



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 68.216/3
van 30 november 2020

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot wijziging van het besluit van de Vlaamse Regering van 24 juni 2016 over de besteding van het budget voor niet-rechtstreeks toegankelijke zorg en ondersteuning voor meerderjarige personen met een handicap en over organisatiegebonden kosten voor vergunde zorgaanbieders’

Op 30 oktober 2020 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Welzijn, Volksgezondheid, Gezin en Armoedebestrijding 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 24 juni 2016 over de besteding van het budget voor niet-rechtstreeks toegankelijke zorg en ondersteuning voor meerderjarige personen met een handicap en over organisatiegebonden kosten voor vergunde zorgaanbieders’.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 24 november 2020. De kamer was samengesteld Jeroen VAN NIEUWENHOVE, staatsraad, voorzitter, Pierre BARRA en Koen MUYLLE, 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 30 november 2020.

*

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 om advies voorgelegde ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering strekt in de eerste plaats tot invoering, ten laste van het Vlaams Agentschap voor Personen met een Handicap (hierna: VAPH), van een tegemoetkoming aan de budgethouder van een persoonsvolgend budget (hierna: PVB) voor de eindejaarspremie van de individuele begeleiders, zoals die werd afgesproken in het Vlaams Interprofessioneel Akkoord (VIA) 5 en vastgelegd in een cao¹.

Daartoe vervangt artikel 7 van het ontwerp artikel 23 van het besluit van de Vlaamse Regering van 24 juni 2016 ‘over de besteding van het budget voor niet-rechtstreeks toegankelijke zorg en ondersteuning voor meerderjarige personen met een handicap en over organisatiegebonden kosten voor vergunde zorgaanbieders’.

Voorts beoogt het ontwerp de dienstverlening bij de toekenning van een PVB te verbeteren of een administratieve lastenverlaging te realiseren.

Daartoe worden verschillende wijzigingen aangebracht aan het besluit van de Vlaamse Regering 26 juni 2016 (artikelen 1 tot 6, 7 (ontworpen artikel 23, § 2), 8 en 9).

Deze wijzigingen betreffen onder meer:

– het verduidelijken dat een PVB niet kan worden aangewend voor de medische en paramedische behandelingen, onderzoeken of therapieën die tot de bevoegdheid van het Rijksinstituut voor Ziekte- en Invaliditeitsverzekering behoren en waarvoor in de nomenclatuur van de geneeskundige verstrekkingen in een vergoeding is voorzien (artikel 1 van het ontwerp);

– het invoeren van een bepaling dat het PVB vervalt als de budgethouder afziet van de terbeschikkingstelling van het budget (artikel 2);

– het schrappen van de verplichting voor de budgethouder om het sluiten van een voucherovereenkomst te melden aan het VAPH (artikelen 3 en 4);

¹ Zie de cao van 7 juli 2020 ‘tot vaststelling van de bijlage in uitvoering van de collectieve arbeidsovereenkomst van 3 december 2019 inzake de toekenning van een jaarlijkse eindejaarspremie’ (https://alin-vzw.be/wp-content/uploads/2020/07/20200707_CAO_PC337_EP-PVB-PAB-2019-DEF.pdf), genomen in uitvoering van de cao van 3 december 2019 ‘inzake de toekenning van een jaarlijkse eindejaarspremie’ (https://alin-vzw.be/wp-content/uploads/2020/07/20191203_CAO_PC337_VIA-5-EP-PVB-PAB.pdf).

– het verduidelijken dat de jaarlijkse kostprijs van de voucherovereenkomst met een bijstandsorganisatie voortaan wordt uitgedrukt in euro's in plaats van in zorggebonden punten (artikel 4, 3° en 4°);

– het bepalen van de gegevens die de budgethouder aan het VAPH moet meedelen inzake de overeenkomsten die hij heeft gesloten met betrekking tot zijn cashbudget (artikel 5, 1°);

– het opleggen aan de budgethouder van de verplichting om het attest dat is uitgereikt door een bevoegde buitenlandse overheid waaruit blijkt dat de rechtspersoon die de ondersteuning aanbiedt buiten het Belgische grondgebied en waarmee een overeenkomst voor de besteding van het cashbudget is gesloten, is erkend door de bevoegde buitenlandse overheid, desgevallend te laten vertalen in het Nederlands door een beëdigd vertaler (artikel 5, 2°);

– het verplaatsen van de datum waarop de kostenstaten voor een kalenderjaar moeten worden bezorgd, van 1 maart naar 1 april (artikel 5, 3°);

– het bepalen van de grens tussen het lagere en hogere vrij besteedbare bedrag in functie van zorggebonden punten in plaats van in functie van budgetcategorieën (artikel 6, 1° en 2°) en het verduidelijken dat het vrij besteedbare bedrag tijdens het eerste jaar waarin een PVB ter beschikking wordt gesteld, wordt vastgesteld naar evenredigheid van het aantal dagen in plaats van maanden van het kalenderjaar (artikel 6, 3°); daarnaast kan het vrij besteedbare bedrag voortaan slechts worden opgevraagd nadat het PVB effectief is opgestart (artikel 6, 4°);

– het invoeren van de mogelijkheid voor de budgethouder om minderjarigen als vrijwilliger tewerk te stellen en het verduidelijken dat, wanneer een minderjarige met een arbeidsovereenkomst wordt aangeworven, het bewijs van een machtiging van een ouder of voogd moet worden voorgelegd (artikel 7 – ontworpen artikel 23, § 2);

– het bepalen van de gevolgen voor de toewijzing en de terbeschikkingstelling van het PVB, wanneer de budgethouder niet langer gebruik wil maken van het PVB (artikel 8);

– het verduidelijken dat ook bijstandsorganisaties en vergunde zorgaanbieders moeten meewerken aan de controle ter plaatse van zorginspectie en het opvragen van documenten door het VAPH (artikel 9, 1° en 2°);

– het invoeren van de mogelijkheid voor het VAPH om bij de stopzetting van de terbeschikkingstelling van het PVB als gevolg van niet medewerking aan de controle maximaal vijf jaar terugbetaalde kosten terug te vorderen (artikel 9, 4°).

Het te nemen besluit treedt in werking op de eerste dag van de maand die volgt op de maand waarin het wordt bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad, met uitzondering van artikel 7, dat uitwerking heeft met ingang van 1 januari 2019 en artikel 6, 1° en 2°, dat uitwerking heeft met ingang van 1 januari 2020 (artikel 10 van het ontwerp).

3. Het ontworpen besluit vindt in beginsel rechtsgrond in de bepalingen die worden vermeld in de rubriek 'Rechtsgronden' in de aanhef, alsook in artikel 20 van het decreet van 25 april 2014 'houdende de persoonsvolgende financiering voor personen met een handicap en

tot hervorming van de wijze van financiering van de zorg en de ondersteuning voor personen met een handicap' dat, zoals de gemachtigde beaamde, rechtsgrond biedt voor artikel 9 van het ontworpen besluit.

In zoverre de artikelen 3, 1°, 4, 1°, 5, 1°, en 7 van het ontworpen besluit evenwel betrekking hebben op de verwerking van persoonsgegevens, dient mede rechtsgrond te worden gezocht in artikel 11, vierde lid, van het decreet van 7 mei 2004 'tot oprichting van het intern verzelfstandigd agentschap met rechtspersoonlijkheid Vlaams Agentschap voor Personen met een Handicap'. Luidens deze bepaling bepaalt "[d]e Vlaamse regering (...) de nadere regels voor de registratie en verwerking van gegevens, met behoud van de toepassing van de regelgeving over de bescherming van natuurlijke personen bij de verwerking van persoonsgegevens".

De rubriek 'Rechtsgronden' in de aanhef van het ontwerp dient hieraan te worden aangepast.

VORMVEREISTEN

4.1. Het ontwerp bevat bepalingen die de verwerking van persoonsgegevens betreffen.

De artikelen 3, 1° (ontworpen artikel 13, eerste lid, 1° en 2°), 4, 1° (ontworpen artikel 15, § 1, eerste lid, 1° en 2°) en 5, 1° (ontworpen artikel 17, § 1, eerste lid, 1° en 2°) hebben respectievelijk betrekking op het registreren van identificatiegegevens door de vergunde zorgaanbieder, op het meedelen van identificatiegegevens door de bijstandsorganisatie aan het VAPH en op het meedelen van identificatiegegevens door de budgethouder aan het VAPH. Het bij artikel 7 ontworpen artikel 23, § 3, tweede lid, heeft betrekking op het opvragen door het VAPH van persoonsgegevens bij de Rijksdienst voor de Sociale Zekerheid.

4.2. 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', 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 aan de Raad van State bezorgde stukken blijkt dat het ontwerp niet voor advies werd voorgelegd aan de Gegevensbeschermingsautoriteit. Het vormvereiste dient alsnog te worden nageleefd. In dat verband kan er overigens op gewezen worden dat, gelet op hetgeen is uiteengezet in advies 66.033/1/AV van 3 juni 2019,² een advies van de Vlaamse toezichtcommissie niet zou volstaan.

4.3. Indien de aan de Raad van State voorgelegde tekst ten gevolge van het vervullen van deze 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.

ALGEMENE OPMERKING

5.1. Overeenkomstig artikel 10 van het ontwerp wordt aan de artikelen 6, 1° en 2°, en 7 terugwerkende kracht verleend tot respectievelijk 1 januari 2020 en 1 januari 2019.

Het verlenen van terugwerkende kracht aan besluiten is evenwel 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.

5.2. Artikel 6, 1° en 2°, dat uitwerking heeft met ingang van 1 januari 2020, heeft betrekking op het uitdrukken van de grens tussen het lagere (1800 euro) en hogere (3600 euro) vrij besteedbare bedrag in zorggebonden punten. Punt 1 van artikel 6 (ontworpen artikel 20, tweede lid) koppelt de hoogte van het vrij besteedbare bedrag voortaan aan zorggebonden punten in plaats van aan budgetcategorieën. De budgethouder van wie het budget maximaal 34,81 zorggebonden punten bedraagt, beschikt over een vrij besteedbaar bedrag van 1800 euro; hij die over meer dan 34,81 zorggebonden punten beschikt, heeft een vrij besteedbaar bedrag van 3600 euro.

² Adv.RvS 66.033/1/AV van 3 juni 2019 over een ontwerp dat heeft geleid tot het besluit van de Vlaamse Regering van 7 juni 2019 ‘tot wijziging van het besluit van de Vlaamse Regering van 10 december 2010 tot uitvoering van het decreet betreffende de private arbeidsbemiddeling, wat betreft de invoering van een registratieverplichting voor sportmakelaars’, opmerkingen 5.1 tot 5.4.

Aan de gemachtigde werd gevraagd in hoeverre door de terugwerkende kracht van de ontworpen bepalingen sommige budgethouders die gecatalogeerd werden in de budgetcategorie V³, een lager vrij besteedbaar bedrag ter beschikking zouden krijgen dan voorheen. Hij antwoordde:

“Voor de vaststelling van het vrij besteedbaar deel wordt uitgegaan van de budgetcategorie die is ter beschikking gesteld, de budgetcategorieën (BC) die ter beschikking gesteld kunnen worden zijn de BC vermeld in tabel 1 in de bijlage bij het BVR van 27 november 2015. De BC bevatten een vast aantal punten.

In tabel 2 bij het voormelde BVR wordt voor elke BC een ondergrens en een bovengrens in punten vastgesteld. Deze grenzen worden gebruikt om een BC voor de vraag van een persoon met handicap te kunnen vaststellen. In het kader van de budgetbepaling worden een aantal zorggebonden punten berekend voor de gevraagde ondersteuningsfuncties. Het resultaat hiervan wordt vergeleken met de ranges (ondergrens - bovengrens) van de verschillende BC om de BC te bepalen die overeenstemt met de vraag.

Het OBVR stelt het volgende :

‘Het vrij besteedbare bedrag bedraagt:

1. 1800 euro als het budget dat ter beschikking is gesteld op jaarbasis tot en met 34, 8100 zorggebonden punten bedraagt;
2. 3600 euro als het budget dat ter beschikking is gesteld op jaarbasis meer dan 34, 8100 zorggebonden punten bedraagt;’

De huidige regeling zegt voor de oude budgetbepaling het volgende :

1800 euro voor budgetcategorieën I tot en met IV

3600 euro voor budgetcategorieën V tot en met XII

Dit wil dus zeggen

- 1800 euro voor budgetcategorieën I tot en met IV (t.e.m 42,820789 punten)
- 3600 euro voor budgetcategorieën V tot en met XII (gelijk of groter dan 42,820789 punten)

Een persoon met BC IV (33,6449 punten) heeft na wijziging nog steeds recht op 1800 euro. De BC IV is lager dan 34, 81 punten)

Een persoon met BC V (42,82.. punten) heeft nog steeds recht op 3600 euro want de toegekende BC bevat meer dan 34, 81 punten.”

Uit de verklaring van de gemachtigde lijkt te moeten worden afgeleid dat elke budgethouder die thans onder budgetcategorie V valt, nu reeds beschikt over het hogere vrij besteedbare bedrag en dat dit onder de ontworpen regeling zo blijft. Indien dat daadwerkelijk het geval is, kan de terugwerkende kracht worden gebillijkt.

³ Zie Tabel 1 van de bijlage bij het besluit van de Vlaamse Regering van 27 november 2015 ‘over de indiening en de afhandeling van de aanvraag van een budget voor niet rechtstreeks toegankelijke zorg en ondersteuning voor meerderjarige personen met een handicap en over de terbeschikkingstelling van dat budget’. Deze bijlage is vervangen bij artikel 14 van het besluit 10 mei 2019, met ingang van 1 januari 2020. Krachtens artikel 25, tweede lid, van het besluit van de Vlaamse Regering van 10 mei 2019 blijven de bepalingen van de artikelen 19 tot 21 van het besluit van de Vlaamse Regering van 27 november 2015, “zoals van kracht voor 1 januari 2020” evenwel van toepassing op de aanvragen die werden ingediend voor 17 maart 2020.

5.3.1. Artikel 7 van het ontwerp, dat uitwerking heeft met ingang van 1 januari 2019, heeft betrekking op de verplichting om een eindejaarspremie toe te kennen en op de tegemoetkoming hiervoor door het VAPH.

Er mag worden aangenomen dat met terugwerkende kracht mag worden voorzien in een tegemoetkoming ten voordele van de budgethouders met het oog op de betaling van de eindejaarspremie die zij sinds 1 januari 2019 verschuldigd waren voor de personen die zij met een arbeidsovereenkomst hadden aangeworven.

5.3.2. Artikel 7 heeft evenwel ook betrekking op de mogelijkheid voor minderjarigen om via een vrijwilligersovereenkomst zorg en ondersteuning te bieden (ontworpen artikel 23, § 2, eerste lid, 2°) en op de verplichting voor de budgethouder om vóór de ingangsdatum van de studentenovereenkomst “het schriftelijke bewijs van de machtiging door een ouder of de voogd” aan het VAPH te bezorgen (ontworpen artikel 23, § 2, laatste lid).

De gemachtigde verstrekke de volgende verantwoording voor die terugwerkende kracht:

“De mogelijkheid van inzet van minderjarigen als vrijwilliger in het kader van de besteding van het persoonsvolgend budget bestond al aangezien de vrijwilligerswetgeving dit niet verbiedt en er in het kader van de besteding van het PVB een overeenkomst met een vrijwilligersorganisatie kan worden afgesloten.

De mogelijkheid wordt nu alleen geëxpliciteerd in het bestedingsbesluit

De voorwaarde dat de ouders moeten machtigen is nieuw en staat niet in vrijwilligerswet.”

De laatstgenoemde verplichting is nieuw en kan niet retroactief worden opgelegd. Aan het laatste lid van het ontworpen artikel 23, § 2, kan dan ook geen terugwerkende kracht worden verleend.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 4

6. Punt 2 van artikel 4 redigere men als volgt:

“2° het tweede lid van paragraaf 1 wordt opgeheven;”.

Artikel 7

7. Uit het ontworpen artikel 23, § 2, tweede lid, vloeit voort dat minderjarigen die bloedverwant zijn tot de tweede graad of die deel uitmaken van het gezin van de budgethouder, enkel als vrijwilliger zorg en ondersteuning mogen aanbieden. Aldus wordt een verschil in behandeling ingevoerd tussen deze minderjarigen en andere minderjarigen: die eersten mogen nu wel zorg verlenen maar hebben niet dezelfde sociale voordelen als de andere minderjarigen.

De gemachtigde die hierover werd ondervraagd, verklaarde het volgende:

“Er zal met een volgende aanpassing van regelgeving worden meegenomen dat het zowel bij PAB- als PVB-budgethouders mogelijk is om minderjarigen als student of als vrijwilliger in te schakelen, ongeacht ze familie zijn of niet.”

De Raad van State zien niet in waarom dit verschil in behandeling niet in het voorliggende ontwerp kan worden weggewerkt.

8. De verwijzingen in het ontworpen artikel 23 naar de eindejaarspremie “vastgesteld binnen het paritair comité 337” is onduidelijk en dus onzeker. Aangezien de eindejaarspremie is vastgelegd in cao’s, is het raadzaam om daarnaar te verwijzen.⁴

Artikel 9

9. Bij artikel 9, 4°, van het ontwerp wordt in artikel 27, § 3, van het besluit van de Vlaamse Regering van 24 juni 2016 de zinsnede “en worden de kosten die al zijn terugbetaald gedurende maximaal vijf jaar, te rekenen vanaf de datum van de beslissing tot stopzetting van de terbeschikkingstelling van het budget, teruggevorderd” toegevoegd.

Aan de gemachtigde werd nadere toelichting gevraagd over de draagwijdte van deze zinsnede. Hij antwoordde:

“De opzet van de [maatregel] bestaat er eerder in om het VAPH een discretionaire bevoegdheid [te geven]. Er kan maar moet niet teruggevorderd worden en bij de terugvordering kan maximaal 5 jaar worden teruggegaan. Het is inderdaad bij het afwegen van terugvordering de bedoeling dat rekening gehouden wordt met de concrete omstandigheden.”

Het verdient aanbeveling die bedoeling in de tekst beter tot uitdrukking te brengen.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Annemie GOOSSENS

Jeroen VAN NIEUWENHOVE

⁴ Zie de in voetnoot 1 vermelde cao’s.