

DE VLAAMSE MINISTER VAN WELZIJN, VOLKSGEZONDHEID EN GEZIN

NOTA AAN DE LEDEN VAN DE VLAAMSE REGERING

Betreft: Ontwerp van decreet houdende het overheidstoezicht in het kader van het gezondheids- en welzijnsbeleid

Definitieve goedkeuring – na advies Raad van State

Bijlagen:

- het definitief goed te keuren ontwerp van decreet houdende het overheidstoezicht in het kader van het gezondheids- en welzijnsbeleid;
- de memorie van toelichting bij het ontwerp van decreet;
- het advies 61.391/3 van de Raad van State d.d. 16 juni 2017.

1. Situering

Op 21 april 2017 heeft de Vlaamse Regering het voorontwerp van decreet houdende het overheidstoezicht in het kader van het gezondheids- en welzijnsbeleid en de bijhorende memorie van toelichting een tweede keer principieel goedgekeurd en de Vlaamse minister, bevoegd voor welzijn, volksgezondheid en gezin, gelast over voornoemd voorontwerp het advies in te winnen bij de Raad Van State (advies 61.391/3; d.d. 16 juni 2017).

Met de beslissing van 21 april 2017 wenst de Vlaamse Regering te voorzien in een uniforme regeling voor de uitoefening van het toezicht door inspectie voor het gehele beleidsdomein Welzijn, Volksgezondheid en Gezin. Dit voorontwerp van decreet gaat uitsluitend over de fase van toezicht door inspectie in de ganse handhavingsketen. Subsidiëren, erkennen, vergunnen, opleggen van remediëringsplannen en sancties (schorsing, sluiting, ...) worden geregeld in de respectievelijke sectorale regelgevingen en blijven toevertrouwd aan de respectievelijke functioneel bevoegde agentschappen. Dit is de concrete vertaling van de functiescheiding waarbij het inspectieproces volledig gescheiden wordt van het subsidiëren, erkennen, vergunnen en handhaven vanuit de principes van goed bestuur.

Met dit voorontwerp van decreet is het de bedoeling duidelijkheid te scheppen omtrent alle aspecten van dit toezicht, zoals de vraag naar de afbakening van wat geïnspecteerd kan worden en op welke wijze kan worden geïnspecteerd. Dit decreet moet een uniforme juridische basis bieden voor de uitoefening van het toezicht en moet een efficiënte en slagvaardige inspectie toelaten. Tevens moet de rechtszekerheid voor de geïnspecteerde en de inspecteur merkelijk worden verbeterd.

2. ADVIES RAAD VAN STATE

De Raad van State, afdeling Wetgeving bracht advies uit op 16 juni 2017 met kenmerk 61.391/3.

In het advies, dat gaat als bijlage, had de Raad van State een aantal algemene en bijzondere opmerkingen. Hieronder wordt aangegeven welk gevolg aan de opmerkingen van de Raad van State wordt gegeven (volgens randnummer advies R.v.St.).

De Raad van State formuleerde volgende algemene opmerkingen:

(4) Op vraag van de Raad van State wordt artikel 1 in het voorontwerp aangepast.

(5) (6) Op vraag van de Raad van State wordt in het voorontwerp zowel verwezen naar de betrokken bepalingen van de algemene verordening gegevensbescherming als naar de betrokken bepalingen van de wet van 8 december 1992 (of de wetgeving die eventueel ter vervanging ervan zou worden aangenomen).

(7) Op vraag van de Raad van State wordt in de Memorie van toelichting bij artikel 5 (oud artikel 6) van het voorontwerp volgende toevoeging gedaan omtrent de waarborgen:

Naar aanleiding van het advies van de Raad van State van 16 juni 2017, randnummer 7, werd ook de verwijzing naar artikel 23, 1), h) van de verordening in het decreet opgenomen. Aan de vereisten uit artikel 23, 2) van de verordening is als volgt voldaan:

- Doeleinden van de verwerking: bepaald in artikel 3, eerste lid van het aan te nemen decreet;
- Categorieën van persoonsgegevens: bepaald in artikel 5, §2 en artikel 10, eerste en vijfde lid van het aan te nemen decreet;
- Toepassingsgebied: bepaald in artikel 3, eerste en tweede lid;
- Waarborgen: bepaald in artikel 3, eerste en tweede lid (finaliteits- en proportionaliteitsbeginsel), artikel 5, §1 (discretieplicht) en §2 (aanvullende waarborgen bepaald door de Vlaamse Regering, deze expliciete delegatie maakt het mogelijk om flexibel in te spelen op een snel wijzigende context), artikel 10, zesde lid (in eerste instantie is de inzage beperkt tot anonieme gegevens) en artikel 16 (doorgeven van gegevens slechts in de mate dat deze de personen en organisaties rechtstreeks aanbelangen bij de uitoefening van de opdrachten waarmee zij belast zijn). Daarnaast zijn de inspecteurs ook onderworpen het Vlaams Personeelsstatuut (met daarin een discretieplicht);
- Verwerkingsverantwoordelijke: bepaald in artikel 10, zevende lid;
- Opslagperiodes: bepaald in artikel 5, §3;
- Risico's: wij zijn ons ervan bewust dat de informatieplicht ten aanzien van de betrokkene wanneer de persoonsgegevens niet bij hem zijn verkregen vaak het startpunt vormt voor de praktische uitoefening van andere waarborgen met betrekking tot die persoonsgegevens. Door de ingebouwde waarborgen, de reactiemogelijkheid op het voorlopig verslag en de mogelijkheid voor de geïnspecteerde die daarin vervat zit om eventuele fouten met betrekking tot zijn persoonsgegevens recht te zetten (artikel 13, §3 van het aan te nemen decreet) en de praktijk om geïnspecteerden onder andere via de website van Zorginspectie te informeren over het verloop van een inspectie, wordt gepoogd zoveel als mogelijk het hoofd te bieden aan deze risico's;
- Recht om van de beperking op de hoogte te worden gesteld: dit zou afbreuk doen aan het doel van de beperking, omdat dit onevenredig veel inspanningen zou vergen en omdat onaangekondigde inspecties hun doel voorbij zouden schieten.

(8) Op vraag van de Raad van State wordt in de Memorie van toelichting bij artikel 16 volgende toevoeging gedaan:

"Dit artikel heeft als doelstelling de efficiëntie en de effectiviteit van de werking van de overheid te versterken en vertrekt vanuit het principe dat gegevens die reeds gekend zijn binnen de overheid, niet opnieuw dienen te worden gevraagd. Daarnaast moet worden opgemerkt dat de verwerking van die gegevens eerst onderworpen is geweest aan de finaliteits- en de proportionaliteitstoets uit artikel 3, tweede lid van het aan te nemen decreet). Vooraleer deze gegevens worden doorgegeven, wordt de uitwisseling ervan aan een nieuwe finaliteitstoets onderworpen, ditmaal bekeken vanuit de finaliteit van de ontvangende persoon of instantie".

(9) Op vraag van de Raad van State wordt in artikel 5, §3 (oud artikel 6) een lid 2 en 3 toegevoegd met betrekking tot de maximale bewaartermijn van verslagen (20 jaar) en andere informatie die zij bij de uitoefening van hun opdracht verwerken (3 jaar).

(10) Met betrekking tot het verlenen van een bewijswaarde tot het tegenbewijs aan het verslag had de Raad van State volgende opmerking:

"In strafzaken heeft het Grondwettelijk Hof erop gewezen dat het verlenen van bewijswaarde tot het tegenbewijs, een uitzondering vormt op de algemene regel dat een proces verbaal geldt als een loutere inlichting, en derhalve ook op de regel van de vrije bewijslevering in strafzaken, op grond waarvan de rechter naar eigen overtuiging de bewijswaarde beoordeelt van een bepaald element, zodat het verschil in behandeling dat eruit voortvloeit op een redelijke verantwoording dient te berusten en het de rechten van de beklaagde niet op een onevenredige wijze mag beperken. Al heeft die rechtspraak betrekking op het bewijs in strafzaken, toch kan ze worden doorgetrokken naar andere domeinen nu ook daar op bewijsvlak een verschil in behandeling tussen categorieën personen ontstaat naargelang aan de betrokken documenten al dan niet een bijzondere bewijswaarde wordt toegekend. De stellers van het ontwerp zullen derhalve moeten kunnen aantonen dat aan deze voorwaarden is voldaan".

Repliek: Aan het verslag wordt een bewijswaarde tot het tegendeel gegeven en wel om volgende redenen.

Om geen eindeloze discussie te hebben over de werkelijkheid van de vaststellingen van de toezichthouders, wordt aan hun verslag de bewijswaarde tot bewijs van het tegendeel toegeschreven. Zonder dergelijke bepaling zou het verslag geen specifieke bewijswaarde hebben en zou het 'woord tegen woord' zijn bij discussie over bepaalde vaststellingen van de toezichthouder. Ter plaatse gedane vaststellingen, hebben vaak ook een 'niet-reproduceerbaar' karakter en/of vaststellingen die niet materieel te verzamelen zijn (bv: een tekort aan verpleegkundigen, geen ondersteuning bij maaltijdbegeleiding, ...). Door deze hogere bewijswaarde, ligt de bewijslast bij de actor in de zorg om bewijs te leveren van hun beweringen rond de vaststellingen van de toezichthouder indien zij de vaststellingen zouden betwisten. De actor in de zorg heeft de mogelijkheid opmerkingen bij het verslag te formuleren, waarin hij eveneens het bewijs van het tegendeel kan leveren. Daarnaast maakt het verslag ook onderdeel uit van de verdere handavingsprocedure, waarbinnen beroepsmogelijkheden zijn voorzien.

(11) Op vraag van de Raad van State wordt in artikel 2, 3° de definitie aangepast.

Naast de algemene opmerkingen had de Raad van State ook nog enkele bijzondere opmerkingen:

(12) Op vraag van de Raad van State wordt in artikel 2, 1^o van het ontwerp, de definitie van "actoren in de zorg" uitgebreid als volgt: *"Art. 2, 1^o: actoren in de zorg: zorgverleners, hulpverleners, voorzieningen, personen of organisaties die kenbaar hebben gemaakt als zorgverlener, hulpverlener of voorziening te willen optreden en personen of organisaties waarvan redelijkerwijze kan worden vermoed dat ze als zorgverlener, hulpverlener of voorziening optreden"*;

(13) Op vraag van de Raad van State wordt artikel 3 en 5 van het ontwerp samengesmolten tot één artikel. Artikel 3, bestaande uit drie leden, de Memorie van toelichting wordt hierop aangepast.

(14) Op vraag van de Raad van State wordt artikel 8 (recht van toegang) herschreven, met het oog op voldoende waarborgen te voorzien voor de bewoonde ruimtes.

(15) Met betrekking tot de uren van toegang *'tussen vijf en eenentwintig uur'* stelt de Raad van State volgende vraag:

"De in artikel 8, § 2, van het ontwerp bedoelde toegangsrechten kunnen worden uitgeoefend tussen vijf uur en eenentwintig uur.

Die uren komen in tal van bijzondere wetten voor, alsook in de wet van 7 juni 1969 'tot vaststelling van de tijd gedurende welke geen opsporing ten huize, huiszoeking of aanhouding mag worden verricht'. Gelet op de betrokken materie kan nochtans de vraag rijzen of in dit geval geen uurregeling kan worden ingevoerd waardoor een beter evenwicht tussen de betrokken rechten of belangen tot stand komt".

Repliek: Wij opteren om de bestaande uurregeling te behouden, gelet op de brede sectoren met verschillende soorten voorzieningen waar wij inspecteren. Denk maar aan kinderdagvoorzieningen die dag en nacht kinderen opvangen en woonzorgcentra waar personeelstekorten dienen vastgesteld te worden in de vroege uurtjes. Daarnaast vervagen de grenzen tussen de sectoren meer en meer, voorzieningen bieden meer en meer verschillende soorten zorgvormen aan.

(16) Met betrekking tot de verzetsmogelijkheid voor private ruimtes bewoond door de residentiële of semi residentiële zorggebruiker, is de Raad van State van mening dat dit een onvoldoende waarborg biedt tegen het ongerechtvaardigde betreden van de woning en dat dit een te verregaande aantasting vormt van het recht op de onschendbaarheid van de woning. De Raad van State stelt dat er minstens een toestemming dient te worden bepaald voor het betreden van de betrokken plaats, zelfs al is die niet schriftelijk.

Repliek: Het advies van de Raad van State wordt niet gevolgd. Het lagere beschermingsniveau dat de residentiële en de semiresidentiële zorggebruiker genieten, wordt gerechtvaardigd door het feit dat de bewoonde infrastructuur in dit geval deel uitmaakt van het zorgverleningspakket. Om effectief toezicht te kunnen houden op de regelgeving omtrent die infrastructuur en ter vrijwaring van de rechten van deze gebruikers, is een eenvoudigere toegang tot deze ruimtes noodzakelijk.

Door het inschrijven van een verzetsmogelijkheid kan de residentiële of semi residentiële zorggebruiker, een inspectie in zijn kamer weigeren. Indien hij niet weigert houdt dit een impliciete toestemming in. De keuze voor een verzetsmogelijkheid en niet voor een (schriftelijke) toestemming berust op het feit dat een inspectie bij deze 'bewoners' tot doel heeft om na te gaan of een derde, de zorgaanbieder, zijn wettelijke verplichting nakomt. Met andere woorden, de inspectie is in zijn voordeel. Het gaat hier vaak over de meest kwetsbare

en/of onmondige groepen in onze samenleving (vb: baby's, dementerende personen, handelingsonbekwame, ...) waar het maatschappelijk belang van het toezicht het grootste is.

(17) De Raad van State vraagt om te onderzoeken of de machtiging van de rechter in de politierechtbank, tussen vijf en eenentwintig uur niet bijzonder gemotiveerd dient te worden.

Repliek: Het voorontwerp bepaalt dat de machtiging van de rechter in de politierechtbank, tussen eenentwintig en vijf uur bijzonder dient gemotiveerd te worden. Een machtiging van de rechter in de politierechtbank tussen vijf en eenentwintig uur dient niet bijzonder gemotiveerd te worden. Dit verschil in onderscheid is gerechtvaardigd aangezien we de uitzondering bij nacht (tussen eenentwintig en vijf uur) willen benadrukken.

(18) Op vraag van de Raad van State wordt er een afzonderlijke paragraaf toegevoegd, paragraaf 4.

(19) Met betrekking tot de verwijzing naar de "Europese, federale en Vlaamse regels" in artikel 10 en artikel 16 opteert de Raad van State het volgende:

"Daargelaten het onprecieze karakter van de verwijzing naar de "Europese, federale en Vlaamse regels", is het overbodig om in artikel 10, zesde lid, van het ontwerp te bevestigen dat die regels van toepassing zijn. De zinsnede "mits daarvoor de Europese, federale en Vlaamse regels rond het verwerken van deze gegevens worden gevolgd" wordt derhalve beter weggelaten.

Een gelijkaardige opmerking geldt ten aanzien van artikel 16, § 3, van het ontwerp".

Repliek: Deze zinssnede werd ingeschreven op vraag van de commissie voor de bescherming van persoonlijke levenssfeer. In hun advies 08/2017 van 1 februari 2017 vraagt deze commissie om meer aandacht te geven, in de tekst van het voorontwerp zelf, aan de regelgeving inzake bescherming van persoonsgegevens. Om deze redenen opteren wij om deze zinssnede te behouden.

(20) Op vraag van de Raad van State wordt toegevoegd aan de memorie van toelichting: *"Indien de termijnen voor het bezorgen van het voorlopig verslag of van het definitief verslag worden overschreden, verliest het verslag zijn bijzondere bewijswaarde en geldt het enkel als eenvoudige inlichting".*

(21) Met betrekking tot de verlenging van de termijnen van een verslag had de Raad van State volgende opmerking:

"In artikel 13, § 2, voorlaatste zin, § 3, eerste lid, derde zin, en § 4, voorlaatste zin, van het ontwerp wordt duidelijkheidshalve het best bepaald dat met de termijn van dertig, respectievelijk veertien kalenderdagen waarbinnen de betrokkenen een termijnverlenging, respectievelijk een vraag tot termijnverlenging kenbaar dienen te maken, wordt verwezen naar de oorspronkelijke termijn van dertig of veertien kalenderdagen".

Repliek: Het advies van de Raad van State wordt niet gevolgd. De huidige formulering is door het gebruik van het woord 'eenmalig' voldoende duidelijk en de toevoeging van het woord 'oorspronkelijke' komt de leesbaarheid niet ten goede.

(22) Op vraag van de Raad van State wordt in artikel 14 een "met redenen omkleed bevel" geschrapt uit het voorontwerp.

(23) Met betrekking tot het opleggen van mogelijke veiligheidsmaatregelen, had de Raad van State volgend voorstel:

“Gelet op het ingrijpende karakter van de in artikel 14 van het ontwerp bedoelde “concrete maatregelen” die de Vlaamse Regering of de inspecteurs kunnen opleggen en waarvan sommige grondrechten kunnen aantasten, dienen die maatregelen in artikel 14, derde lid, van het ontwerp op een limitatieve wijze in plaats van op een enuntiatieve wijze te worden opgesomd”.

Repliek: Wij opteren om geen limitatieve lijst van maatregelen op te nemen omdat het in zou druisen tegen het doel van deze veiligheidsmaatregelen. Deze maatregelen staan naast het reguliere sanctie-apparaat en zijn bedoeld om in zeer concrete en acute situaties als toezichthoudende overheid beschermende maatregelen te kunnen nemen. Het limitatief opsommen van mogelijk veiligheidsmaatregelen zou afbreuk doen aan het maatwerk dat met deze maatregelen gepaard gaat en aldus ook aan de proportionaliteit. Als het volstaat het gebruik van een bepaalde elektrische installatie te verbieden, maar de mogelijke maatregelen beperkt zijn tot het opleggen van de tijdelijke (volledige of gedeeltelijke) sluiting van een voorziening, komt de continuïteit van zorgverlening onnodig in gevaar. Gezien de diversiteit aan situaties op het terrein, is het dan ook onmogelijk om limitatief alle mogelijk maatregelen in het aan te nemen decreet op te nemen. Daarnaast moet worden opgemerkt dat een gelijkaardige regeling reeds bestaat in artikel 32 van het Mozaïekdecreet van 2009 en dat de voorgestelde bepaling, in tegenstelling tot artikel 32, een exemplatieve opsomming bevat om de draagwijdte ervan te verduidelijken.

(24) Op vraag van de Raad van State worden de kruisverwijzingen in artikel 15 gecorrigeerd.

(25) zie randnummer 8.

(26) Op vraag van de Raad van State wordt in artikel 17 de zinsnede “ alsook de motivering voor de hoogte van het bedrag” weggelaten.

(27) Op vraag van de Raad van State wordt in artikel 17 paragraaf 2, lid 2 geschrapt.

(28) Op vraag van de Raad van State wordt in artikel 17 paragraaf 2, laatste lid geschrapt.

(29) De artikelen 14 en 15 van het decreet van 30 april 2004 ‘tot oprichting van het intern verzelfstandigd agentschap met rechtspersoonlijkheid Kind en Gezin’ worden op vraag van Kind en Gezin opgeheven.

3. WEERSLAG VAN HET VOORSTEL OP DE BEGROTING VAN DE VLAAMSE GEMEENSCHAP

Op dit vlak zijn geen wijzigingen ten opzichte van de nota waaraan de Vlaamse Regering op 25 november 2016 haar eerste principiële goedkeuring verleende (VR 2016 2511 DOC.1292-1BIS).

4. WEERSLAG VAN HET VOORSTEL OP DE LOKALE BESTUREN

Op dit vlak zijn geen wijzigingen ten opzichte van de nota waaraan de Vlaamse Regering op 25 november 2016 haar eerste principiële goedkeuring verleende (VR 2016 2511 DOC.1292-1BIS).

5. WEERSLAG VAN HET VOORSTEL OP HET PERSONEELSBESTAND EN DE PERSONEELSBUDGETTEN

Op dit vlak zijn geen wijzigingen ten opzichte van de nota waaraan de Vlaamse Regering op 25 november 2016 haar eerste principiële goedkeuring verleende (VR 2016 2511 DOC.1292-1BIS).

6. KWALITEIT VAN DE REGELGEVING

Op dit vlak zijn geen wijzigingen ten opzichte van de nota waaraan de Vlaamse Regering op 25 november 2016 haar eerste principiële goedkeuring verleende (VR 2016 2511 DOC.1292-1BIS).

7. VOORSTEL VAN BESLISSING

De Vlaamse Regering beslist:

1. haar definitieve goedkeuring te hechten aan het bijgaand ontwerp van decreet houdende het overheidstoezicht in het kader van het gezondheids- en welzijnsbeleid en aan de bijhorende memorie van toelichting;
2. de Vlaamse minister bevoegd voor Welzijn, Volksgezondheid en Gezin, te gelasten om het ontwerp van decreet en de bijhorende memorie van toelichting in naam van de Vlaamse Regering in te dienen bij het Vlaams Parlement.

Jo VANDEURZEN
Vlaams minister van Welzijn,
Volksgezondheid en Gezin