RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 68.092/3
van 21 oktober 2020

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot wijziging van het besluit van de Vlaamse regering van 15 december 2000 houdende vaststelling van de voorwaarden van toekenning van een persoonlijke-assistentiebudget aan personen met een handicap en het besluit van de Vlaamse Regering van 10 maart 2017 over persoonsvolgende middelen voor minderjarige personen met een handicap met dringende noden’

‡LW-CBKUNGGF-GIAJCVT‡

Op 25 september 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 15 december 2000 houdende vaststelling van de voorwaarden van toekenning van een persoonlijke-assistentiebudget aan personen met een handicap en het besluit van de Vlaamse Regering van 10 maart 2017 over persoonsvolgende middelen voor minderjarige personen met een handicap met dringende noden’.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 13 oktober 2020. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Jeroen VAN NIEUWENHOVE en Koen MUYLLE, staatsraden, Jan VELAERS en Bruno PEETERS, assessoren, en Astrid TRUYENS, griffier.

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

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 21 oktober 2020.

*

‡LW-CBKUNGGF-GIAJCVT‡

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

2.1. Het voor advies voorgelegde ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering strekt enerzijds tot de invoering, ten laste van het Vlaams Agentschap voor Personen met een Handicap (hierna: VAPH), van een tegemoetkoming aan de budgethouder van een persoonlijk assistentiebudget (hierna: PAB) voor de eindejaarspremie van de persoonlijke assistenten, zoals afgesproken in het Vlaams Interprofessioneel Akkoord (VIA) 5 en vastgelegd in een cao.[1]

Daartoe wordt een nieuwe paragraaf 4 toegevoegd aan artikel 9 van het besluit van de Vlaamse regering van 15 december 2000 ‘houdende vaststelling van de voorwaarden van toekenning van een persoonlijke-assistentiebudget aan personen met een handicap’ (artikel 3, 4°, van het ontwerp).

2.2. Anderzijds beoogt het ontwerp om de toekenning van een PAB en de toekenning van persoonsvolgende middelen voor minderjarige personen met een handicap met dringende noden meer efficiënt en klantgericht te maken, hoofdzakelijk door de regels voor de toekenning van een PAB af te stemmen op de regels voor de toekenning van persoonsvolgende financiering.

Daartoe worden verschillende wijzigingen aangebracht aan het besluit van de Vlaamse Regering van 15 december 2000 (artikelen 1, 2, 3, 1° tot 3°, en 4 tot 14 van het ontwerp) en aan het besluit van de Vlaamse Regering van 10 maart 2017 ‘over persoonsvolgende middelen voor minderjarige personen met een handicap met dringende noden’ (artikel 15 van het ontwerp).

Deze wijzigingen betreffen onder meer:

- het toevoegen van enkele definities (artikel 1);
- het wijzigen van de uiterste datum waarop de besteding van het PAB moet worden gestart (artikel 2, 1°) en het verduidelijken van de gevallen waarin en het tijdstip waarop de toekenning van een PAB wordt opgeschort (artikel 2, 3°, 4° en 5°);
- het wijzigen van het PAB-bedrag tijdens het eerste jaar (artikelen 3, 1° en 2°);
- de invoering van een vrij besteedbaar bedrag dat niet voor personeelskosten is bestemd (artikel 4, 1° en 2°);

[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 ter 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).

‡LW-CBKUNGGF-GIAJCVT‡

- het actualiseren van de regeling van de combinatie van het PAB met andere vormen van bijstand (artikel 4, 3° en 4°);

- de opheffing van de regeling om het PAB ter beschikking te stellen middels voorschotten (artikel 5);

- de vervanging van het werkkapitaal door een terugvorderbaar voorschot ten belope van vijf twaalfden van het maximumbedrag van het PAB (artikel 6) en de erop volgende vermindering van dat terugvorderbaar voorschot tot drie twaalfden (artikel 7). Een gelijkaardige regeling wordt ingevoerd voor minderjarige personen met een handicap met dringende noden aan wie persoonsvolgende middelen zijn toegekend (artikel 15). Het ontwerp bevat tevens een overgangsregeling voor het terugbrengen, vanaf 1 januari 2021, van het terugvorderbaar voorschot van vijf twaalfden naar drie twaalfden (artikel 16);

- het actualiseren van de regeling van de overeenkomsten die kunnen worden afgesloten tussen de budgethouder en de persoonlijke assistent en het invoeren van een registratieplicht van deze overeenkomsten bij het VAPH (artikel 8);

- het actualiseren van de regeling van de eenmalige aanvullende subsidie voor de raadpleging van een bijstandsorganisatie en het aanpassen van het indexeringsmechanisme voor deze subsidie (artikel 9);

- de opheffing van de indexering van het subsidiebedrag voor de betaling van het lidgeld van een bijstandsorganisatie (artikel 10, 2°);

- het verduidelijken dat de controle wordt uitgevoerd door Zorginspectie met vermelding van de aard van de toezichtsbevoegdheden en van de medewerkingsplicht van de budgethouders (artikel 11);

- het afstemmen van de maatregelen die kunnen worden genomen ten aanzien van een budgethouder die het PAB niet besteedt volgens de voorwaarden op de regeling die geldt voor de besteding van het persoonsvolgend budget (artikel 12);

- het invoeren van de mogelijkheid dat het PAB wordt stopgezet als de combinatieregels niet worden nageleefd (artikel 13 – ontworpen artikel 19*ter*);

- het hernemen van de regeling waarbij de budgethouder van wie het PAB is stopgezet, aanspraak kan maken op een bedrag om de toepasselijke opzegvergoeding uit te betalen (artikel 13 – ontworpen artikel 19*quater*);

- de opheffing van de deskundigencommissie (artikel 14).

Ten slotte worden ook enkele louter technische aanpassingen aangebracht (artikel 2, 2°, artikel 3, 3°, en artikel 10, 1°).

2.3. Het te nemen besluit treedt in werking op de eerste dag van de maand die volgt op het verstrijken van een termijn van tien dagen, die ingaat op de dag na de bekendmaking ervan in

‡LW-CBKUNGGCF-GIAJCVT‡

het Belgisch Staatsblad, met uitzondering van de artikelen 3, 4°, en 6, die respectievelijk uitwerking hebben met ingang van 1 januari 2019 en 1 januari 2018 (artikel 17 van het ontwerp).

RECHTSGROND

3. Het ontworpen besluit vindt in beginsel rechtsgrond in de bepalingen die in de rubriek ‘Rechtsgronden’ van de aanhef worden vermeld.

In zoverre artikel 3, 4°, van het ontworpen besluit betrekking heeft op de verwerking van persoonsgegevens (namelijk het ontworpen artikel 9, § 4, tweede lid, van het besluit van de Vlaamse Regering van 15 december 2000), wordt de rechtsgrond mede geboden door 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 de 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”.

VORMVEREISTEN

4. Artikel 3, 4°, heeft betrekking op gegevensuitwisseling tussen de RSZ en het VAPH en artikel 8 (ontworpen artikel 12, § 3) heeft betrekking op de registratie door de budgethouders van identificatiegegevens. Deze bepalingen betreffen derhalve de verwerking van persoonsgegevens.

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.

‡LW-CBKUNGGF-GIAJCVT‡

Uit het dossier blijkt niet dat aan deze vormvereiste is voldaan. 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 Toezichtscommissie niet zou volstaan.

ALGEMENE OPMERKING

5. Overeenkomstig artikel 17 van het ontwerp wordt aan de artikelen 3, 4°, en 6 terugwerkende kracht verleend tot respectievelijk 1 januari 2019 en 1 januari 2018. 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.

Wat betreft artikel 3, 4°, van het ontwerp kan worden aangenomen dat met terugwerkende kracht kan 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 persoonlijke assistenten die ze met een arbeidsovereenkomst hadden aangeworven.

Wat betreft artikel 6 van het ontwerp blijkt uit de nota aan de leden van de Vlaamse Regering dat de overgang van het werkkapitaal naar een terugvorderbaar voorschot in de feiten al sinds 1 januari 2018 werd geïmplementeerd, zonder dat de regeling inzake het PAB daaraan was aangepast:

> "Deze regeling werd bij de implementatie van persoonsvolgenden financiering met ingang van 1 januari 2018 in de praktijk aangepast om PAB regeling (…) af te stemmen op de regel[i]ng voor een persoonsvolgend budget en omdat werd vastgesteld dat het concept werkkapitaal voor budgethouders niet altijd zo duidelijk was.
>
> In de praktijk werd bijgevolg bovenop het PAB een werkkapitaal van 5/12 van het PAB gestort op de PAB-rekening van de persoon met een handicap dit naar analogie met het terugvorderbaar voorschot. Als het PAB omwille van een combinatie van ondersteuning met andere zorgvormen werd verminderd werd het terugvorderbaar voorschot in min aangepast. De budgethouder kon daarnaast kosten indienen bij het VAPH ten bedrage van zijn het bedrag van zijn PAB. Bij stopzetting van het PAB diende het werkkapitaal teruggestort te worden. Met artikel 6 van het ontwerpbesluit wordt artikel 11/1 aangepast aan deze gewijzigde praktijk."

Ook al bestaat in dit geval geen bezwaar tegen de regularisatie van deze voor de budgethouders voordelige regeling, toch moet de Raad van State erop wijzen dat het procedé waarbij een regeling onmiddellijk wordt toegepast zonder de totstandkoming van de

[2] Zie 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.

‡LW-CBKUNGGF-GIAJCVT‡

noodzakelijke decretale of reglementaire basis af te wachten, en aan die laatste dan, wanneer zij uiteindelijk tot stand komt, terugwerkende kracht te verlenen voor zoveel tijd als nodig is om de reeds gangbare praktijk te bevestigen, in beginsel ontoelaatbaar is. Dit is vooreerst het geval, omdat het afwijkt van de normale regels die moeten worden gevolgd bij de totstandkoming van reglementaire bepalingen en het die regels dreigt uit te hollen, ten tweede, omdat het de beslissingsbevoegdheid van de Vlaamse Regering feitelijk aan banden legt, ten derde, omdat niet vaststaat dat die gangbare praktijk voor de betrokkenen kenbaar is zoals dat het geval is voor formele rechtsregels en, ten slotte, omdat het gevolgde procedé een bron van rechtsonzekerheid is voor de bestemmelingen van de betrokken normen.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Aanhef

6. In de rubriek "Rechtsgronden" van de aanhef moet ook nog melding worden gemaakt van artikel 11, vierde lid, van het decreet van 7 mei 2004.

Artikel 3

7. De verwijzing in het ontworpen artikel 9, § 4, van het besluit van de Vlaamse Regering van 15 december 2000 (artikel 3, 4°, van het ontwerp) naar de eindejaarspremie "[die] is vastgesteld binnen het paritair comité 337" is onduidelijk en dus rechtsonzeker. Aangezien de eindejaarspremie formeel is vastgelegd in cao's, is het raadzaam om daarnaar te verwijzen.[3]

Artikel 7

8. In het ontworpen artikel 11/1, § 1, tweede lid, van het besluit van de Vlaamse Regering van 15 december 2000 (artikel 7 van het ontwerp) schrijve men "drie twaalfden" in plaats van "vijf twaalfden".

DE GRIFFIER DE VOORZITTER

Astrid TRUYENS Jo BAERT

[3] Zie de in voetnoot 1 vermelde cao's.

‡LW-CBKUNGGF-GIAJCVT‡