

KONINKRIJK BELGIË  
-----

ADVIES 48.526/1/V  
VAN 3 AUGUSTUS 2010

VAN DE AFDELING WETGEVING  
VAN DE RAAD VAN STATE  
-----

De RAAD VAN STATE, afdeling Wetgeving, eerste vakantiekamer, op 12 juli 2010 door de Leden van het Verenigd College bevoegd voor het beleid inzake Bijstand aan personen verzocht hun, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een ontwerp van besluit van het Verenigd College "[dat] het besluit van het Verenigd College wijzigt van 3 december 2009 tot vaststelling van de erkenningsnormen waaraan de voorzieningen voor opvang of huisvesting van bejaarden moeten voldoen alsmede tot nadere omschrijving van de groepering en de fusie en de bijzondere normen waaraan deze moeten voldoen", heeft het volgende advies gegeven:

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 voorgeschreven vormvereisten is voldaan.

\*

\*   \*

### STREKKING EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

1. Het om advies voorgelegde ontwerp strekt tot het vervangen van de artikelen 99 en 123 van het besluit van het Verenigd College van 3 december 2009 tot vaststelling van de erkenningsnormen waaraan de voorzieningen voor opvang of huisvesting van bejaarde personen moeten voldoen alsmede tot nadere omschrijving van de groepering en de fusie en de bijzondere normen waaraan deze moeten voldoen. De betrokken artikelen regelen de kwalificatievereisten waaraan moet worden voldaan door de directeurs van service-residenties en residentiële gebouwen die diensten aanbieden zoals bedoeld in artikel 2, 4/, b), van de ordonnantie van 24 april 2008 betreffende de voorzieningen voor opvang of huisvesting van bejaarde personen.

Het ontworpen besluit beoogt de regeling inzake de voornoemde kwalificatievereisten in overeenstemming te brengen met richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt, hierna "dienstenrichtlijn" genoemd.

Aan de ontworpen regeling wordt uitwerking gegeven met ingang van 1 januari 2010.

2. Het ontwerp vindt rechtsgrond in artikel 11, § 1, vierde lid, van de ordonnantie van 24 april 2008, gelezen in samenhang met artikel 11, § 1, vijfde lid, 6/, van dezelfde ordonnantie.

Artikel 11, § 1, vierde lid, van de voornoemde ordonnantie machtigt het Verenigd College om, na advies van de afdeling instellingen en diensten voor bejaarden

.../...

van de Adviesraad voor Gezondheids- en Welzijnszorg van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie, erkenningsnormen op te leggen voor iedere categorie van voorzieningen bedoeld in artikel 2, 4/, van de ordonnantie.

Luidens artikel 11, § 1, vijfde lid, 6/, van dezelfde ordonnantie hebben de normen betrekking op "het aantal, de kwalificatie, het opleidingsplan, de moraliteit en de minimale aanwezigheidsvereisten voor het personeel en de directie en, voor wat die laatste betreft, de vereiste ervaringsvoorwaarden".

### VORMVEREISTEN

Uit de aan de Raad van State meegedeelde documenten blijkt - en door de gemachtigde werd bevestigd - dat de afdeling instellingen en diensten voor bejaarden van de Adviesraad voor Gezondheids- en Welzijnszorg van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie op 20 april 2010 om 8.30 uur een eerste maal heeft vergaderd om over de ontworpen regeling te adviseren, maar dat het door het huishoudelijk reglement van de Adviesraad voorgeschreven aanwezigheidsquorum niet was bereikt.

Nog op dezelfde dag vond om 9 uur een tweede vergadering van de afdeling plaats tijdens welke een advies over de ontworpen regeling werd uitgebracht zonder dat nog aan een aanwezigheidsquorum diende te worden voldaan. De gemachtigde verwees wat dat betreft naar de in het huishoudelijk reglement van de Adviesraad voor Gezondheids- en Welzijnszorg uitgewerkte regeling volgens welke de afdelingen geen advies kunnen uitbrengen indien niet de helft van de leden de presentielijst heeft ondertekend en de leden in dat geval voor een nieuwe vergadering worden uitgenodigd die binnen acht werkdagen moet plaatsvinden. Tijdens die tweede vergadering wordt over de punten die voor de tweede keer op de agenda staan dan een beslissing genomen ongeacht het aantal aanwezige leden <sup>(1)</sup>.

De aan de Raad van State meegedeelde documenten doen ervan blijken dat de leden van de betrokken afdeling met twee afzonderlijke brieven die evenwel dezelfde datum hebben, namelijk 31 maart 2010, werden uitgenodigd voor respectievelijk een

---

<sup>(1)</sup> Zie het huishoudelijk reglement zoals op 9 november 1993 door het Verenigd College vastgesteld, onder 1.3.

vergadering op 20 april 2010 om 8.30 uur en voor een vergadering met eenzelfde agenda om 9 uur op dezelfde dag ingeval tijdens de eerste vergadering, om 8.30 uur, niet het vereiste aanwezigheidsquorum zou worden bereikt.

Vastgesteld moet worden dat de aldus beschreven handelwijze erop neerkomt dat de regeling die inzake het aanwezigheidsquorum is voorgeschreven in het huishoudelijk reglement van de Adviesraad zinledig wordt gemaakt aangezien er hoe dan ook door de betrokken afdeling op dezelfde dag wordt geadviseerd, los van de in het huishoudelijk reglement vereiste aanwezigheid van de helft van de leden. De in het huishoudelijk reglement opgenomen regeling impliceert immers dat een nieuwe en latere uitnodiging tot de leden van de afdeling wordt gericht voor een tweede vergadering nadat is vastgesteld dat tijdens de eerste vergadering niet werd voldaan aan het aanwezigheidsquorum <sup>(2)</sup>.

Uit wat voorafgaat volgt dat het advies van de afdeling instellingen en diensten voor bejaarden van de Adviesraad voor Gezondheids- en Welzijnszorg van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie, dat wordt voorgeschreven door artikel 11, § 1, vierde lid, van de ordonnantie van 24 april 2008 en waarnaar wordt verwezen in het derde lid van de aanhef van het ontwerp, niet op regelmatige wijze werd uitgebracht. Het betrokken advies dient derhalve opnieuw en met inachtneming van de geldende procedurevoorschriften te worden ingewonnen.

### ALGEMENE OPMERKINGEN

1.1. De ontworpen regeling heeft uitsluitend betrekking op de vaststelling van kwalificatievereisten waaraan dient te worden voldaan door directeurs van service-residenties en residentiële gebouwen. Het besluit van 3 december 2009 bevat evenwel kwalificatievereisten ten aanzien van directeurs van diverse andere soorten van voorzieningen voor opvang of huisvesting van bejaarden, zoals rusthuizen en rust- en verzorgingstehuizen. Naar het zeggen van de gemachtigde worden de kwalificatievereisten ten aanzien van de directeurs van deze laatste categorieën van voorzieningen door het ontwerp niet gewijzigd omdat ervan wordt uitgegaan dat het

---

<sup>(2)</sup> Vgl. met o.m. R.v.St., Westgeest, nr. 87.881 van 7 juni 2000; Pessemier en cons., nr. 190.337 van 10 februari 2009.

voorzieningen betreft die vallen te beschouwen als diensten van de gezondheidszorg die op grond van artikel 2, lid 2, f), van de dienstenrichtlijn zijn uitgesloten van het toepassingsgebied ervan. Het zou daarbij immers gaan om voorzieningen die personeel in dienst hebben dat bestaat uit gezondheidszorgbeoefenaars en om voorzieningen die worden gefinancierd met tussenkomst van het Rijksinstituut voor ziekte- en invaliditeitsverzekering.

1.2. Het is de vraag of het onderscheid waarvan de stellers van het ontwerp uitgaan, wat de toepasselijkheid van de dienstenrichtlijn betreft, in overeenstemming is met deze laatste en of dat onderscheid niet te weinig genuanceerd is. In dat verband kan worden verwezen naar advies 45.609/AG dat de Raad van State, afdeling Wetgeving, op 3 februari 2009 uitbracht over een voorontwerp van decreet van het Waalse Gewest "relatif à l'hébergement et à l'accueil des personnes âgées" <sup>(3)</sup>. In dat advies werd onder meer het volgende opgemerkt:

"3.2. Toepassing van het primair of afgeleid Europees recht en het begrip «diensten»

Allereerst: zou ervan uitgegaan kunnen worden dat de instellingen waarop het voorontwerp van decreet betrekking heeft, gewoon geen diensten zijn, noch in de zin van artikel 4, 1), van richtlijn 2006/123/EG, noch in de zin van artikel 50 van het EG-Verdrag? Als ze geen diensten in die zin zijn, dan zouden ze uit het oogpunt van de vrijheid van vestiging en van het vrije verkeer van diensten niet onder het Europese recht vallen, noch onder het primaire, noch onder het afgeleide.

Daarbij moet het begrip diensten worden verstaan in de zin van artikel 50 EG en overeenkomstig de rechtspraak van het Hof van Justitie <sup>(4)</sup>: een dienst is dus een economische activiteit, anders dan in loondienst, in het kader waarvan een vergoeding wordt betaald als economische tegenprestatie voor de verleende diensten. Dat kenmerk is niet voorhanden bij activiteiten die door of in opdracht van de Staat zonder economische tegenprestatie worden verricht in het kader van zijn taken op sociaal, cultureel, opvoedkundig en justitieel gebied, zoals cursussen die worden gegeven in het kader van het nationale onderwijsstelsel of het beheer van sociaalezekerheidsstelsels, die geen economische activiteit behelzen.

Zo heeft het Hof van Justitie in 1988 in zijn arrest-Humbel geoordeeld dat educatieve diensten die worden verstrekt in het kader van het nationale onderwijsstelsel niet van economische aard zijn <sup>(5)</sup>. Het Hof heeft zijn redenering op twee motieven gesteund: enerzijds de omstandigheid dat de overheid die onderwijs organiseert niet de bedoeling heeft diensten te leveren tegen vergoeding,

---

<sup>(3)</sup> *Parl. St., W. Parl.*, 2008-2009, nr. 971/1, 27-47. De Nederlandse tekst van het advies is een officieuze, door de Raad van State gemaakte vertaling.

<sup>(4)</sup> *Voetnoot 10 uit advies 45.609/AG*: Zie artikel 4, 1), en vooral overweging (34) van richtlijn 2006/123/EG.

<sup>(5)</sup> *Voetnoot 11 uit advies 45.609/AG*: HvJ, arrest van 27 september 1988, Humbel, zaak C-263/86, §§ 18-19.

maar gewoon haar sociale, culturele en opvoedkundige taken vervult; anderzijds wordt het nationale onderwijsstelsel in de regel gefinancierd uit de staatskas en niet door de leerlingen of hun ouders <sup>(6)</sup>. Met betrekking tot onderwijsopleidingen die tegen vergoeding door particulieren worden gegeven, heeft het Hof daarentegen in dezen geoordeeld dat er wel degelijk sprake was van een economische activiteit die als een dienst in de zin van het Verdrag kan worden gekwalificeerd <sup>(7)</sup>.

Bovendien heeft het Hof in verband met medische zorg ook geoordeeld dat tegen vergoeding verleende medische zorg binnen de werkingssfeer valt van de bepalingen van het Verdrag betreffende het vrije verkeer van diensten <sup>(8)</sup>. Daarbij is niet relevant hoe, in welke omstandigheden, volgens welk socialezekerheidsstelsel, of de patiënt ook een deel van de kosten moet betalen dan wel of die kosten volledig door de overheid of de sociale zekerheid gedragen worden: zodra voor die zorg betaald wordt, zelfs door de overheid, vormt het verlenen van gezondheidszorg een dienst waarvoor de internemarktregels gelden <sup>(9)</sup>.

- 
- <sup>(6)</sup> *Voetnoot 12 uit advies 45.609/AG:* In verband met de educatieve diensten die in het kader van het nationale onderwijsstelsel worden verstrekt, heeft het Hof van Justitie immers geconcludeerd dat het inschrijvingsgeld of schoolgeld dat de leerlingen of de ouders soms moeten betalen op zich geen vergoeding is, wanneer het systeem hoofdzakelijk met overheidsmiddelen wordt gefinancierd (HvJ, arrest van 7 december 1993, Wirth, zaak C-109/92).
- <sup>(7)</sup> *Voetnoot 13 uit advies 45.609/AG:* HvJ, arrest van 7 december 1993, Wirth, zaak C-109/92, § 17; HvJ, arrest van 13 november 2003, Neri, zaak C-153/02, § 39.
- <sup>(8)</sup> *Voetnoot 14 uit advies 45.609/AG:* Zie in het bijzonder: HvJ, arrest van 13 mei 2003, Muller Fauré, zaak C-385/99, punt 103; HvJ, arrest van 12 juli 2001, Geraets - Smits en Peerboom, zaak C-157/99, punten 53-56; HvJ, arrest van 28 april 1998, Kohll, zaak C-158/96, punten 16-21.  
Voor de rechtsleer zie onder meer: G. DAVIES, "The Community's internal market - based competence to regulate health care: scope, strategies and consequences", MJ 2007, 215-238; F. VAN OVERMEIREN, "De dienstenrichtlijn en gezondheidszorg: de gevolgen van de interne markt zwart op wit", RDS, 2006, 172-217; Y. JORENS, "Het voorstel "Bolkestein-richtlijn": een gevaar voor het Belgisch sociaal recht?", RDS, 1996, 26-63.
- <sup>(9)</sup> *Voetnoot 15 uit advies 45.609/AG:* Zie in dat verband R. BAETEN en H. VERSCHUEREN, "Gezondheidszorg binnen de Europese interne markt. Is er nog ruimte voor solidariteit?", in M. SANTENS (Ed.), Een rechtvaardige gezondheidszorg, Brugge, die Keure, 2008, blz. 212 (en aangehaalde verwijzingen).  
Volgens die auteurs blijft vooral de vraag of zorgvoorzieningen die zuiver publiek zijn en rechtstreeks door de overheid worden aangeboden als diensten in de zin van het Verdrag beschouwd kunnen worden. In dat verband denken sommigen de volgende rode draad terug te vinden in de rechtspraak van het Hof van Justitie: "De uitsluiting van niet-economische diensten van algemeen belang van de werkingssfeer van de Richtlijn (en het vrij verkeer van diensten als zodanig) (heeft) eigenlijk alleen zin (...) wanneer deze overheidstaak voorbehouden wordt aan de overheid en deze de uitvoering verzorgt, of dat in een kader van een wettelijk stelsel de uitvoering van de taak wordt uitbesteed door middel van exclusieve of bijzondere rechten. Op het moment dat de taak niet exclusief is toebedeeld en de uitvoerende entiteit tevens commerciële activiteiten gaat verrichten, wordt de Richtlijn van toepassing op de tot dan toe voorbehouden overheidstaak" (J.W. VAN DE GRONDEN, "Bestaat er een coherente visie op de verhouding tussen diensten van algemeen economisch belang, de Dienstenrichtlijn en andere communautaire regelingen?", SEW, 2007, 396).

Wat de sociale diensten betreft, is de rechtspraak van het Hof van Justitie vrij beperkt. Wel kan worden verwezen naar het reeds genoemde arrest-Sodemare <sup>(10)</sup>, waarin het Hof aanvaard heeft om de grief van een vennootschap naar Luxemburgs recht die in Italië bejaardentehuizen exploiteert, maar geen recht op overheidssubsidie heeft omdat ze een winstoogmerk heeft, uit het oogpunt van de vrijheid van vestiging te behandelen.

In een recent arrest van het Hof van Justitie van de EVA is eveneens geoordeeld dat kinderopvangdiensten, die door de overheid erkend en gesubsidieerd worden, geen economische diensten zijn, zelfs als ze geleid worden door privé-ondernemingen met een winstoogmerk <sup>(11)</sup>.

Met toepassing van artikel 2, lid 2, a), van richtlijn 2006/123/EG worden de «niet-economische diensten van algemeen belang» - namelijk activiteiten die door of namens de overheid zonder economische tegenprestatie worden verricht in het kader van haar sociale, culturele, opvoedkundige en justitiële taken <sup>(12)</sup> - bovendien uitdrukkelijk van de werkingssfeer van de richtlijn uitgesloten. Om de redenen die zojuist zijn opgesomd, zijn het in werkelijkheid evenmin «diensten» in de zin van het EG-Verdrag <sup>(13)</sup>.

Kortom: zelfs ofschoon de steller van het voorontwerp van decreet zich lijkt te kunnen bewegen in een nauwelijks afgebakende schemerzone, kan moeilijk geoordeeld worden dat alle instellingen waarop het voorontwerp van decreet betrekking heeft, geacht kunnen worden volledig buiten de werkingssfeer van richtlijn 2006/123/EG te vallen omdat ze geen «diensten» in de zin van artikel 50 EG en richtlijn 2006/123/EG zouden zijn. Dat lijkt onder meer niet het

---

<sup>(10)</sup> Voetnoot 16 uit advies 45.609/AG: Zie voetnoot 6.

<sup>(11)</sup> Voetnoot 17 uit advies 45.609/AG: Arrest van het Hof van Justitie van de EVA van 21 februari 2008, Private Barnehagers Landsforbund, zaak E-5/07, punten 78-83. De rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen inzake onderwijs is aldus in zekere zin getransponeerd naar de sector van de kinderopvang. In het onderhavige geval heeft het Hof van Justitie van de EVA zich op de volgende gegevens gebaseerd om te oordelen dat er geen economische tegenprestatie is: 80 pct van de kosten wordt gedragen door de overheid; er is geen verband tussen de werkelijke kostprijs van de dienst en de bijdrage die door de ouders wordt betaald; de lokale overheid is wettelijk verplicht in voldoende opvangplaatsen te voorzien; de diensten voor kinderopvang vervullen een belangrijke sociale, culturele, opvoedkundige en pedagogische rol.

<sup>(12)</sup> Voetnoot 18 uit advies 45.609/AG: Zie de overwegingen 17, 34, 70 en 72 van de richtlijn.

<sup>(13)</sup> Voetnoot 19 uit advies 45.609/AG: De diensten van algemeen economisch belang "daarentegen vallen wel onder richtlijn 2006/123/EG, maar voor die diensten bestaat er deels een specifieke regeling (artikelen 15, lid 4, en 17, lid 1).

geval te zijn met instellingen uit de privaat-commerciële sector die, afhankelijk van het beschouwde soort instelling, tot maximaal 30 tot 50 pct van het «dienstenaanbod» kunnen vertegenwoordigen.

In het licht van de rechtspraak die hierboven is aangehaald, kan men zich in dat verband niet baseren op het feit dat al die instellingen erkend en voornamelijk gesubsidieerd worden door de overheid <sup>(14)</sup>.

Uiteindelijk kan alleen als elke soort betrokken instelling en de verstrekkingen die ze aanbiedt geval voor geval ontleed worden, uit het oogpunt van de jurisprudentie van het Hof van Justitie, in verband waarmee echter in gedachten moet worden gehouden dat ze voornamelijk tot stand is gekomen in andere sectoren van activiteit dan die genoemd in het voorontwerp van decreet, geconcludeerd worden dat die soort instelling een «dienst» is of niet. Aangezien het voorontwerp van decreet echter één enkele regeling instelt voor alle instellingen waarop het betrekking heeft, moeten de bepalingen van het voorontwerp in elk geval worden getoetst aan de eisen van richtlijn 2006/123/EG, al was het maar voor de instellingen waarvan niet kan worden betwist dat het gaat om «diensten» in de zin van de richtlijn.

### 3.3. Toepassing van één van de uitsluitingsgronden voorgeschreven bij richtlijn 2006/123/EG

3.3.1. Voor zover de instellingen waarop het voorontwerp van decreet betrekking heeft, op zijn minst gedeeltelijk beschouwd moeten worden als «diensten», moet er rekening mee worden gehouden dat artikel 2, lid 2, van de richtlijn in verschillende uitsluitingsgronden voorziet waardoor de diensten waarop die uitsluitingen betrekking hebben, buiten de werkingssfeer van de richtlijn vallen. Wat die uitsluitingen betreft, heeft de gemachtigde van de minister in zijn antwoord uitdrukkelijk verwezen naar die vermeld in artikel 2, lid 2, f) en j), van de richtlijn <sup>(15)</sup>.

---

<sup>(14)</sup> Voetnoot 20 uit advies 45.609/AG: Daarbij valt op te merken dat het voorontwerp van decreet niet voorziet in een subsidieregeling voor de instellingen die het voorontwerp wil reglementeren, dat het decreet van 7 november 2007 betreffende de subsidies voor investeringen in inrichtingen voor de opvang van bejaarde personen slechts voor een deel van die instellingen geldt (namelijk, voor lagere overheden, stichtingen of verenigingen zonder winstoogmerk - artikel 2, 5/, van het decreet) en dat de instellingen, met toepassing van de bepalingen van het voorontwerp van decreet, hoe dan ook alleen kunnen werken als ze een "werkingsvergunning" (titre de fonctionnement) en in voorkomend geval "beginseltoestemming" (accord de principe) hebben gekregen, ongeacht of ze gesubsidieerd worden.

<sup>(15)</sup> Voetnoot 21 uit advies 45.609/AG: Artikel 2, lid 2, f), heeft betrekking op de diensten van de gezondheidszorg in hun geheel, terwijl artikel 2, lid 2, j), alleen slaat op een aantal sociale diensten (een "harde kern" ervan), die zo gedefinieerd zijn dat te uiteenlopende uitleggingen door de lidstaten voorkomen kunnen worden (zie in dat verband: commissaris McGreevy, "Statement on the Revised Proposal for the Services Directive", European Parliament, Plenary Session 4 April 2006, SPEECH/06/220 - gewijzigd voorstel van richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende diensten op de interne markt, COM/2006/160 def. - Zie ook: B. VAN ORMELINGEN, "le domaine de la directive 2006/123/CE relative aux services dans le marché intérieur", Ann. dr. Louvain, 2007, 307-373).

Daarbij valt eerst en vooral op te merken dat, overeenkomstig de rechtspraak van het Hof van Justitie<sup>(16)</sup>, uitzonderingen op regels die vervat zijn in een «horizontale» richtlijn die tot doel heeft de werkzaamheid van de door het EG-Verdrag erkende rechten te waarborgen, strikt moeten worden uitgelegd. De twee uitzonderingen die de gemachtigde van de minister heeft genoemd, hebben echter niet tot gevolg dat hele «sectoren» worden uitgesloten van de werkingssfeer van de richtlijn, maar wel bepaalde, afgebakende «dienstenactiviteiten». In het onderhavige geval zou een instelling waarop het voorontwerp van decreet betrekking heeft, in aanmerking kunnen komen voor één van die uitsluitingen voor een deel van haar activiteiten, als «dienst van de gezondheidszorg» of als «sociale dienst», terwijl ze voor andere activiteiten wel onder de richtlijn zou blijven vallen. Bijgevolg zal voor elke dienstenactiviteit van een instelling concreet moeten worden onderzocht of die activiteit al dan niet kan wettigen dat ze van de werkingssfeer van de richtlijn wordt uitgesloten.

Dat is de achtergrond waartegen de twee uitsluitingsgronden die door de gemachtigde van de minister worden vermeld, hierna worden onderzocht.

3.3.2. Bij artikel 2, lid 2, f), van richtlijn 2006/123/EG worden de volgende diensten van de werkingssfeer van die richtlijn uitgesloten: «diensten van de gezondheidszorg, al dan niet verleend door gezondheidszorgfaciliteiten en ongeacht de wijze waarop zij op nationaal niveau zijn georganiseerd en worden gefinancierd en ongeacht de vraag of de diensten openbaar of particulier van aard zijn». Luidens overweging (22) van richtlijn 2006/123/EG omvat die uitsluiting «medische en farmaceutische diensten die mensen werkzaam in de gezondheidszorg aan patiënten verlenen om hun gezondheid te beoordelen, te bewaren of te verbeteren». In het Handboek voor de implementatie van de dienstenrichtlijn staat dat die uitsluiting<sup>(17)</sup>

«geen betrekking (heeft) op activiteiten die niet zijn bedoeld om de gezondheidstoestand van patiënten te beoordelen, te handhaven of te verbeteren. Zo vallen bijvoorbeeld wellness- of ontspanningsactiviteiten die zijn bedoeld om het welbevinden te vergroten of ontspanning te bieden, waaronder sport- of fitnessclubs, onder de Dienstenrichtlijn en moeten zij ook onder de implementatiemaatregelen vallen. Verder heeft de uitsluiting van gezondheidsdiensten alleen betrekking op activiteiten die in de lidstaat waar de dienst wordt verricht, zijn voorbehouden aan beoefenaren van gereguleerde beroepen in de gezondheidszorg [namelijk, overeenkomstig artikel 4, 11/, van de richtlijn, een beroepsactiviteit of een geheel van beroepsactiviteiten als bedoeld in artikel 3, lid 1, onder a), van richtlijn 2005/36/EG van het Europees Parlement en van de Raad van 7 september 2005 betreffende de erkenning van beroepskwalificaties]. Diensten die kunnen worden verricht zonder dat een specifieke beroepskwalificatie vereist is, moeten dus onder de implementatiemaatregelen vallen».

---

<sup>(16)</sup> Voetnoot 22 uit advies 45.609/AG: Zie, inzonderheid, HvJ, arrest van 18 mei 1996 Commissie tegen Italië, zaak C-57/94.

<sup>(17)</sup> Voetnoot 23 uit advies 45.609/AG: Handboek - Dienstenrichtlijn, blz. 12.

Gelet op wat voorafgaat, kan weliswaar ervan uitgegaan worden dat de rust- en verzorgingstehuizen, zoals die in artikel 2, 3/, b), van het voorontwerp van decreet gedefinieerd worden, krachtens de uitzondering vervat in artikel 2, lid 2, f), van richtlijn 2006/123/EG werkelijk buiten de werkingssfeer van die richtlijn vallen, maar dat lijkt, gelet op de restrictieve aard van die definitie, niet noodzakelijk op te gaan voor andere categorieën van instellingen waarop het voorliggende voorontwerp betrekking heeft en die onder het begrip «bejaardeninstellingen» (établissements pour personnes âgées) vallen in de zin van artikel 2, 3/, van het voorontwerp van decreet. Daarbij lijkt het loutere feit dat in de tekst van het voorontwerp wordt vermeld dat in sommige van die instellingen zo nodig «verpleegkundige of paramedische zorg» (soins infirmiers ou paramédicaux) of «sociale en therapeutische opvang» (une prise en charge thérapeutique et sociale) zal worden verleend of gewaarborgd, in het licht van richtlijn 2006/123/EG ontoereikend om die instellingen zonder meer te beschouwen als «diensten van de gezondheidszorg» in de zin van artikel 2, lid 2, f), van de richtlijn <sup>(18)</sup>.

Dat lijkt zeker te gelden voor «wooncomplexen voor bejaarden» (complexes résidentiels pour personnes âgées) in de zin van artikel 2, 4/, van het voorontwerp van decreet, ten aanzien waarvan geen enkele allusie wordt gemaakt op het verlenen van gezondheidszorg of een eventuele therapeutische en sociale opvang.

3.3.3. Luidens artikel 2, lid 2, j), van richtlijn 2006/123/EG is die richtlijn niet van toepassing op «sociale diensten betreffende sociale huisvesting, kinderopvang en ondersteuning van gezinnen of personen in permanente of tijdelijke nood, die worden verleend door de staat, door dienstverrichters die hiervoor een opdracht hebben of een mandaat gekregen van de staat, of door liefdadigheidsinstellingen die als zodanig door de staat zijn erkend». In de Handleiding voor de implementatie van de dienstenrichtlijn staat:

---

<sup>(18)</sup> Voetnoot 24 uit advies 45.609/AG: Voorts valt op te merken dat in overweging (33) van de richtlijn eerst gewezen wordt op het feit dat de diensten waarop deze richtlijn betrekking heeft, zeer diverse, voortdurend veranderende activiteiten betreffen, en daarna het volgende wordt vermeld: "... Voorts vallen hieronder consumentendiensten, bijvoorbeeld (...), en, voor zover zij niet van de werkingssfeer van de richtlijn zijn uitgesloten, thuiszorg, zoals hulp aan ouderen. Het kan zowel gaan om diensten waarvoor de dienstverrichter en de afnemer zich in elkaars nabijheid dienen te bevinden als om diensten waarvoor de dienstverrichter of de afnemer zich moet verplaatsen of die op afstand kunnen worden verricht (...)". Dat lijkt net het geval te zijn met de «dagopvangcentra» (centres d'accueil de jour) en de «avond- en/of nachtopvangcentra» (centres d'accueil de soirée et/ou de nuit) en de loutere omstandigheid dat in het voorontwerp van decreet (artikel 2, 3/, d) en e)) wordt verduidelijkt dat die centra zo nodig een «therapeutische en sociale opvang» moeten kunnen verlenen, lijkt niet voldoende om ze te kunnen beschouwen als «diensten van de gezondheidszorg» in de zin van artikel 2, lid 2, f), van de richtlijn.

«Onder het begrip "liefdadigheidsinstellingen die als zodanig door de staat zijn erkend" vallen ook kerken en kerkelijke organisaties die liefdadigheids- en onbaatzuchtige doelen nastreven. Op grond van de formulering van deze uitsluiting en de toelichting in overweging 27 [van de richtlijn] is duidelijk dat dergelijke diensten niet worden uitgesloten als zij worden verricht door andere soorten dienstverrichters, zoals particuliere marktdeelnemers die zonder opdracht van de staat opereren. Zo worden kinderopvang die wordt verstrekt door particuliere kinderopvangsters of andere diensten voor kinderopvang (waaronder zomerkampen) die worden verricht door particuliere marktdeelnemers, niet van de werkingssfeer van de Dienstenrichtlijn uitgesloten. Ook sociale diensten voor ondersteuning van gezinnen of personen die vanwege een ontoereikend gezinsinkomen of een volledig of gedeeltelijk gebrek aan zelfstandigheid in permanente of tijdelijke nood verkeren, en van personen die in achterstandssituaties dreigen te geraken (waaronder diensten voor ouderenzorg of voor werklozen), zijn alleen uitgesloten van de werkingssfeer van de Dienstenrichtlijn wanneer zij worden verricht door een van bovengenoemde dienstverrichters (te weten de staat zelf, door de staat gemachtigde dienstverrichters of door als zodanig door de staat erkende liefdadigheidsinstellingen). Particuliere thuiszorgdiensten worden dus bijvoorbeeld niet van de Dienstenrichtlijn uitgesloten en moeten onder de implementatiemaatregelen vallen».<sup>(19)</sup>

Richtlijn 2006/123/EG is dus niet van toepassing op bejaardeninstellingen die rechtstreeks georganiseerd worden door de overheid of door instellingen die als liefdadigheidsinstellingen in de zin van richtlijn 2006/123/EG kunnen worden beschouwd.

Kan ervan uitgegaan worden dat de andere instellingen, in het bijzonder die met een winstoogmerk, door het loutere feit dat ze vóór de exploitatie een «werkingsvergunning» moeten verkrijgen, «dienstverrichters zijn die een opdracht hebben of een mandaat hebben gekregen van de staat», in de zin van artikel 2, lid 2, j), van richtlijn 2006/123/EG? Die uitlegging lijkt *a priori* moeilijk staande te houden, omdat ze tot een uitholling van de richtlijn zou leiden, aangezien de richtlijn juist hoofdzakelijk tot doel heeft de staten ertoe te bewegen de erkenningsregelingen tot het strikt noodzakelijke te beperken<sup>(20)</sup>.

Het begrip opdracht/mandaat is bovendien niet gedefinieerd in richtlijn 2006/123/EG. In het voormelde fragment uit het Handboek voor de implementatie van de dienstenrichtlijn staat alleen dat het begrip voor de

---

<sup>(19)</sup> Voetnoot 25 uit advies 45.609/AG: Handboek Dienstenrichtlijn, blz. 13.

<sup>(20)</sup> Voetnoot 26 uit advies 45.609/AG: Zie inzonderheid overwegingen (42) en (43) van de richtlijn.

beschouwde dienstverrichter de verplichting inhoudt om de dienst in kwestie te verlenen<sup>(21)</sup>.

---

<sup>(21)</sup> Voetnoot 27 uit advies 45.609/AG: Handboek Dienstenrichtlijn, blz. 13.  
Dat begrip is echter wel verduidelijkt naar aanleiding van een parlementaire vraag van europarlements lid Harlem Desir aan de Europese Commissie. De schriftelijke vraag luidde als volgt:  
"In het kader van de omzetting door de lidstaten van de richtlijn betreffende diensten op de interne markt (2006/123/EG) rijst het probleem van de modaliteiten voor de uitsluiting van sociale diensten geleverd door dienstverleners die hiervoor de opdracht of een mandaat hebben gekregen van de staat (artikel 2, lid 2, letter j)). De term "opdracht/mandaat", die al voorkomt in het communautaire mededingingsrecht inzake diensten van algemeen economisch belang, wordt hier voor de eerste keer opgenomen in een tekst over de interne markt zonder dat de draagwijdte of de concrete modaliteiten van deze term in het nationale recht worden gepreciseerd. Enkel in de handleiding voor de omzetting van de dienstenrichtlijn is sprake van "de verplichting de desbetreffende sociale diensten te verlenen", maar dit document dient louter als informatie en heeft geen juridische waarde.  
Moet de betekenis van de term "opdracht/mandaat" in het internemarktrecht gelijkgesteld worden met de betekenis van deze term zoals hij gebruikt wordt in het mededingingsrecht inzake diensten van algemeen economisch belang en zoals hij onlangs duidelijker is afgebakend door het BUPA-arrest (T-289/03)?  
Moet een dergelijk(e) opdracht/mandaat bekrachtigd worden door een officieel besluit van de staat, zoals dat het geval is in het communautaire mededingingsrecht? Kan een contractuele verplichting van een dienstenverlener tegenover een openbare instantie in het kader van een openbare aanbesteding, een concessie of een subsidieovereenkomst beschouwd worden als een opdracht/mandaat in de zin van artikel 2, lid 2, letter j)?  
Onder andere in Frankrijk voorziet het nationale rechtskader voor bepaalde sociale diensten niet in een uitdrukkelijke opdracht of een uitdrukkelijk mandaat voor dienstverleners, noch in de verplichting de desbetreffende sociale diensten te verlenen, en bestempelt het deze diensten niet expliciet als diensten van algemeen economisch belang. Kunnen de bepalingen van artikel 2, lid 2, letter j), van artikel 15, lid 4, en van artikel 17, lid 1, opgenomen worden in dergelijke nationale rechtskaders? Indien dit niet mogelijk is, bestaat het gevaar dat heel wat sociale diensten binnen de werkingssfeer van de dienstenrichtlijn zullen vallen, hoewel het Europees Parlement ze ervan heeft uitgesloten" (Schriftelijke vraag P-1609/08 van 13 maart 2008, <http://www.europarl.europa.eu>)  
De Europese commissaris Mc Creevy heeft namens de Commissie het volgende geantwoord:  
"La notion de «prestataires mandatés par l'État» qui figure à l'article 2, paragraphe 2, point j) de la directive services est à distinguer de celle d'entreprise chargée de la gestion d'un service d'intérêt économique général au sens de l'article 86 (2). Ces notions ont, en effet, des finalités différentes. Tandis que la première notion vise à délimiter la portée de l'exclusion de certains services sociaux du champ d'application de la directive «services», la deuxième vise à déterminer les conditions dans lesquelles les États membres peuvent déroger à l'application des règles du Traité pour certaines entreprises chargées de la gestion d'un service d'intérêt économique général.

Gelet op de onduidelijkheid die ter zake nog heerst, kan bij de huidige stand van zaken niet zomaar geoordeeld worden dat het uitgesloten is dat een begrip zoals «werkingsvergunning» (titre de fonctionnement), zoals in andere erkennings- of vergunningsstelsels, zo kan worden geconcipieerd dat het voor de beschouwde dienstverrichter een verplichting inhoudt om de dienst in kwestie te verlenen, in welk geval er dus van uitgegaan zou kunnen worden dat er sprake is van een opdracht/«mandaat» in de zin van artikel 2, lid 2, j), van de richtlijn. Gelet op de inhoud van de bepalingen van het thans voorliggende voorontwerp van decreet lijkt dit hier evenwel niet het geval, doordat het verkrijgen van een «werkingsvergunning» (titre de fonctionnement) voor de vergunninghouder niet de verplichting inhoudt om de dienst in kwestie te verlenen en dus werkelijk de instelling of het complex voor bejaarden te exploiteren. Niets belet die persoon overigens om de exploitatie van die instelling of dat complex te allen tijde en vrijwillig stop te zetten.

3.3.4. Het besluit is dan ook dat weliswaar diverse instellingen waarop het voorontwerp van decreet betrekking heeft geacht kunnen worden buiten de werkingssfeer van de richtlijn te vallen, hetzij omdat ze gewoon geen «diensten» zijn in de zin van artikel 50 EG en richtlijn 2006/123/EG, hetzij omdat ze geacht kunnen worden te behoren tot één van de uitsluitingsgevallen genoemd in artikel 2, lid 2, f), en j), van de richtlijn, maar dat dit niet geldt voor andere instellingen waarop het voorontwerp ook betrekking heeft. Die bevinding is op zich voldoende om te besluiten dat het voorontwerp van decreet dus moet worden getoetst aan richtlijn 2006/123/EG".

---

Ainsi, dans le cadre de l'application du paquet sur les services d'intérêt économique général (SIEG) qui spécifie les conditions dans lesquelles certaines aides d'État sont compatibles avec l'article 86(2), le mandat correspond à l'acte officiel qui confie à l'entreprise la prestation d'un SIEG. Le mandat doit définir la nature et la durée des obligations de service public, les entités auxquelles la prestation de ces services a été confiée, les paramètres de calcul de la compensation, ainsi que les sauvegardes pour éviter la surcompensation.

Dans le contexte de ladite directive, la Commission considère que pour qu'un prestataire puisse être considéré comme «mandaté par l'État» au sens de l'article 2, paragraphe 2, point j), ce prestataire doit avoir l'obligation d'assurer le service dont il a été chargé par l'État. Un prestataire chargé par l'État de l'obligation de prêter un service, par exemple à l'issue d'un marché public ou par le biais d'une concession de services, peut être considéré comme un prestataire «mandaté» par l'État au sens de la directive «services». Ceci est également valable pour tout autre type de mesure prise par l'État pour autant qu'une telle mesure implique une obligation de prêter le service pour le prestataire en question.

Les États membres sont tenus de transposer la directive «service» au plus tard le 28 décembre 2009. Il leur appartient, dans le cadre de leurs travaux de transposition de la directive en droit national, de tirer les conséquences de ce qui précède" (Antwoord van 25 april 2008, <http://www.europarl.europa.eu>).

.../...

1.3. In advies 45.609/AG wordt gewezen op de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie waarin er in verband met medische zorg wordt van uitgegaan dat tegen vergoeding verleende medische zorg binnen de werkingssfeer valt van de verdragsbepalingen betreffende het vrije verkeer van diensten. Daarbij is het volgens het Hof niet relevant hoe, in welke omstandigheden, volgens welk socialezekerheidsstelsel die zorg wordt verleend en of de patiënt ook een deel van de kosten moet betalen dan wel of die kosten volledig door de overheid of de sociale zekerheid gedragen worden: zodra voor die zorg betaald wordt, zelfs door de overheid, vormt het verlenen van gezondheidszorg een dienst waarvoor de internemarktregels gelden.

Voorts valt uit advies 45.609/AG af te leiden dat, mede gelet op de noodzaak van een restrictieve interpretatie, de toepassing van de uitzonderingen van artikel 2, lid 2, f) (diensten van de gezondheidszorg) of artikel 2, lid 2, j) (sociale diensten) van de dienstenrichtlijn, niet tot gevolg heeft dat hele sectoren worden uitgesloten van de werkingssfeer van de dienstenrichtlijn. De toepassing van de betrokken uitzonderingen houdt daarentegen wel in dat specifieke dienstenactiviteiten van de werkingssfeer van de dienstenrichtlijn worden uitgesloten. Dat betekent dat het mogelijk is dat een welbepaalde voorziening in aanmerking komt voor een uitsluiting van de dienstenrichtlijn, wat een deel van haar activiteiten betreft, terwijl zij voor andere van haar activiteiten onder toepassing van de dienstenrichtlijn kan blijven vallen. Het gegeven dat in een voorziening gezondheidszorgen worden verleend, volstaat derhalve niet om ertoe te besluiten dat alle activiteiten van de voorziening buiten het werkingsgebied van de dienstenrichtlijn vallen.

1.4. Uit wat voorafgaat volgt dat, gelet op de rechtspraak van het Hof van Justitie, kan worden getwijfeld aan de relevantie van sommige argumenten van de stellers van het ontwerp om bepaalde bejaardenvoorzieningen van toepassing van de dienstenrichtlijn vrijgesteld te achten <sup>(22)</sup>. Tevens rijst de vraag of de stellers van het

---

<sup>(22)</sup> In voorkomend geval kunnen andere argumenten of onderscheidingscriteria worden overwogen. Zo wordt in advies 45.609/AG in het kader van de uitsluitingsgrond, vermeld in artikel 2, lid 2, j), van de dienstenrichtlijn, gewezen op het onderscheid tussen bejaardeninstellingen die rechtstreeks georganiseerd worden door de overheid of door instellingen die als liefdadigheidsinstellingen in de zin van de dienstenrichtlijn kunnen worden beschouwd, waarop deze laatste niet van toepassing zou zijn, en de andere instellingen.

ontwerp niet op een te absolute wijze uitgaan van de al dan niet toepasselijkheid van de dienstenrichtlijn op de betrokken voorzieningen en of op dat punt niet voor een meer genuanceerde benadering moet worden geopteerd, rekening houdend met de verscheidenheid van activiteiten van de desbetreffende voorzieningen.

Om deze redenen doen de stellers van het ontwerp er goed aan om de problematiek inzake de toepasselijkheid van de dienstenrichtlijn op de verschillende categorieën van voorzieningen, vermeld in de ordonnantie van 24 april 2008 en - hiermee samenhangend - het toepassingsgebied van de ontworpen regeling aan een bijkomend onderzoek te onderwerpen.

2. Door het toepassingsgebied van de ontworpen regeling te beperken tot de directeurs van de service-residenties en de residentiële gebouwen, wordt een onderscheid ingevoerd met de directeurs van andere voorzieningen, bedoeld in de ordonnantie van 24 april 2008. Opdat dergelijk verschil in behandeling verenigbaar zou kunnen worden geacht met het grondwettelijke beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie dient daartoe uiteraard een objectieve en redelijke verantwoording te bestaan. Het al dan niet van toepassing zijn van de dienstenrichtlijn maakt op zich geen dergelijke verantwoording uit.

### ONDERZOEK VAN DE TEKST

#### Aanhef

1. Aan het einde van het eerste lid van de aanhef van het ontwerp kunnen de rechtsgrondgebiedende bepalingen worden geëxpliciteerd door te schrijven "... voor opvang of huisvesting van bejaarde personen, artikel 11, § 1, vierde en vijfde lid, 6/;".

2. In het tweede lid van de aanhef moet uiteraard ook in de Nederlandse tekst melding worden gemaakt van het te wijzigen besluit van 3 december 2009 en niet van het besluit van 14 maart 1996 dat trouwens is opgeheven door het eerstgenoemde besluit <sup>(23)</sup>.

### Artikel 1

1. De ontworpen bepaling onder artikel 1 van het ontwerp bevat geen overgangsregeling in de zin van respectievelijk artikel 99, eerste lid, 2/ en 3/, en artikel 123, eerste lid, 2/ en 3/, van het te wijzigen besluit <sup>(24)</sup>. Vraag is of op die wijze geen afbreuk dreigt te worden gedaan aan bepaalde verwachtingen van personen die aan de betrokken opleiding zijn begonnen uitgaande van de geldende kwalificatievereisten en of het ontwerp daarom op dat punt niet best wordt aangevuld met een overgangsregeling.

2. Het tweede lid van de ontworpen bepaling luidt:

"De specifieke bijkomende opleiding betreft vakinhouden die bepaald worden door de Ministers".

De vraag is hoe deze bepaling zich verhoudt tot de artikelen 100 en 124 van het besluit van 3 december 2009, waarin wordt bepaald dat de inhoud van de betrokken opleidingen door de Ministers wordt "erkend".

Indien het de bedoeling is om in de ontworpen bepaling te verwijzen naar de bevoegdheid van de ministers, zoals die in de artikelen 100 en 124 van het besluit van 3 december 2009 wordt beschreven, dient uiteraard dezelfde terminologie te worden

---

<sup>(23)</sup> In het tweede lid van de aanhef moet dan melding worden gemaakt van het correcte opschrift van het besluit van 3 december 2009. In de inleidende zin van artikel 1 van het ontwerp is dat alvast niet het geval in de Nederlandse tekst.

<sup>(24)</sup> De ontworpen bepaling herneemt evenmin hetgeen momenteel in artikel 99, derde lid, en in artikel 123, derde lid, van het besluit van 3 december 2009 is opgenomen. Naar het zeggen van de gemachtigde zou het niet de bedoeling zijn om de betrokken bepalingen weg te laten en zal de tekst van het ontwerp op dat punt worden aangepast.

gebruikt. Dat is nu niet het geval omdat van zowel het "bepalen" van de vakinhouden, als het "erkennen" ervan melding wordt gemaakt.

Indien het de bedoeling is om in de ontworpen bepaling een andere invulling te geven aan de bevoegdheid van de ministers dan die omschreven in de artikelen 100 en 124 van het besluit van 3 december 2009, dienen ook deze laatste artikelen te worden gewijzigd <sup>(25)</sup>.

3. In het vierde lid van de ontworpen bepaling wordt het geval beoogd van de directeur die erkend is "door de bevoegde overheid in een lidstaat van de Europese Unie" en die geacht wordt te beschikken over de vereiste opleiding. Deze regeling moet worden uitgebreid tot personen die met EU-onderdanen worden gelijkgesteld, zoals bijvoorbeeld onderdanen van andere staten die tot de Europese Economische Ruimte behoren.

## Artikel 2

Aan de Raad van State is meegedeeld dat het niet de bedoeling is om aan de ontworpen regeling terugwerkende kracht te verlenen maar dat, naar het zeggen van de gemachtigde, "het besluit [...] slechts in werking [zou] treden de eerste dag van de maand volgend op de definitieve beslissing van het Verenigd College (derde lezing)".

De redactie van artikel 2 van het ontwerp dient in het licht van deze verduidelijking te worden aangepast <sup>(26)</sup>.

-----

---

<sup>(25)</sup> In de artikelen 100 en 124 van het besluit van 3 december 2009 kunnen dan bijvoorbeeld de woorden "waarvan de inhoud door de Ministers wordt erkend" worden geschrapt.

<sup>(26)</sup> Ter wille van de kenbaarheid van de datum van inwerkingtreding wordt dan bijvoorbeeld best de datum van bekendmaking van het besluit en niet die van de definitieve beslissing van het Verenigd College als referentiepunt genomen.

De kamer was samengesteld uit

|          |                   |                                     |
|----------|-------------------|-------------------------------------|
| de Heren | M. VAN DAMME,     | kamervoorzitter,                    |
|          | J. BAERT,         |                                     |
|          | S. DE TAEYE,      | staatsraden,                        |
|          | J. VELAERS,       | assessor van de afdeling Wetgeving, |
| Mevrouw  | M. VERSCHRAEGHEN, | toegevoegd griffier.                |

Het verslag werd uitgebracht door Mevr. R. THIELEMANS, eerste auditeur.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

M. VERSCHRAEGHEN

M. VAN DAMME

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 48.526/1/V  
DU 3 AOÛT 2010

DE LA SECTION DE LÉGISLATION  
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, première chambre des vacations, saisi par les Membres du Collège réuni compétents pour la politique d'Aide aux personnes, le 12 juillet 2010, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté du Collège réuni "modifiant l'arrêté du Collège réuni du 3 décembre 2009 fixant les normes d'agrément auxquelles doivent répondre les établissements d'accueil ou d'hébergement des personnes âgées et précisant les définitions de groupement et de fusion ainsi que les normes particulières qu'ils doivent respecter", a donné l'avis suivant:

En application de l'article 84, § 3, alinéa 1<sup>er</sup>, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation a fait porter son examen essentiellement sur la compétence de l'auteur de l'acte, le fondement juridique et l'accomplissement des formalités prescrites.

\*

\* \*

### PORTÉE ET FONDEMENT JURIDIQUE DU PROJET

1. Le projet soumis pour avis a pour objet de remplacer les articles 99 et 123 de l'arrêté du Collège réuni du 3 décembre 2009 fixant les normes d'agrément auxquelles doivent répondre les établissements d'accueil ou d'hébergement pour personnes âgées et précisant les définitions de groupement et de fusion ainsi que les normes particulières qu'ils doivent respecter. Les articles concernés règlent les exigences de qualification auxquelles doivent satisfaire les directeurs des résidences-services et complexes résidentiels qui proposent des services visés à l'article 2, 4/, b), de l'ordonnance du 24 avril 2008 relative aux établissements d'accueil ou d'hébergement pour personnes âgées.

L'arrêté en projet vise à conformer le régime relatif aux exigences de qualification précitées à la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, appelée ci-après "directive services".

Les dispositions en projet produisent leurs effets le 1<sup>er</sup> janvier 2010.

2. Le projet trouve un fondement juridique dans l'article 11, § 1<sup>er</sup>, alinéa 4, de l'ordonnance du 24 avril 2008, combiné avec l'article 11, § 1<sup>er</sup>, alinéa 5, 6/, de la même ordonnance.

.../...

L'article 11, § 1<sup>er</sup>, alinéa 4, de l'ordonnance précitée habilite le Collège réuni, après avis de la section des institutions et services pour personnes âgées du Conseil consultatif de la Santé et de l'Aide aux personnes de la Commission communautaire commune, à arrêter des normes d'agrément pour chaque catégorie d'établissements visée à l'article 2, 4/, de l'ordonnance.

Selon l'article 11, § 1<sup>er</sup>, alinéa 5, 6/, de la même ordonnance, les normes concernent "le nombre, la qualification, le plan de formation, la moralité et les exigences minimales de présence du personnel et de la direction ainsi qu'en ce qui concerne cette dernière, les conditions d'expérience requise".

### FORMALITÉS

Les documents communiqués au Conseil d'État montrent - et le délégué a confirmé - que la section des institutions et services pour personnes âgées du Conseil consultatif de la Santé et de l'Aide aux personnes de la Commission communautaire commune s'est réunie une première fois le 20 avril 2010 à 8 h 30 pour émettre un avis sur les dispositions en projet, mais que le quorum de présence prescrit par le règlement d'ordre intérieur du Conseil consultatif n'était pas atteint.

Une deuxième réunion de la section au cours de laquelle un avis a été émis sur les dispositions en projet, sans devoir satisfaire, cette fois, aux exigences en matière de quorum de présence, s'est encore tenue le même jour à 9 h. À ce propos, le délégué a fait référence aux dispositions du règlement d'ordre intérieur du Conseil consultatif de la Santé et de l'Aide aux personnes qui prescrivent que les sections ne peuvent émettre d'avis si la moitié des membres n'a pas signé la liste de présence et que dans ce cas, ceux-ci sont convoqués à une nouvelle réunion à tenir dans les huit jours ouvrables. Lors de cette deuxième réunion, une décision concernant les points inscrits pour la seconde fois à l'ordre du jour est alors prise quel que soit le nombre des membres présents <sup>(1)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> Voir le règlement d'ordre intérieur arrêté par le Collège réuni le 9 novembre 1993, point 1.3.

Les documents transmis au Conseil d'État indiquent que par deux lettres séparées portant toutefois la même date, à savoir le 31 mars 2010, les membres de la section concernée ont été convoqués, respectivement, à une réunion le 20 avril 2010 à 8 h 30 et à une réunion à 9 h le même jour, avec le même ordre du jour, et ce dans l'hypothèse où le quorum de présence requis n'aurait pas été atteint lors de cette première réunion à 8 h 30.

Force est de constater que la procédure ainsi décrite signifie que les règles prescrites en matière de quorum de présence dans le règlement d'ordre intérieur du Conseil consultatif sont vidées de leur sens, dès lors que la section concernée rend de toute façon un avis le jour même, indépendamment du fait que le règlement d'ordre intérieur impose que la moitié des membres soient présents. En effet, les dispositions du règlement d'ordre intérieur impliquent qu'après avoir constaté que le quorum de présence n'a pas été atteint lors de la première réunion, une nouvelle convocation à une deuxième réunion est adressée ultérieurement aux membres de la section <sup>(2)</sup>.

Il résulte de ce qui précède que l'avis de la section des institutions et services pour personnes âgées du Conseil consultatif de la Santé et de l'Aide aux personnes de la Commission communautaire commune, prescrit par l'article 11, § 1<sup>er</sup>, alinéa 4, de l'ordonnance du 24 avril 2008 et visé au troisième alinéa du préambule du projet, n'a pas été émis régulièrement. En conséquence, l'avis concerné doit être à nouveau recueilli, dans le respect des règles de procédure applicables.

### OBSERVATIONS GÉNÉRALES

1.1. Les dispositions en projet portent exclusivement sur la fixation d'exigences de qualification auxquelles doivent répondre les directeurs des résidences-services et complexes résidentiels. Or, l'arrêté du 3 décembre 2009 contient des exigences de qualification à l'égard des directeurs d'autres types d'établissements d'accueil ou d'hébergement pour personnes âgées, tels que les maisons de repos et les maisons de repos et de soins. Le délégué a déclaré que le projet ne modifie pas les exigences de qualification à l'égard des directeurs de ces dernières catégories d'établissements, dès lors

---

<sup>(2)</sup> Comparer notamment avec e.a. C.E., Westgeest, n/ 87.881 du 7 juin 2000; Pessemier et crts, n/ 190.337 du 10 février 2009.

qu'il est considéré qu'il s'agit d'établissements qui doivent être regardés comme des services des soins de santé qui, en vertu de l'article 2, paragraphe 2, f), de la directive services, sont exclus du champ d'application de celle-ci. Il s'agirait en effet d'établissements occupant du personnel composé de professionnels de la santé et d'établissements financés à l'intervention de l'Institut national d'assurance maladie-invalidité.

1.2. La question se pose de savoir si, en ce qui concerne l'applicabilité de la directive service, la distinction sur laquelle se basent les auteurs du projet est conforme à cette directive et si elle n'est pas trop peu nuancée. À cet égard, on se reportera à l'avis 45.609/AG que le Conseil d'État, section de législation, a émis le 3 février 2009 sur un avant-projet de décret de la Région wallonne relatif à l'hébergement et à l'accueil des personnes âgées <sup>(3)</sup>. Dans cet avis, le Conseil a notamment observé ce qui suit:

"3.2. L'application du droit européen, primaire ou dérivé, et la notion de «services»

Les établissements visés par l'avant-projet de décret pourraient-ils tout d'abord être considérés comme n'étant tout simplement pas des «services» au sens tant de l'article 4, 1), de la directive 2006/123/CE que de l'article 50 du Traité CE ? Dans l'affirmative, ils échapperaient alors, sous l'angle de la liberté d'établissement et de la liberté de circulation des services, au droit européen, tant primaire que dérivé.

À cet égard, la notion de «services» doit être comprise au sens de l'article 50 CE et conformément à la jurisprudence de la Cour de justice <sup>(4)</sup>: un service est donc toute activité économique non salariée dans le cadre de laquelle une rémunération est versée en contrepartie économique des prestations rendues. Cette caractéristique est absente dans le cas des activités qui sont accomplies, sans contrepartie économique, par l'État ou pour le compte de l'État, dans le cadre de ses missions dans les domaines social, culturel, éducatif et judiciaire, tels que les cours dispensés au sein du système d'éducation nationale ou encore la gestion des régimes de sécurité sociale qui n'ont aucune activité de nature économique.

---

<sup>(3)</sup> Doc., Parl. wall., 2008-2009, n/ 971/1, pp. 27-47.

<sup>(4)</sup> Note 10 de l'avis 45.609/AG: Voir l'article 4, 1), et, surtout, le considérant (34) de la directive 206/123/CE.

Ainsi, dans son arrêt Humbel, la Cour de justice a, en 1988, considéré que les services d'éducation fournis dans le cadre du système d'éducation nationale n'ont pas de caractère économique <sup>(5)</sup>. La Cour a fondé son raisonnement sur deux motifs: d'une part, la circonstance que l'autorité qui organise un service d'enseignement n'a pas l'intention d'effectuer les prestations contre rémunération, mais remplit simplement ses missions dans les domaines social, culturel et éducatif; d'autre part, le système d'éducation nationale est, en règle, financé par le trésor et non par les élèves ou leurs parents <sup>(6)</sup>. Par contre, en ce qui concerne l'enseignement prodigué contre rémunération par des particuliers, la Cour de justice a, cette fois, considéré qu'il y avait bien une activité économique pouvant être qualifiée de «service» au sens du Traité <sup>(7)</sup>.

S'agissant cette fois des soins médicaux, la Cour a également jugé que la fourniture de tels soins contre rémunération tombe dans le champ d'application des dispositions du Traité relatives à la libre circulation des services <sup>(8)</sup>. Ne sont pas pertinentes à cet égard les questions de savoir de quelle manière, dans quelles circonstances, selon quel système de sécurité sociale, que le patient doive

---

<sup>(5)</sup> *Note 11 de l'avis 45.609/AG*: C.J.C.E., arrêt du 27 septembre 1988, Humbel, aff. C-263/86, points 18-19.

<sup>(6)</sup> *Note 12 de l'avis 45.609/AG*: La Cour de justice a, en effet, conclu, en ce qui concerne les services d'éducation fournis dans le cadre du système d'éducation nationale, que les droits d'inscription ou de scolarité que les élèves ou leurs parents doivent parfois acquitter dans le cadre de ce système, ne constituent pas, en tant que tels, une rémunération, lorsque le financement du système est assuré pour l'essentiel par des fonds publics (C.J.C.E., arrêt du 7 décembre 1993, Wirth, aff. C-109/92).

<sup>(7)</sup> *Note 13 de l'avis 45.609/AG*: C.J.C.E., arrêt du 7 décembre 1993, Wirth, aff. C-109/92, § 17; C.J.C.E., arrêt du 13 novembre 2003, Neri, aff. C-153/02, § 39.

<sup>(8)</sup> *Note 14 de l'avis 45.609/AG*: Voir notamment: C.J.C.E., arrêt du 13 mai 2003, Muller Fauré, aff. C-385/99, point 103; C.J.C.E., arrêt du 12 juillet 2001, Geraets - Smits et Peerboom, aff. C-157/99, points 53-56; C.J.C.E., arrêt du 28 avril 1998, Kohll, aff. C-158/96, points 16-21.  
En matière de doctrine, voir, entre autre: G. DAVIES, "The Community's internal market - based competence to regulate health care: scope, strategies and consequences", MJ 2007, 215-238; F. VAN OVERMEIREN, "De dienstenrichtlijn en gezondheidszorg: de gevolgen van de interne markt zwart op wit", R.D.S., 2006, 172-217; Y. JORENS, "Het voorstel «Bolkestein-richtlijn»: een gevaar voor het Belgisch sociaal recht ?", R.D.S., 1996, 26-63.

également payer une partie des coûts ou que ceux-ci soient intégralement à charge de l'autorité ou de la sécurité sociale: dès qu'il y a paiement en contrepartie de ces prestations de soins, même par l'autorité, la fourniture de soins de santé constitue un service auquel s'appliquent les règles relatives au marché interne <sup>(9)</sup>.

En ce qui concerne les services sociaux, la jurisprudence de la Cour de justice est relativement limitée. Il peut cependant être renvoyé à l'arrêt Sodemare, déjà cité <sup>(10)</sup>, dans lequel la Cour a accepté d'examiner sous l'angle de la liberté d'établissement le grief invoqué par une société de droit luxembourgeois exploitant des maisons de repos en Italie, mais n'ayant pas droit aux subventions publiques dès lors qu'elle poursuivait un but lucratif.

Dans un arrêt récent de la Cour de justice de l'AELE, il a également été considéré que les services d'accueil d'enfants, reconnus et subsidiés par l'autorité, ne sont pas des services économiques, même s'ils sont gérés par des entreprises privées à but lucratif <sup>(11)</sup>.

---

<sup>(9)</sup> *Note 15 de l'avis 45.609/AG*: Voir, à ce sujet, R. BAETEN et H. VERSCHUEREN, "Gezondheidszorg binnen de Europese interne markt. Is er nog ruimte voor solidariteit?", in M. SANTENS (Ed.), *Een rechtvaardige gezondheidszorg*, Bruges, La Charte, 2008, p. 212 (et les références citées). Reste, selon ces auteurs, la question d'essentielle savoir si des institutions de soins purement publiques et directement mises en place par les autorités peuvent être considérées comme des "services" au sens du Traité. À cet égard, certains pensent pouvoir dégager le fil conducteur suivant dans la jurisprudence de la Cour de justice: "(Traduction libre) l'exclusion des services d'intérêt général non économiques du champ d'application de la directive (et de la libre circulation des services en tant que telle) n'a finalement de sens que lorsque ces tâches sont réservées à l'autorité et que celle-ci en assure l'exécution, ou que l'exécution de l'une de ces tâches est, dans le cadre d'un système légal, conférée au moyen de droits exclusifs ou spécifiques. Dès lors que la tâche n'est pas conférée de manière exclusive et que l'entité qui en est chargée accomplit également des activités commerciales, la directive est d'application aux tâches jusqu'alors réservées à l'autorité" (J.W. VAN DE GRONDEN, "Bestaat er een coherente visie op de verhouding tussen diensten van algemeen economisch belang, de Dienstenrichtlijn en andere communautaire regelingen?", S.E.W. 2007, 396).

<sup>(10)</sup> *Note 16 de l'avis 45.609/AG*: Note suprapaginale (6).

<sup>(11)</sup> *Note 17 de l'avis 45.609/AG*: Arrêt de la Cour de justice de l'AELE, du 21 février 2008, *Private Barnehagers Landsforbund*, aff. E - 5/07, §§ 78-83. La jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes en matière d'enseignement a ainsi, en quelque sorte, été transposée au secteur de l'accueil d'enfants. En l'espèce, la Cour de justice de l'AELE s'est fondée sur les éléments suivants pour considérer qu'il n'y a pas de contrepartie économique: 80 % des coûts sont supportés par le secteur public; il n'y a pas de lien entre les coûts réels du service et la quote-part payée par les parents; il y a une obligation légale pour les autorités locales de prévoir suffisamment de places d'accueil; les services d'accueil d'enfants jouent un rôle social, culturel, éducatif et pédagogique important.

En application de l'article 2, paragraphe 2, a), de la directive 2006/123/CE, sont par ailleurs expressément exclus du champ d'application de la directive, les «services d'intérêt général non-économiques», à savoir des activités qui sont effectuées par ou au nom de l'autorité sans aucune contrepartie économique dans le cadre de leurs missions dans les domaines social, culturel, éducatif et judiciaire<sup>(12)</sup>. Pour les raisons qui viennent d'être indiquées, ce ne sont en réalité pas non plus des «services» au sens du Traité CE<sup>(13)</sup>.

En conclusion, et même si l'auteur de l'avant-projet de décret semble pouvoir se mouvoir dans une zone grise aux contours peu précis, il est difficile de pouvoir considérer que l'ensemble des établissements concernés par l'avant-projet de décret pourrait être considéré comme tombant intégralement en-dehors du champ d'application de la directive 2006/123/CE, du fait qu'ils ne seraient pas des «services» au sens de l'article 50 CE et de la directive 2006/123/CE. Cela ne semble, notamment, pas être le cas des établissements relevant du secteur privé commercial et qui, en fonction du type d'établissement considéré, peuvent aller jusqu'à représenter 30 à 50 % maximum de l'«offre de services».

À la lumière de la jurisprudence qui vient d'être rappelée, on ne peut à cet égard pas se fonder sur la circonstance que l'ensemble de ces établissements seraient des établissements reconnus et principalement subsidiés par l'autorité<sup>(14)</sup>.

En définitive, seule une analyse au cas par cas de chaque type d'établissement concerné ainsi que des prestations qu'il propose, peut permettre de conclure, au regard de la jurisprudence de la Cour de justice, dont il convient cependant de tenir compte qu'elle a essentiellement été élaborée dans d'autres secteurs d'activité que celui visé par l'avant-projet de décret, que ce type d'établissement est ou non un «service». Mais, dès lors que l'avant-projet de décret organise un seul régime applicable à l'ensemble des établissements qu'il vise, un examen des dispositions de l'avant-projet au regard des exigences de la directive 2006/123/CE s'impose, en tout état de cause, ne fût-ce que pour ceux de ces établissements dont il ne peut être contesté qu'il s'agit de «services» au sens de la directive.

---

<sup>(12)</sup> *Note 18 de l'avis 45.609/AG*: Voir les considérants 17, 34, 70 et 72 de la directive.

<sup>(13)</sup> *Note 19 de l'avis 45.609/AG*: Par contre, les "services d'intérêt économique général" sont bien visés par la directive 2006/123/CE, mais soumis à un régime, en partie, spécifique (articles 15, paragraphe 4, et 17, paragraphe 1).

<sup>(14)</sup> *Note 20 de l'avis 45.609/AG*: Il convient d'observer à ce sujet que l'avant-projet de décret ne prévoit aucun régime de subventions au profit des établissements qu'il entend réglementer, que le décret du 7 novembre 2007 relatif aux subsides pour investissements dans les établissements d'accueil pour personnes âgées ne concerne qu'une partie seulement de ces établissements (à savoir, un pouvoir subordonné, une fondation ou une association sans but lucratif - article 2, 5/, du décret) et que, quoi qu'il en soit, tout établissement doit, pour pouvoir fonctionner, avoir reçu, en application des dispositions de l'avant-projet de décret, un "titre de fonctionnement" et, le cas échéant, "un accord de principe" et ce, qu'il bénéficie ou non de subventions.

3.3. L'application de l'une des hypothèses d'exclusion prévues par la directive 2006/123/CE

3.3.1. Dans la mesure où les établissements visés par l'avant-projet de décret doivent, au moins pour partie, être considérés comme des «services», il convient de tenir compte de ce que l'article 2, paragraphe 2, de la directive prévoit diverses exclusions faisant échapper les services visés par ces exclusions au champ d'application de la directive. Parmi celles-ci, le délégué du ministre a expressément visé dans sa réponse celles figurant à l'article 2, paragraphe 2, f) et j), de la directive<sup>(15)</sup>.

À cet égard, il convient tout d'abord de rappeler que, conformément à la jurisprudence de la Cour de justice<sup>(16)</sup>, les exceptions à des règles énoncées dans une directive à portée «horizontale» et visant à garantir l'effectivité des droits reconnus par le Traité CE, doivent être interprétées de manière stricte. Or, les deux exceptions visées par le délégué du ministre n'ont pas pour effet d'exclure des «secteurs» entiers du champ d'application de la directive, mais bien certains «services d'activités» délimités. En l'occurrence, un établissement visé par l'avant-projet de décret pourrait bénéficier de l'une de ces exclusions pour partie de ses activités, en tant que «service de soins de santé» ou de «service social», alors qu'il resterait soumis à la directive pour d'autres de ses activités. Il conviendra en conséquence d'examiner in concreto pour chacune des activités de service accomplies par un établissement, si cette activité est ou non de nature à justifier son exclusion du champ d'application de la directive.

C'est dans cette optique que sont examinées ci-après les deux hypothèses d'exclusion invoquées par le délégué du ministre.

3.3.2. L'article 2, paragraphe 2, f), de la directive 2006/123/CE exclut du champ d'application de celle-ci «les services de soins de santé, qu'ils soient ou non assurés dans le cadre d'établissements de soins et indépendamment de la manière dont ils sont organisés et financés au niveau national ou de leur nature publique ou privée». Selon le considérant (22) de la directive 2006/123/CE, cette exclusion couvre «les services de soins de santé et pharmaceutiques fournis par des professionnels de la santé aux patients pour évaluer, maintenir ou rétablir leur état de santé lorsque ces activités sont réservées à une profession de santé réglementée dans l'État membre

---

<sup>(15)</sup> *Note 21 de l'avis 45.609/AG*: L'article 2, paragraphe 2, f), vise les services de soins dans leur ensemble, tandis que l'article 2, paragraphe 2, j), ne concerne qu'un certain nombre (un "noyau dur") de services sociaux, définis de manière telle qu'il soit possible d'éviter des interprétations trop divergentes par les États membres (Voir, à ce sujet: Commissaire McGreevy, "Statement on the Revised Proposal for the Services Directive", European Parliament, Plenary Session 4 April 2006, SPEECH/06/220 - proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil concernant les services dans le marché interne, COM/2006/160 def. - Voir également: B. VAN ORMELINGEN, "le domaine de la directive 2006/123/CE relative aux services dans le marché intérieur", Ann. dr. Louvain, 2007, 307-373).

<sup>(16)</sup> *Note 22 de l'avis 45.609/AG*: Voir, notamment, C.J.C.E., arrêt du 18 mai 1996 Commission c/Italie, aff. C-57/94.

dans lequel les services sont fournis». Le Manuel relatif à la mise en oeuvre de la directive «service», précise que cette exclusion <sup>(17)</sup>

«ne couvre pas les activités qui ne sont pas destinées à maintenir, évaluer ou rétablir l'état de santé des patients. Ainsi, les activités destinées à améliorer le bien-être ou à permettre la relaxation, comme les clubs de sport ou de fitness, sont couvertes par la directive "services" et doivent être couvertes par les mesures de mise en œuvre. Par ailleurs, l'exclusion des services de santé ne couvre que les activités réservées à une profession de santé réglementée dans l'État membre où le service est fourni [à savoir, conformément à l'article 4, 11/, de la directive, une activité ou un ensemble d'activités professionnelles visées à l'article 3, paragraphe 1, point a), de la directive 2005/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 septembre 2005 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles]. Les services qui peuvent être fournis sans qu'une qualification professionnelle spécifique ne soit exigée doivent donc être couverts par les mesures de mise en œuvre».

Compte tenu de ce qui précède, si les maisons de repos et de soins, telles que définies à l'article 2, 3/, b), de l'avant-projet de décret, peuvent effectivement être considérées comme exclues du champ d'application de la directive 2006/123/CE, en vertu de l'exception prévue à l'article 2, paragraphe 2, f), de celle-ci, il ne semble pas nécessairement en aller de même, au regard du caractère restrictif de cette définition, pour d'autres catégories d'établissements visées par l'avant-projet examiné sous le vocable d'«établissements pour personnes âgées», au sens de l'article 2, 3/, de l'avant-projet de décret. À cet égard, la simple circonstance qu'il soit fait état dans le texte de l'avant-projet de ce que, pour certains de ces établissements, des «soins infirmiers ou paramédicaux» ou «une prise en charge thérapeutique et sociale» seront, au besoin, procurés ou assurée, ne semble pas suffire, au regard de la directive 2006/123/CE, à les qualifier, sans plus, de «services de soins de santé» au sens l'article 2, paragraphe 2, f), de la directive <sup>(18)</sup>.

*A fortiori* semble-t-il en aller ainsi des «complexes résidentiels pour personnes âgées», au sens de l'article 2, 4/, de l'avant-projet de décret, à l'égard

---

<sup>(17)</sup> Note 23 de l'avis 45.609/AG: Manuel - Directive "services", p. 14.

<sup>(18)</sup> Note 24 de l'avis 45.609/AG: On observera encore que le considérant (33) de la directive, après avoir rappelé que les services couverts par la directive concernent une grande variété d'activités en constante évolution, mentionne: "... Les services aux consommateurs sont également compris, notamment (...) ainsi que dans la mesure où ils ne sont pas exclus du champ d'application de la directive, les services à domicile, comme le soutien aux personnes âgées. Ces activités peuvent concerner à la fois des services qui nécessitent une proximité entre prestataire et destinataire, des services qui impliquent un déplacement du destinataire ou du prestataire et des services qui peuvent être fournis à distance (...)" . Or, tel paraît bien être le cas des "centres d'accueil de jour", ainsi que des "centres d'accueil de soirée et/ou de nuit" et la seule circonstance qu'il soit précisé dans l'avant-projet de décret (article 2, 3/, d) et e)) que ces centres doivent, au besoin, être à même d'assurer "une prise en charge thérapeutique et sociale", ne semble pas suffire à pouvoir les qualifier de "services de soins de santé" au sens de l'article 2, paragraphe 2, f), de la directive.

desquels aucune allusion n'est faite quant à la fourniture de soins de santé ou quant à une éventuelle prise en charge thérapeutique et sociale.

3.3.3. L'article 2, paragraphe 2, j), de la directive 2006/123/CE, rend celle-ci non applicable aux «services sociaux relatifs au logement social, à l'aide à l'enfance et à l'aide aux familles et aux personnes se trouvant de manière permanente ou temporaire dans une situation de besoin qui sont assurés par l'État, par des prestataires mandatés par l'État ou par des associations caritatives reconnues comme telles par l'État». Le Manuel relatif à la mise en oeuvre de la directive «service», précise que :

«la notion d'"associations caritatives reconnues comme telles par l'État" comprend les églises et les organisations religieuses poursuivant des fins charitables et bénévoles. À la lumière du libellé de cette exclusion et des explications données au considérant (27) [de la directive,], il est clair que ces services ne sont pas exclus lorsqu'ils sont fournis par d'autres types de prestataires, par exemple des opérateurs privés agissant sans un mandat de l'État. À titre d'exemple, l'aide à l'enfance assurée par des nourrices privées ou d'autres services d'aide à l'enfance (comme les camps de vacances) fournis par des opérateurs privés ne sont pas exclus du champ d'application de la directive "services". De même, les services sociaux relatifs à l'aide aux familles et aux personnes se trouvant de manière permanente ou temporaire dans une situation de besoin en raison de l'insuffisance de leurs revenus familiaux ou d'un manque total ou partiel d'indépendance, ainsi que les services aux personnes risquant d'être marginalisées, comme les services de soins aux personnes âgées ou les services destinés aux chômeurs, ne sont exclus du champ d'application de la directive "services" que dans la mesure où ils sont fournis par l'un des prestataires visés ci-dessus (c'est-à-dire l'État, des prestataires mandatés par l'État ou des associations caritatives reconnues comme telles par l'État). Ainsi, par exemple, les services privés à domicile d'aide ménagère ne sont pas exclus de la directive "services" et doivent être couverts par les mesures de mise en œuvre»<sup>(19)</sup>.

Les établissements pour personnes âgées qui sont directement organisés par les autorités publiques ou par des institutions qui peuvent être qualifiées de caritatives au sens de la directive 2006/123/CE échappent donc à celle-ci.

Peut-il être considéré que les autres établissements, notamment ceux qui poursuivent un but de lucre, sont, du seul fait du «titre de fonctionnement» qu'ils doivent obtenir préalablement à leur exploitation, des «prestataires mandatés par l'État» au sens de l'article 2, paragraphe 2, j), de la directive 2006/123/CE ? Pareille interprétation paraît a priori difficile à admettre, du fait qu'elle conduirait à vider la directive de sa substance, puisque son objectif essentiel est justement d'amener les États à limiter les régimes d'agrément à ce qui est strictement nécessaire<sup>(20)</sup>.

---

<sup>(19)</sup> Note 25 de l'avis 45.609/AG: Manuel Directive "services", pp. 15-16.

<sup>(20)</sup> Note 26 de l'avis 45.609/AG: Voir notamment les considérants (42) et (43) de la directive.

La notion de «mandatement» n'est par ailleurs pas définie dans la directive 2006/123/CE. Le Manuel relatif à la mise en oeuvre de la directive, dans l'extrait précité, se contente de préciser qu'elle emporte l'obligation, pour le prestataire considéré, de fournir le service en question <sup>(21)</sup>.

---

<sup>(21)</sup> *Note 27 de l'avis 45.609/AG: Manuel Directive "services", p. 15.*

Cette notion a toutefois été précisée à l'occasion d'une question parlementaire adressée par le député européen Harlem Désir à la Commission européenne. La question écrite était rédigée comme suit:

"Le processus de transposition de la directive relative aux services dans le marché intérieur (2006/123/CE) engagé dans les États membres pose la question des modalités d'exclusion des services sociaux dont les prestataires sont mandatés par l'État. La notion de mandatement, que l'on retrouve dans le droit communautaire de la concurrence relatif aux services d'intérêt économique général (SIEG), est ainsi introduite pour la première fois dans un texte relatif au marché intérieur sans que ne soient définies ni la portée ni les modalités concrètes de cette formulation en droit interne, si ce n'est au moyen du «manuel relatif à la mise en œuvre de la directive "services"» et de l'obligation qui y est formulée de fournir les services sociaux concernés. Cependant, ce document d'information n'a pas de statut légal.

Doit-on assimiler la notion de mandatement en droit du marché intérieur à celle développée dans le droit de la concurrence relative aux SIEG et récemment précisée par l'arrêt BUPA (affaire T-289/03) ?

Cette notion nécessite-t-elle un acte officiel de mandatement, comme c'est le cas en droit communautaire de la concurrence ? Une obligation de nature contractuelle qui lie le prestataire à une autorité publique au moyen d'un marché public, d'une concession ou d'une convention de subvention est-elle constitutive d'un mandatement au sens de l'article 2, paragraphe 2, point j) ?

Les cadres juridiques nationaux relatifs à certains services sociaux, tel que celui qui est en vigueur en France, ne prévoyant ni mandatement explicite des prestataires, ni obligation de fournir les services sociaux, et ne les qualifiant pas explicitement de SIEG, peuvent-ils bénéficier des dispositions relatives aux articles 2, paragraphe 2, point j), 15, paragraphe 4, et 17, paragraphe 1 ? Si tel n'était pas le cas, le risque existerait de voir de nombreux services sociaux soumis à la directive «services» alors que le Parlement européen les a exclus de son champ d'application" (Question écrite P-1609/08 posée le 13 mars 2008, <http://www.europarl.europa.eu>)

Le commissaire européen Mc Creevy a répondu au nom de la Commission:

"La notion de «prestataires mandatés par l'État» qui figure à l'article 2, paragraphe 2, point j) de la directive services est à distinguer de celle d'entreprise chargée de la gestion d'un service d'intérêt économique général au sens de l'article 86 (2). Ces notions ont, en effet, des finalités différentes. Tandis que la première notion vise à délimiter la portée de l'exclusion de certains services sociaux du champ d'application de la directive «services», la deuxième vise à déterminer les conditions dans lesquelles les États membres peuvent déroger à l'application des règles du Traité pour certaines entreprises chargées de la gestion d'un service d'intérêt économique général.

Ainsi, dans le cadre de l'application du paquet sur les services d'intérêt économique général (SIEG) qui spécifie les conditions dans lesquelles certaines aides d'État sont compatibles avec l'article 86(2), le mandat correspond à l'acte officiel qui confie à l'entreprise la prestation d'un SIEG. Le mandat doit définir la nature et la durée des obligations de service public, les entités auxquelles la prestation de ces services a été confiée, les paramètres de calcul de la

Compte tenu des imprécisions qui règnent encore la matière, il ne peut, en l'état actuel des choses, pas être, sans plus, considéré qu'il est exclu qu'une notion telle que celle de «titre de fonctionnement» puisse, comme dans d'autres systèmes d'agrément ou d'autorisation, être conçue comme impliquant une obligation, pour le prestataire considéré, de fournir le service en question, auquel cas il pourrait donc être considéré qu'il y a «mandat» au sens de l'article 2, paragraphe 2, j), de la directive. Compte tenu cependant du contenu des dispositions de l'avant-projet de décret présentement examiné, tel ne semble toutefois pas être le cas, en l'espèce, du fait même que l'obtention d'un «titre de fonctionnement» n'implique pas pour son bénéficiaire l'obligation de fournir le service en question et, donc, d'exploiter effectivement l'établissement ou le complexe pour personnes âgées. Rien n'interdit non plus à cette personne d'arrêter à tout moment et de son plein gré l'exploitation de cet établissement ou de ce complexe.

3.3.4. Il y a donc lieu de conclure que, si divers établissements visés par l'avant-projet de décret peuvent être considérés comme échappant au champ d'application de la directive, soit parce qu'ils ne sont tout simplement pas des «services» au sens de l'article 50 CE et de la directive 2006/123/CE, soit parce qu'ils peuvent être considérés comme entrant dans l'une des hypothèses d'exclusion prévues par l'article 2, paragraphe 2, f) et j), de la directive, il n'en va cependant pas de même pour d'autres établissements également visés par l'avant-projet. Cette seule constatation suffit à conclure que l'avant-projet de décret doit, donc, être examiné au regard de la directive 2006/123/CE".

1.3. L'avis 45.609/AG fait référence à la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne qui, s'agissant des soins médicaux, a estimé que la fourniture de tels soins contre rémunération tombe dans le champ d'application des dispositions du traité relatives à la libre circulation des services. Selon la Cour, ne sont pas pertinentes à cet égard les questions de savoir de quelle manière, dans quelles circonstances, selon quel système de sécurité sociale ces soins sont dispensés et si le patient doit également payer une partie des coûts ou si ceux-ci sont intégralement à charge de l'autorité ou de la sécurité sociale: dès qu'il y a paiement en contrepartie de ces prestations de soins, même

---

compensation, ainsi que les sauvegardes pour éviter la surcompensation.

Dans le contexte de ladite directive, la Commission considère que pour qu'un prestataire puisse être considéré comme «mandaté par l'État» au sens de l'article 2, paragraphe 2, point j), ce prestataire doit avoir l'obligation d'assurer le service dont il a été chargé par l'État. Un prestataire chargé par l'État de l'obligation de prêter un service, par exemple à l'issue d'un marché public ou par le biais d'une concession de services, peut être considéré comme un prestataire «mandaté» par l'État au sens de la directive «services». Ceci est également valable pour tout autre type de mesure prise par l'État pour autant qu'une telle mesure implique une obligation de prêter le service pour le prestataire en question.

Les États membres sont tenus de transposer la directive «services» au plus tard le 28 décembre 2009. Il leur appartient, dans le cadre de leurs travaux de transposition de la directive en droit national, de tirer les conséquences de ce qui précède"(Réponse du 25 avril 2008, <http://www.europarl.europa.eu>).

.../...

par l'autorité, la fourniture de soins de santé constitue un service auquel s'appliquent les règles relatives au marché intérieur.

En outre, il se déduit de l'avis 45.609/AG que vu notamment la nécessité d'une interprétation stricte, l'application des exceptions prévues à l'article 2, paragraphe 2, f) (les services de soins de santé) ou à l'article 2, paragraphe 2, j) (les services sociaux) de la directive services n'a pas pour effet d'exclure l'ensemble de ces secteurs du champ d'application de la directive services. L'application des exceptions en question implique en revanche que des activités de service spécifiques sont exclues du champ d'application de la directive services. Cela signifie qu'il est possible que certains établissements soient exclus de la directive services pour ce qui concerne une partie de leurs activités tout en continuant à relever de son champ d'application pour une autre partie de leurs activités. Par conséquent, la circonstance qu'un établissement dispense des soins de santé ne suffit pas pour conclure que toutes ses activités ne relèvent pas du champ d'application de la directive services.

1.4. Il résulte de ce qui précède que vu la jurisprudence de la Cour de Justice, il est permis de s'interroger sur la pertinence de certains arguments des auteurs du projet où ils estiment que certains établissements pour personnes âgées échappent à l'application de la directive services <sup>(22)</sup>. En outre, la question se pose de savoir si les auteurs du projet n'envisagent pas de manière trop absolue l'applicabilité ou la non-applicabilité de la directive services aux établissements concernés et s'il ne faut pas opter pour une approche plus nuancée sur ce point, qui tient compte de la diversité des activités de ceux-ci.

Pour ces raisons, les auteurs du projet veilleront à réexaminer la question de l'applicabilité de la directive services aux différentes catégories d'établissements mentionnées dans l'ordonnance du 24 avril 2008 et - corrélativement - le champ d'application des dispositions en projet.

---

<sup>(22)</sup> Le cas échéant, d'autres arguments ou critères de distinction peuvent être envisagés. C'est ainsi que dans le cadre de l'hypothèse d'exclusion mentionnée à l'article 2, paragraphe 2, j), de la directive services, l'avis 45.609/AG met en évidence la distinction entre les établissements pour personnes âgées qui sont directement organisés par les autorités publiques ou par des institutions qui peuvent être qualifiées de caritatives au sens de la directive services, auxquels celle-ci ne s'appliquerait pas, et les autres établissements.

2. En limitant leur champ d'application aux directeurs des résidences-service et des complexes résidentiels, les dispositions en projet introduisent une distinction entre ces derniers et les directeurs d'autres établissements visés par l'ordonnance du 24 avril 2008. Pour qu'une telle différence de traitement puisse être considérée comme conciliable avec le principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination, une justification objective et raisonnable doit exister à cet égard. Le caractère applicable ou non de la directive services ne constitue pas en soi pareille justification.

### EXAMEN DU TEXTE

#### Préambule

1. À la fin du premier alinéa du préambule du projet, les dispositions procurant un fondement juridique peuvent être précisées en écrivant "... d'accueil ou d'hébergement pour personnes âgées, article 11, § 1<sup>er</sup>, alinéas 4 et 5, 6/;".

2. Au deuxième alinéa du préambule, il va de soi que le texte néerlandais doit également mentionner l'arrêté à modifier du 3 décembre 2009 et pas l'arrêté du 14 mars 1996 qui a au demeurant été abrogé par l'arrêté précité <sup>(23)</sup>.

#### Article 1<sup>er</sup>

1. La disposition en projet à l'article 1<sup>er</sup> ne comporte pas de régime transitoire au sens, respectivement, de l'article 99, alinéa 1<sup>er</sup>, 2/ et 3/ et de l'article 123, alinéa 1<sup>er</sup>, 2/ et 3/, de l'arrêté à modifier <sup>(24)</sup>. La question se pose de savoir si cette façon de faire ne risque pas de décevoir certaines attentes de personnes qui ont commencé la formation en cause en se basant sur les exigences de qualification en vigueur et s'il ne

---

<sup>(23)</sup> Le deuxième alinéa du préambule doit alors mentionner l'intitulé exact de l'arrêté du 3 décembre 2009. Tel n'est déjà pas le cas dans le texte néerlandais de la phrase liminaire de l'article 1<sup>er</sup> du projet.

<sup>(24)</sup> La disposition en projet ne reproduit pas davantage ce qu'énoncent actuellement l'article 99, alinéa 3, et l'article 123, alinéa 3, de l'arrêté du 3 décembre 2009. Selon le délégué, l'intention ne serait pas d'omettre les dispositions en question et le texte du projet sera adapté sur ce point.

vaudrait pas mieux, par conséquent, de compléter le projet sur ce point par un régime transitoire.

2. Le deuxième alinéa de la disposition en projet s'énonce comme suit:

"La formation complémentaire spécifique porte sur les matières déterminées par les Ministres".

La question se pose de savoir comment cette disposition s'articule avec les articles 100 et 124 de l'arrêté du 3 décembre 2009, qui prévoient que le contenu des formations en cause est "agréé" par les Ministres.

Si l'intention est de faire référence dans la disposition en projet au pouvoir des ministres tel qu'il est défini aux articles 100 et 124 de l'arrêté du 3 décembre 2009, il faut évidemment employer la même terminologie. Tel n'est pas le cas pour l'instant puisque la "détermination" des matières et leur "agrément" sont mentionnés de part et d'autre.

Si l'intention est de donner dans la disposition en projet une autre portée au pouvoir des ministres que celle que définissent les articles 100 et 124 de l'arrêté du 3 décembre 2009, ceux-ci doivent également être modifiés <sup>(25)</sup>.

3. Le quatrième alinéa de la disposition en projet vise l'hypothèse du directeur agréé "par l'autorité compétente dans un pays de l'Union européenne" et qui est réputé disposer de la formation requise. Cette disposition doit être élargie aux personnes assimilées aux ressortissants de l'UE, comme par exemple les ressortissants d'autres États appartenant à l'Espace économique européen.

---

<sup>(25)</sup> Aux articles 100 et 124 de l'arrêté du 3 décembre 2009, les mots "dont le contenu est agréé par les Ministres" peuvent par exemple être supprimés.

### Article 2

Il a été signalé au Conseil d'État qu'il ne s'agit pas d'attribuer un effet rétroactif aux dispositions en projet mais que, selon le délégué, "het besluit [...] slechts in werking [zou] treden de eerste dag van de maand volgend op de definitieve beslissing van het Verenigd College (derde lezing)".

Dès lors, on adaptera l'énoncé de l'article 2 du projet à la lumière de cette précision <sup>(26)</sup>.

-----

---

<sup>(26)</sup> Afin que la date d'entrée en vigueur soit certaine, mieux vaudrait par exemple prendre comme point de référence la date de publication de l'arrêté au lieu de la date de la décision définitive du Collège réuni.

La chambre était composée de

|           |                   |                                         |
|-----------|-------------------|-----------------------------------------|
| Messieurs | M. VAN DAMME,     | président de chambre,                   |
|           | J. BAERT,         |                                         |
|           | S. DE TAEYE,      | conseillers d'État,                     |
|           | J. VELAERS,       | assesseur de la section de législation, |
| Madame    | M. VERSCHRAEGHEN, | greffier assumé.                        |

Le rapport a été présenté par Madame R. THIELEMANS, premier auditeur.

La concordance entre la version néerlandaise et la version française a été vérifiée sous le contrôle de M. P. LEMMENS, président de chambre.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

M. VERSCHRAEGHEN

M. VAN DAMME