



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 64.655/3
van 11 december 2018

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘over de zorg en ondersteuning voor geïnterneerde personen met een handicap door vergunde zorgaanbieders’

Op 9 november 2018 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 ‘over de zorg en ondersteuning voor geïnterneerde personen met een handicap door vergunde zorgaanbieders’.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 4 december 2018. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Jeroen VAN NIEUWENHOVE en Peter SOURBRON, staatsraden, Jan VELAERS en Bruno PEETERS, assessoren, en Annemie GOOSSENS, griffier.

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

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 11 december 2018.

*

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 VAN HET ONTWERP

2. Het voor advies voorgelegde ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering voorziet in een directe financiering door het Vlaams Agentschap voor Personen met een Handicap (hierna: VAPH) van de zorg en ondersteuning van bepaalde geïnterneerde personen met een handicap die wordt geboden door vergunde zorgaanbieders. Met de ontworpen regeling wordt beoogd de doorstroom te bevorderen van geïnterneerde personen met een handicap uit de gevangenis, een forensisch psychiatrisch centrum (hierna: FPC) en een medium risk-afdeling naar het aanbod van het VAPH. Daarmee wordt uitvoering beoogd van een reeks arresten van het Europees Hof van de Rechten van de Mens die sinds 2012 werden gewezen tegen België, in het bijzonder het “pilotarrest” W.D. van 6 september 2016,¹ waarin België tot 6 december 2018 de tijd kreeg om passende maatregelen te nemen om de regeling van geïnterneerde personen in overeenstemming te brengen met de geschonden verdragsbepalingen.

Het ontwerp regelt:

- de doelgroep van de direct gefinancierde zorg en ondersteuning voor geïnterneerde personen met een handicap bij vergunde zorgaanbieders, namelijk geïnterneerde personen die verblijven in de gevangenis, een FPC, een medium risk-afdeling of een forensische VAPH-unit (artikel 2);

- de gevallen waarin personen die tot de doelgroep behoren, aanspraak kunnen maken op een regulier persoonsvolgend budget (artikel 3) en de voorwaarden waaraan personen van de doelgroep moeten voldoen om in aanmerking te komen voor direct gefinancierde zorg en ondersteuning voor geïnterneerde personen bij een vergunde zorgaanbieder (artikel 4);

- de wijze waarop een aanvraag tot direct gefinancierde zorg en ondersteuning wordt ingediend en afgehandeld (artikelen 5 en 6);

- de voorwaarden waaraan vergunde zorgaanbieders moeten voldoen om de direct gefinancierde zorg en ondersteuning aan te bieden (artikel 7);

- de wijze waarop de direct gefinancierde zorg en ondersteuning wordt georganiseerd (artikelen 8 tot 11), namelijk de voorafgaande goedkeuring door het VAPH, het sluiten van een individuele dienstverleningsovereenkomst, het dragen van de woon- en leefkosten en de vormen van begeleiding door het VAPH;

¹ EHRM, 6 september 2016, *W.D. v. België*.

- de subsidiëring van de vergunde zorgaanbieders die direct gefinancierde zorg en ondersteuning aanbieden aan de geïnterneerde personen (artikel 12);
- de gevallen waarin de directe financiering wordt beëindigd (artikel 13).

Voorts bevat het ontwerp nog enkele wijzigingsbepalingen (artikelen 14 tot 16) en een overgangsregeling voor de hangende aanvragen van geïnterneerde personen met een handicap voor een persoonsvolgend budget en voor de reeds toegekende persoonsvolgende budgetten aan geïnterneerde personen met een handicap (artikel 17).

Het te nemen besluit heeft uitwerking met ingang van 1 december 2018 (artikel 18).

RECHTSGROND

3. Het ontworpen besluit vindt rechtsgrond in de bepalingen die worden vermeld in het eerste lid van de aanhef.

VORMVEREISTEN

4. Onder meer artikel 5 van het ontwerp heeft betrekking op de verwerking van persoonsgegevens, gelet op de informatie die wordt opgenomen in de verslagen bedoeld in artikel 5, eerste lid, 2° en 3°.

Artikel 36, lid 4, van 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 gegevensbescherming)’, gelezen in samenhang met artikel 57, lid 1, c), en overweging 96 van die verordening, voorziet in een verplichting om de toezichthoudende autoriteit, in dit geval de Gegevensbeschermingsautoriteit bedoeld in de wet van 3 december 2017 ‘tot oprichting van de Gegevensbeschermingsautoriteit’,² te raadplegen bij het opstellen van een voorstel voor een door een nationaal parlement vast te stellen wetgevingsmaatregel, of een daarop gebaseerde regelgevingsmaatregel in verband met verwerking.

Uit de gegevens van het dossier blijkt niet dat het ontwerp om advies werd voorgelegd aan de Gegevensbeschermingsautoriteit. Dat advies moet alsnog worden ingewonnen.

² De Commissie voor de persoonlijke levenssfeer is vanaf 25 mei 2018 opgevolgd door de Gegevensbeschermingsautoriteit (zie de artikelen 3 en 110 van de wet van 3 december 2017). De leden van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer oefenen evenwel de taken en de bevoegdheden van de Gegevensbeschermingsautoriteit uit tussen 25 mei 2018 en de dag waarop de leden van het directiecomité van de Gegevensbeschermingsautoriteit de eed afleggen en een verklaring ondertekenen dat er geen belangenconflicten zijn (artikel 114 van de wet van 3 december 2017).

5. Indien de aan de Raad van State voorgelegde tekst ten gevolge van het inwinnen van het voormelde advies 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.

ALGEMENE OPMERKINGEN

6. Aan het te nemen besluit wordt overeenkomstig artikel 18 ervan terugwerkende kracht verleend tot 1 december 2018. Gelezen in samenhang met de overgangsregeling in artikel 17 lijkt dit in te houden dat personen met een handicap die geïnterneerd zijn, die onder het toepassingsgebied van de regeling vallen en die reeds een persoonsvolgend budget ontvangen, dat budget met terugwerkende kracht verliezen.

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.

De gemachtigde verantwoordde de terugwerkende kracht als volgt:

“We zijn er bij de opmaak van het PVB van uitgegaan dat het logistiek traject tijdig kon worden afgewerkt, *quod non*. De regeling betekent noch een vooruitgang noch een achteruitgang voor PMH aan wie reeds een persoonsvolgend budget is toegewezen maar die er dus nog niet effectief gebruik van kunnen maken. De nieuwe regeling kan eerder gezien worden als een andere meer geschikte vorm van ondersteuning op maat van de geïnterneerde.”

Indien er effectief geen achteruitgang is voor de betrokken geïnterneerden en in zoverre de nieuwe regeling zelfs een meer geschikte vorm van ondersteuning uitmaakt, kan de terugwerkende kracht worden aanvaard.

7. Uit de overgangsregeling in artikel 17 van het ontwerp blijkt dat de ingediende en niet toegekende aanvragen voor een persoonsvolgend budget van personen met een handicap vervallen en dat de reeds toegekende budgetten worden stopgezet, behalve in het geval van de zogenaamde transitie van cliënten van de voorzieningen. Dat lijkt in te houden dat de betrokken personen een nieuwe aanvraag onder de nieuwe regeling moeten indienen. De vraag rijst of een dergelijke werkwijze, waarbij de bestaande aanvragen zonder meer vervallen, niet in strijd is met het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel, dat onder meer inhoudt dat het recht voorzienbaar is en de rechtsonderhorige de gevolgen van zijn rechtshandelingen moet kunnen inschatten en dat het verboden is om zonder objectieve en redelijke verantwoording afbreuk te doen aan het belang van de rechtsonderhorigen om in staat te zijn de rechtsgevolgen van hun handelingen te voorzien. Dit klemmt des te meer daar de regeling betrekking heeft op een groep kwetsbare personen.

Wat betreft de personen die een aanvraag hebben ingediend die op 1 december 2018 nog niet is toegewezen, verantwoordde de gemachtigde de ontworpen maatregel als volgt:

“[D]oorgaans hebben deze personen de aanvraagprocedure PVB nog maar gedeeltelijk doorlopen en hebben ze alleen een ondersteuningsplan ingediend. De aanvraag van een persoonsvolgend budget is in ieder geval meer omvattend dan een aanvraag voor directe financiering. De automatische omzetting van de vraag van een PVB naar een vraag voor directe financiering leek niet aangewezen. We voorzien immers in de nieuwe regeling een aparte aanvraagprocedure waarbij de inzichten van de verantwoordelijke van de setting waar de persoon met een handicap verblijft een belangrijk element vormen in de verantwoording van de vraag van de directe financiering en omdat we er vanuit gaan dat de uitstroom van geïnterneerden uit de gevangenis of FPC voorafgaande afstemming op casusniveau tussen actoren uit verschillende sectoren impliceert.”

Wat betreft de personen die een aanvraag hebben ingediend die op 1 december 2018 al is toegewezen, verstrekte de gemachtigde de volgende verantwoording:

“Als het PVB alleen nog maar is toegewezen dan kan hij er nog geen gebruik van maken maar heeft hij een plaats gekregen op de wachtlijst. Als het PVB werd ter beschikking [gesteld] zal hij er in de feiten vanuit de beveiligde setting waarschijnlijk geen of minimaal gebruik van kunnen maken. Zoals hiervoren reeds uiteengezet gaan we er vanuit dat met directe financiering meer geschikte ondersteuning op maat kan worden gerealiseerd. Als er reeds een PVB werd toegewezen of ter beschikking gesteld heeft het VAPH reeds vastgesteld dat het om een persoon met [een] handicap gaat. Dit brengt met zich mee dat de aanvraag sowieso sneller zal afgerond kunnen worden. Betrokkene zal wel in de beveiligde setting moeten blijven tot er ondersteuning wordt gerealiseerd hetzij via het VAPH hetzij op een andere manier.”

De Raad van State kan zich aansluiten bij het beginsel dat een nieuwe aanvraag vereist is, gelet op de eigenheid van de nieuwe regeling. Voor de eerstgenoemde categorie kan voorts worden ingestemd met de uitleg van de gemachtigde, maar voor de laatstgenoemde categorie lijkt toch te moeten worden gewaarborgd dat de betrokkene ofwel nog voor de maand december 2018 alsnog het persoonsvolgend budget ontvangt, ofwel dat hij met terugwerkende kracht tot 1 december 2018 in aanmerking komt voor de directe financiering.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 2

8. Bij de omschrijving van de doelgroep in artikel 2 van het ontwerp wordt geen melding gemaakt van de inrichtingen bedoeld in artikel 3, 4^o, d), van de wet van 5 mei 2014 ‘betreffende de internering’, namelijk erkende private voorzieningen. Op de vraag hoe deze verschillende behandeling kan worden verantwoord in het licht van het gelijkheidsbeginsel, antwoordde de gemachtigde het volgende:

“We hebben alvast een eerste stap willen zetten en hier voldoende willen afbakenen om geen valse verwachtingen te creëren. Geïnterneerden die verblijven in de

gevangenis of een FPC zijn uiteraard onze eerste doelgroep. Daarnaast hebben we vastgesteld dat een aantal geïnterneerde PMH in een medium risk afdeling van de psychiatrie verblijven maar daar niet de gepaste handicapspecifieke ondersteuning kunnen vinden. PMH die verblijven in een forensische unit van het VAPH zijn toegevoegd om deze units die zeer intensieve ondersteuning bieden te kunnen voorbehouden voor geïnterneerde personen met een handicap die daar echt nood aan hebben. Maar we zijn wel van plan zijn om te bekijken of en in welke mate een verdere uitbreiding van de procedure naar de toekomst toe wenselijk en haalbaar is.”

Artikel 3

9. De gemachtigde meldde dat de verwijzing naar artikel 5, 3°, in artikel 3, § 2, eerste lid, van het ontwerp verkeerd is en dat moet worden verwezen naar artikel 2, 5° (net als eerder in dat eerste lid).

10. Artikel 3, § 2, tweede lid, van het ontwerp houdt in dat het aanvraagdossier niet wordt voorgelegd aan de regionale prioriteitencommissie en dat van rechtswege prioriteitengroep 1 wordt toegekend. Die verschillende behandeling werd door de gemachtigde als volgt verantwoord:

“Het doel van de nieuwe regeling bestaat erin om bijkomende ondersteuningsmogelijkheden te creëren die het mogelijk [maken] dat geïnterneerde personen met een handicap kunnen uitstromen uit een niet aangepaste beveiligde setting.

We beschouwen geïnterneerde personen met een handicap bovendien als een erg kwetsbare groep. Toch werd er in het kader van de uitwerking van een nieuwe regeling niet gekozen voor de optie van een nieuwe automatische toekenningsgroep in het kader van terbeschikkingstelling van een PVB. Anderzijds zijn de middelen die beschikbaar zijn voor direct gefinancierde ondersteuning beperkt.

Om te vermijden dat deze vorm van ondersteuning zou dichtslippen werd ervoor geopteerd om er voor te zorgen dat de kansen voor geïnterneerde personen met een handicap op terbeschikkingstelling van een PVB verhoogd worden.”

Met die uitleg kan worden ingestemd.

Artikel 5

11. In de inleidende zin van artikel 5, eerste lid, van het ontwerp moet worden verwezen naar “artikel 4” in plaats van naar “artikel 4, eerste lid”.

Die opmerking geldt ook voor artikel 6, § 1, eerste lid, en 8, tweede lid, van het ontwerp.

12. In de inleidende zin van artikel 5, tweede lid, van het ontwerp schrijve men “het eerste lid, 3°” in plaats van “het tweede lid, 3°”.

Artikel 8

13. Bij het goedkeuren van aanvragen houdt het VAPH, overeenkomstig artikel 8, tweede lid, van het ontwerp “rekening met de middelen die voor zorg en ondersteuning voor geïnterneerde personen (...) zijn vastgelegd op zijn begroting en met de datum en het uur waarop het aanvraagdocument (...) en het verslag (...) aan het agentschap is bezorgd. De oudste data en bij gelijke data, de vroegste uren, komen het eerst in aanmerking voor een goedkeuring van het agentschap.” Dit houdt in dat bij ontoereikende middelen voorrang wordt verleend aan de vroegste aanvragen rekening houdend met het principe “wie eerst komt, eerst maalt”.

Bij het toekennen van subsidies is een dergelijk onderscheidingscriterium slechts aanvaardbaar, voor zover dat criterium pertinent is en ervoor een deugdelijke, met het gelijkheidsbeginsel verenigbare verantwoording bestaat. De gemachtigde verstrekte ter zake de volgende verantwoording:

“Dit geldt niet alleen voor geïnterneerde PmH maar voor alle PmH die nood hebben aan ondersteuning en staan te wachten; tenzij er een open end financiering komt, kunnen we hier geen adequaat antwoord op bieden.”

De Raad van State kan zich bij die uitleg niet aansluiten. Op België rust de internationaalrechtelijke verplichting om tijdig te voorzien in gepaste zorg aan geïnterneerde personen die in overeenstemming is met de verdragsbepalingen die het Europees Hof voor de Rechten van de Mens onder meer in het voormelde arrest *W.D. v. België* geschonden heeft geacht. Aan die verplichting kan niet worden ontkomen door een loutere verwijzing naar onvoldoende budgettaire middelen. Ook een evenredige verdeling van de beschikbare budgettaire middelen over alle aanvragers volstaat niet om tegemoet te komen aan die verplichting, althans indien die verdeling niet leidt tot een adequate ondersteuning van alle aanvragers die in aanmerking komen.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Annemie GOOSSENS

Jo BAERT