. Voor de CDV's worden enkele verduidelijkingen aangebracht inzake de arbeidsverhouding van het interimpersoneel zodat de desbetreffende bepalingen gelijkkluidend worden met de bepalingen die gelden voor de WZC's en wordt gepreciseerd welke gegevens door de WZC's moeten worden meegedeeld aan het Agentschap voor Vlaamse Sociale Bescherming voor de begeleiders wonen en leven en de logistieke medewerkers in de zorg. Ten slotte wordt verduidelijkt hoe het aantal voltijds equivalenten aan begeleiders wonen en leven wordt bepaald.

Daartoe worden de artikelen 431, 433, § 6, 453, § 1, en 473, § 4, van het VSB-besluit gewijzigd.

3.1. De ontworpen regeling vindt in beginsel rechtsgrond in de bepalingen van het decreet van 18 mei 2018 'houdende de Vlaamse sociale bescherming' (hierna: VSB-decreet), die worden opgesomd in de rubriek "Rechtsgronden" in de aanhef van het ontwerp, met dien verstande dat moet worden opgemerkt wat hierna volgt.

3.2. De ontworpen aanvulling van artikel 433, § 6, tweede lid, van het VSB-besluit (artikel 4 van het ontwerp), houdt een wijziging in van de personeelsnorm voor de CDV's en derhalve van de voorwaarden waaronder een tegemoetkoming voor zorg in de betrokken centra wordt verleend. Voor de ontworpen aanvulling kan rechtsgrond worden gevonden in artikel 150, § 2, eerste lid, van het VSB-decreet, dat de Vlaamse Regering opdraagt om de voorwaarden vast te leggen waaronder de tegemoetkoming wordt verleend, waarbij die voorwaarden betrekking kunnen hebben op onder meer de fysieke en de psychische afhankelijkheid van de gebruiker, bepaald aan de hand van een evaluatie-instrument dat de Vlaamse Regering vaststelt. Van deze laatste bepaling zou derhalve eveneens melding moeten worden gemaakt in de rubriek "Rechtsgronden" in de aanhef van het ontwerp.

3.3. In het ontworpen artikel 453, § 1, eerste lid, 2°/1 en 2°/2, van het VSB-besluit (artikel 7 van het ontwerp), worden de persoonsgegevens opgesomd van respectievelijk de begeleiders wonen en leven en de logistiek medewerkers in de zorg, welke dienen te worden verwerkt door de voorzieningen en het Agentschap voor Vlaamse Sociale Bescherming. Er kan worden aangenomen dat de aldus mee te delen gegevens noodzakelijk zijn om de financiering te berekenen die toekomt aan de zorgvoorzieningen en dat het ontworpen artikel 453, § 1, eerste lid, 2°/1 en 2°/2, van het VSB-besluit, rechtsgrond kan vinden in artikel 49, § 3/2, van het VSB-decreet, dat luidt:

"Het agentschap kan persoonsgegevens verwerken over de medewerkers die ingezet worden in de zorgvoorzieningen en de zelfstandigen die zorg verlenen in de zorgvoorzieningen. Die gegevens zijn noodzakelijk om de sociale akkoorden uit te voeren en om de financiering die toekomt aan de zorgvoorzieningen te berekenen. De Vlaamse Regering bepaalt welke gegevens worden verwerkt.

Als dat noodzakelijk is, vraagt het agentschap de gegevens, vermeld in het eerste lid, aan de zorgvoorzieningen in kwestie."

Ook van artikel 49, § 3/2, van het VSB-decreet, zal nog melding moeten worden gemaakt in de rubriek "Rechtsgronden" in de aanhef van het ontwerp.

3.4. In de rubriek “Rechtsgronden” van de aanhef van het ontwerp, wordt ook melding gemaakt van een aantal leden van artikel 60 van het VSB-decreet. Deze bepalingen kunnen evenwel geen rechtsgrond bieden voor het ontwerp. De Vlaamse Regering wordt erin weliswaar opgedragen om onder meer de nadere regels te bepalen voor de wijze waarop het persoonsvolgend budget aan de gebruiker wordt toegekend, en om de nadere voorwaarden en de wijze te bepalen waarop de tegemoetkomingen, ook retroactief, kunnen worden uitgevoerd, maar uit artikel 58 van het VSB-decreet blijkt dat het persoonsvolgend budget voor de residentiële ouderenzorg bestaat uit een zorgticket. De bepalingen van het decreet met betrekking tot het zorgticket¹ zijn evenwel nog niet in werking getreden. Daarenboven wordt de tegemoetkoming in de ouderenzorg geregeld in specifieke bepalingen die voldoende rechtsgrond bieden voor de desbetreffende bepalingen van het ontwerp. De verwijzing naar artikel 60, eerste, vierde en vijfde lid, van het VSB-decreet, is bijgevolg overbodig en moet worden weggelaten in de rubriek “Rechtsgronden” in de aanhef van het ontwerp.

VORMVEREISTEN

4. Het ontwerp bevat bepalingen die op de verwerking van persoonsgegevens betrekking hebben (zie onder meer de artikelen 5, 6 en 7).

De aan de afdeling Wetgeving meegedeelde documenten doen ervan blijken dat over het ontwerp op 19 juli 2022 advies nr. 2022/073 werd uitgebracht door de Vlaamse Toezichtcommissie voor de verwerking van persoonsgegevens.

Zoals de Raad van State, afdeling Wetgeving, reeds in tal van adviezen heeft opgemerkt, dient met betrekking tot de betrokken bepalingen niet enkel het advies te worden ingewonnen van de Vlaamse Toezichtcommissie, maar ook het advies van de federale Gegevensbeschermingsautoriteit bedoeld in de wet van 3 december 2017 ‘tot oprichting van de Gegevensbeschermingsautoriteit’. Het is immers die autoriteit die belast is met het toezicht op de naleving van de algemene regels inzake de verwerking van persoonsgegevens, met inbegrip van de algemene regels die de federale overheid ter uitvoering van de algemene verordening gegevensbescherming² heeft vastgesteld. Daaronder valt ook de bevoegdheid om, wat die regels betreft, advies te geven teneinde te voldoen aan de adviesverplichting waarin artikel 36, lid 4, van de algemene verordening gegevensbescherming, gelezen in samenhang met artikel 57, lid 1, c), en overweging 96 van die verordening, voorziet.³

De conclusie is dan ook dat het advies van de Gegevensbeschermingsautoriteit alsnog moet worden ingewonnen vooraleer de ontworpen wijzigingen doorgang kunnen vinden.

¹ Zie de artikelen 95 e.v. van het VSB-decreet.

² 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’.

³ Zie o.m. adv.RvS 61.267/2/AV van 27 juni 2017 over het voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 3 december 2017, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 54-2648/001, 106-115 (opmerkingen 1 tot 6) en 117 (opmerking 3).

Indien de aan de Raad van State voorgelegde tekst ten gevolge van het vervullen van het voornoemde vormvereiste nog wijzigingen zou ondergaan,⁴ 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, alsnog eveneens aan de afdeling Wetgeving worden voorgelegd.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

VOORAFGAANDE OPMERKING

5. De stellers van het ontwerp dienen er over te waken dat de ontworpen regeling wordt aangenomen vóór 1 januari 2023 omdat op die datum het onderscheid tussen woonzorgcentra met en zonder bijkomende erkenning wordt opgeheven en artikel 148 van het VSB-decreet met ingang van die datum zal worden opgeheven. Indien dat niet mogelijk zou zijn, dient de rubriek “Rechtsgronden” in de aanhef van het ontwerp aan het nieuwe decretale kader te worden aangepast, ook al hebben verschillende van de ontworpen bepalingen terugwerkende kracht.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

Aanhef

6. Rekening houdend met hetgeen onder de randnummers 3.1 tot 3.4 is opgemerkt in verband met de bepalingen van het VSB-decreet die de ontworpen regeling tot rechtsgrond strekken, schrijve men in de rubriek “Rechtsgronden”:

“Dit besluit is gebaseerd op:

- het decreet van 18 mei 2018 houdende de Vlaamse sociale bescherming, artikel 49, § 3/2, ingevoegd bij het decreet van 18 juni 2021, artikel 145, § 1, eerste lid, en § 2, eerste lid, artikel 148, § 1, eerste lid, en § 2, eerste lid, artikel 150, § 2, eerste lid, en artikel 152, § 1, eerste lid, gewijzigd bij het decreet van 15 februari 2019, en § 2, eerste lid”.⁵

7. In de rubriek “Vormvereisten” dient nog melding te worden gemaakt van het op 19 juli 2022 door de Vlaamse Toezichtcommissie voor de verwerking van persoonsgegevens uitgebrachte advies nr. 2022/073. Eenmaal het advies van de Gegevensbeschermingsautoriteit zal zijn ingewonnen, zal ook dat advies moeten worden vermeld in de betrokken rubriek.

⁴ Namelijk andere wijzigingen dan diegene waarvan in dit advies melding wordt gemaakt of wijzigingen die ertoe strekken tegemoet te komen aan hetgeen in dit advies wordt opgemerkt.

⁵ Dit tekstvoorstel wordt geformuleerd onder voorbehoud van de in dit advies geformuleerde “Voorafgaande opmerking”.

Tot slot dient als volgt te worden verwezen naar het advies van de Raad van State:

“- De Raad van State heeft advies 72.115/1 gegeven op 27 september 2022, met toepassing van artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.”

Artikel 1

8. In het ontworpen artikel 431, derde lid, van het VSB-besluit (artikel 1, 2°, van het ontwerp),⁶ wordt een verschil in behandeling ingevoerd tussen voorzieningen die een beroep doen op personeelsleden voor reactivering die een academische bachelor hebben en zij die een beroep doen op personeelsleden met een professionele bachelor, waardoor ook een verschil in behandeling ontstaat tussen de betrokken personeelsleden. Alhoewel de aard van beide diploma's duidelijk verschilt, rijst de vraag of het ingevoerde onderscheid, gelet op de doelstelling van het ontwerp die op het verminderen van het personeelstekort betrekking heeft, en de aard van de ontworpen maatregel, pertinent en relevant is. De stellers van het ontwerp zullen voor dat onderscheid een passende verantwoording moeten kunnen geven.⁷

Artikel 17

9. In het ontworpen artikel 487, § 1, vierde lid, van het VSB-besluit (artikel 17, 2°, van het ontwerp), wordt melding gemaakt van “de tegemoetkoming, vermeld in paragraaf 1”. Er zou evenwel melding moeten worden gemaakt van “de tegemoetkoming, vermeld in deze paragraaf”, dan wel zou moeten worden gerefereerd aan het precieze lid van artikel 487, § 1, van het VSB-besluit, waarin de beoogde tegemoetkoming wordt omschreven.

10. In het ontworpen artikel 487, § 1, vierde lid, 3°, van het VSB-besluit (artikel 17, 2°, van het ontwerp), wordt bepaald dat “de logistiek medewerker [moet voldoen] aan de opleidingsvoorwaarden die de minister bepaalt”. Dergelijke delegatie van verordenende bevoegdheid aan een lid van de Vlaamse Regering kan 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 wel 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 logistieke medewerkers voor een tegemoetkoming in aanmerking komen. De Vlaamse Regering zou derhalve in het ontwerp minstens in een of meer criteria moeten voorzien op grond waarvan de minister de hem gedelegeerde bevoegdheid zal moeten uitoefenen.

⁶ Ter wille van de leesbaarheid dient in de ontworpen bepaling het woord “bedoeld” te worden geschrapt.

⁷ Uit de nota aan de Vlaamse Regering valt geen dergelijke verantwoording af te leiden.

Artikel 21

11. Met uitzondering van de in artikel 21, 1° en 2°, van het ontwerp, opgesomde bepalingen, is het de bedoeling om aan de ontworpen regeling uitwerking te geven met ingang van 1 juli 2021.

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

Een aantal bepalingen van het ontwerp die terugwerken in de tijd zijn in het voordeel van de betrokken voorziening, in die zin dat zij de mogelijkheid verruimen voor de voorzieningen om bijkomend personeel in te zetten, ofwel tot gevolg hebben dat een bepaalde financiële sanctie niet op hen zal worden toegepast. Bovendien zullen de meeste van die bepalingen maar effectief gevolgen hebben tijdens de facturatieperiodes voor 2023 en 2024.

Andere bepalingen van het ontwerp, zoals de artikelen 5 en 7, leggen daarentegen verplichtingen op aan de voorzieningen of stellen voorwaarden vast waaraan moet zijn voldaan om aan de meer voordelige financieringsregeling te kunnen voldoen.⁸ De stellers van het ontwerp zullen erover dienen te waken dat voorzieningen het voordeel van de maatregelen niet verliezen omdat ze niet voldeden aan de betrokken verplichtingen of aan de voorgeschreven voorwaarden omdat deze pas achteraf, op een retroactieve wijze, zijn opgelegd. In voorkomend geval wordt het best nagegaan of aan de voorzieningen die in dat geval verkeren niet een termijn moet worden verleend om zich alsnog te conformeren aan de retroactief opgelegde verplichtingen of voorwaarden.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Greet VERBERCKMOES

Marnix VAN DAMME

⁸ Zie bijvoorbeeld het ontworpen artikel 487, § 1, vierde lid, van het VSB-besluit (artikel 17, 2°, van het ontwerp).