



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 62.771/1
van 2 februari 2018

avis 62.771/1
du 2 février 2018

over

sur

een voorontwerp van
ordonnantie 'tot wijziging van
de ordonnantie van
7 november 2002 betreffende
de centra en diensten voor
bijstand aan personen'

un avant-projet d'ordonnance
'modifiant l'ordonnance du
7 novembre 2002 relative aux
centres et services de l'aide
aux personnes'

Op 3 januari 2018 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Ministers, Leden van het Verenigd College van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie van Brussel-Hoofdstad, bevoegd voor het beleid inzake Bijstand aan personen verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een voorontwerp van ordonnantie 'tot wijziging van de ordonnantie van 7 november 2002 betreffende de centra en diensten voor bijstand aan personen'.

Het voorontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 25 januari 2018. De kamer was samengesteld uit Wilfried VAN VAERENBERGH, staatsraad, voorzitter, Chantal BAMPs en Wouter PAS, staatsraden, Michel TISON, assessor, en Wim GEURTS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Rein THIELEMANS, eerste auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Chantal BAMPs, staatsraad.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 2 februari 2018.

*

Le 3 janvier 2018, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par les Ministres, Membres du Collège réuni de la Commission communautaire commune de Bruxelles-Capitale, compétents pour la politique de l'Aide aux personnes à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet d'ordonnance 'modifiant l'ordonnance du 7 novembre 2002 relative aux centres et services de l'aide aux personnes'.

L'avant-projet a été examiné par la première chambre le 25 janvier 2018. La chambre était composée de Wilfried VAN VAERENBERGH, conseiller d'État, président, Chantal BAMPs et Wouter PAS, conseillers d'État, Michel TISON, assesseur, et Wim GEURTS, greffier.

Le rapport a été présenté par Rein THIELEMANS, premier auditeur.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise de l'avis a été vérifiée sous le contrôle de Chantal BAMPs, conseiller d'État.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 2 février 2018.

*

1. Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft de afdeling Wetgeving zich toegespitst op het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING VAN HET VOORONTWERP

2. Het om advies voorgelegde voorontwerp van ordonnantie strekt ertoe diensten voor thuisoppas onder het toepassingsgebied van de ordonnantie van 7 november 2002 ‘betreffende de centra en diensten voor bijstand aan personen’ te brengen.

Dit heeft als gevolg dat niemand de opdrachten van de diensten voor thuisoppas mag vervullen indien hij daartoe niet erkend is door het Verenigd College van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie of niet beschikt over een voorlopige werkingsvergunning, toegekend door het Verenigd College.¹ Het uitbaten van een dienst zonder erkenning of voorlopige werkingsvergunning of bij intrekking van de erkenning of de voorlopige werkingsvergunning of bij sluiting, is strafbaar.² Tevens komt een dienst die beschikt over een erkenning of een voorlopige werkingsvergunning in aanmerking voor subsidiëring.³

VORMVEREISTEN

3. De vraag rijst of de ontworpen bepalingen staatssteun betreffen in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU), waarvoor overeenkomstig artikel 108, lid 3, VWEU een voorafgaande aanmeldingsplicht bij de Europese Commissie geldt.

Daaromtrent om nadere toelichting gevraagd, stelt de gemachtigde het volgende:

“L’article 108 du Traité coordonné sur le fonctionnement de l’Union européenne coordonné (Vw EU 2009) auquel vous faites référence ne s’applique donc pas aux services de garde à domicile visés dans l’avant-projet d’ordonnance. Cet article 108 s’inscrit dans le Titre VII ‘Les règles communes sur la concurrence, la fiscalité et le rapprochement des législations’, chapitre 1^{er}, section 1 fixant les règles de concurrence applicables aux entreprises. De telles règles ne s’appliquent pas aux services sociaux visés dans le considérant (27) ci-dessus⁴.”

De gemachtigde bedoelt wellicht dat de te erkennen diensten voor thuisoppas moeten beschouwd worden als niet-economische diensten van algemeen belang, die niet onder de toepassing van het VWEU vallen.

¹ Artikel 6 van de ordonnantie van 7 november 2002.

² Zie artikel 23, § 1, 1°, van de ordonnantie van 7 november 2002.

³ Zie de artikelen 14 tot 20 van de ordonnantie van 7 november 2002.

⁴ Zie citaat in randnummer 4.1 – bedoeld wordt de considerans 27 bij de dienstenrichtlijn.

De vraag of de ontworpen bepalingen aan een voorafgaande aanmeldingsplicht bij de Europese Commissie zijn onderworpen, is onlosmakelijk verbonden met de vraag of diensten voor thuisopvang al dan niet een economische activiteit uitoefenen en desgevallend het voorontwerp getoetst moet worden aan het VWEU en aan de dienstenrichtlijn. Dienaangaande wordt verwezen naar de opmerkingen onder randnummer 4 van dit advies.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

ALGEMENE OPMERKING

4.1. Op de vraag of de diensten voor huishulp onder het toepassingsgebied vallen van het recht van vestiging (artikelen 49 e.v. VWEU) of het recht van vrije dienstverrichting (artikelen 56 e.v. VWEU) of van richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 ‘betreffende diensten op de interne markt’ (dienstenrichtlijn) en, indien de diensten voor thuisopvang onder de dienstenrichtlijn vallen, of het onderbrengen van de activiteit in een vergunningsstelsel werd getoetst aan hoofdstuk III van de dienstenrichtlijn en, indien de activiteit kan uitgeoefend worden onder de vorm van vrije dienstverrichting (tijdelijke en occasionele uitoefening van de dienst op het grondgebied van het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad door een dienstverrichter gevestigd in een andere lidstaat van de EU), of het voorontwerp werd getoetst aan hoofdstuk IV van de dienstenrichtlijn, geeft de gemachtigde het volgende antwoord:

“Nee die diensten zullen geen economische activiteit uitoefenen.

Voir le Considérant n° 27 et 28 de la directive :

(27) La présente directive ne devrait pas couvrir les services sociaux dans les domaines du logement, de l’aide à l’enfance et de l’aide aux familles et aux personnes dans le besoin qui sont assurés par l’État au niveau national, régional ou local, par des prestataires mandatés par l’État ou par des associations caritatives reconnues comme tels par l’État avec pour objectif d’assister les personnes qui se trouvent de manière permanente ou temporaire dans une situation de besoin particulière en raison de l’insuffisance de leurs revenus familiaux, ou d’un manque total ou partiel d’indépendance et qui risquent d’être marginalisées. Ces services sont essentiels pour garantir le droit fondamental à la dignité et à l’intégrité humaines et sont une manifestation des principes de cohésion sociale et de solidarité et ne devraient pas être affectés par la présente directive.

(28) La présente directive ne porte pas sur le financement des services sociaux, ni le système d’aides qui y est lié. Elle n’affecte pas non plus les critères ou conditions fixés par les États membres pour assurer que les services sociaux exercent effectivement une fonction au bénéfice de l’intérêt public et de la cohésion sociale. En outre, elle ne devrait pas affecter le principe de service universel tel qu’il est mis en œuvre dans les services sociaux des États membres.”

4.2. In deze redenering worden twee zaken verward. Ofwel gaat het om een niet-economische dienst van algemeen belang, die niet onder het toepassingsgebied valt van het

VWEU en van de dienstenrichtlijn.⁵ In dat geval speelt artikel 2, lid 2, j) van de dienstenrichtlijn geen rol. Ofwel gaat het om een dienst die wel onder het toepassingsgebied van het VWEU en de dienstenrichtlijn valt, maar is wat dit laatste betreft een uitzondering mogelijk zo voldaan is aan de voorwaarden bepaald in artikel 2, lid 2, j) van de dienstenrichtlijn.

Wat deze uitzondering betreft, stelt het Hof van Justitie van de Europese Unie⁶ dat enkel de diensten die aan twee cumulatieve voorwaarden voldoen, onder artikel 2, lid 2, j) van de dienstenrichtlijn vallen. De eerste voorwaarde betreft de aard van de uitgeoefende activiteiten: zij moeten van wezenlijk belang zijn voor het waarborgen van het grondrecht op menselijke waardigheid en integriteit en een uiting van de beginselen van de sociale samenhang en solidariteit vormen. De tweede voorwaarde betreft het statuut van de dienstverrichter: het kan gaan om de Staat zelf, een liefdadigheidsinstelling die als zodanig door de Staat is erkend, of nog, een particuliere dienstverrichter die een mandaat van de Staat heeft gekregen.

Aangaande de inhoud van de machtiging verduidelijkt het Hof dat een particuliere dienstverrichter moet worden geacht door de staat te zijn gemachtigd voor zover hij ‘verplicht’ is de aan hem opgedragen sociale diensten te verstrekken. Uit het oogpunt van de dienstverrichter moet deze verplichting worden geacht de verbintenis in te houden om de betrokken diensten te verstrekken, waarbij bepaalde specifieke uitoefeningsvoorwaarden in acht moeten worden genomen. De enkele omstandigheid dat een nationale autoriteit, om redenen van algemeen belang, maatregelen vaststelt waarbij aan alle marktdeelnemers in een bepaalde economische sector vergunnings- of exploitatievoorschriften worden opgelegd, op zich niet een dergelijk machtigingsbesluit voor de toepassing van artikel 2, lid 2, *sub j*, van deze richtlijn.⁷

4.3. Indien de te erkennen diensten voor thuisoppas effectief geen economische activiteit uitoefenen, zijn ze te beschouwen als niet-economische diensten van algemeen belang en moet het voorontwerp niet getoetst worden aan het VWEU en aan de dienstenrichtlijn.

4.4. Indien het daarentegen mogelijk is dat de diensten wel een economische activiteit uitoefenen, kan alleen indien alle diensten beantwoorden aan de voorwaarden bedoeld in artikel 2, lid 2, j) van de dienstenrichtlijn van de uitzondering gebruik worden gemaakt en dient niet te worden getoetst aan de dienstenrichtlijn.

Het is dienvolgens raadzaam om het voorontwerp op deze punten aan een bijkomend onderzoek te onderwerpen en het desgevallend aan te passen in de zin van de in randnummer 4.4 geformuleerde opmerkingen, dan wel om uitdrukkelijk te bepalen dat de te erkennen diensten voor thuisoppas effectief geen economische activiteit uitoefenen en te beschouwen zijn als niet-economische diensten van algemeen belang zodat het voorontwerp niet getoetst dient te worden aan het VWEU en aan de dienstenrichtlijn.

⁵ Zie de definitie van “dienst” in artikel 4, 1) van de dienstenrichtlijn en zie artikel 2, lid 2, a) van de dienstenrichtlijn.

⁶ HvJ 11 juli 2013, C-57/12, vzw Fédération des maisons de repos privées de Belgique (Femarbel).

⁷ Overwegingen 42 e.v.

BIJZONDERE OPMERKINGENIndieningsbesluit

5. Het voorontwerp van ordonnantie moet worden voorafgegaan door een indieningsbesluit.⁸

Artikel 2

6. In de Nederlandse tekst dient in de inleidende zin het jaartal 2002 te worden vermeld in het opschrift van de te wijzigen ordonnantie.

7. Het verdient aanbeveling om in het ontworpen artikel 2, 5°, van de ordonnantie van 7 november 2002 de zinsnede “van een dienst voor bijstand aan personen” te vervangen door de zinsnede “van een centrum of dienst voor bijstand aan personen”.

Artikel 3

8. In het ontworpen artikel 3 van de ordonnantie van 7 november 2002 dient een onderdeel 1°/1 en niet een onderdeel 1°/2 te worden ingevoegd.

*

⁸ Zie *Beginnelsen van de wetgevingstechniek. Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, Raad van State, 2008, aanbevelingen 226 en 227, te raadplegen op de internetsite van de Raad van State (www.raadvst-consetat.be).

1. En application de l'article 84, § 3, alinéa 1^{er}, 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 DE L'AVANT-PROJET

2. L'avant-projet d'ordonnance soumis pour avis a pour objet d'étendre le champ d'application de l'ordonnance du 7 novembre 2002 'relative aux centres et services de l'aide aux personnes' aux services de garde à domicile.

Il en résulte que nul ne peut exercer les missions des services de garde à domicile sans être agréé à cette fin par le Collège réuni de la Commission communautaire commune ou sans posséder une autorisation de fonctionnement provisoire accordée par le Collège réuni¹. L'exploitation d'un service sans agrément ou autorisation de fonctionnement provisoire ou en cas de retrait de l'agrément ou de l'autorisation de fonctionnement provisoire ou de fermeture est punissable². En outre, un service qui dispose d'un agrément ou d'une autorisation de fonctionnement provisoire peut bénéficier d'une subvention³.

FORMALITÉS

3. La question se pose de savoir si les dispositions en projet concernent une aide d'État au sens de l'article 107, paragraphe 1, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), qui doit faire l'objet d'une notification préalable à la Commission européenne, conformément à l'article 108, paragraphe 3, TFUE.

Invité à donner des précisions à cet égard, le délégué a déclaré ce qui suit :

« L'article 108 du Traité coordonné sur le fonctionnement de l'Union européenne coordonné (Vw EU 2009) auquel vous faites référence ne s'applique donc pas aux services de garde à domicile visés dans l'avant-projet d'ordonnance. Cet article 108 s'inscrit dans le Titre VII 'Les règles communes sur la concurrence, la fiscalité et le rapprochement des législations', chapitre 1^{er}, section 1 fixant les règles de concurrence applicables aux entreprises. De telles règles ne s'appliquent pas aux services sociaux visés dans le considérant (27) ci-dessus⁴ ».

Le délégué entend sans doute par là que les services de garde à domicile à agréer doivent être considérés comme des services d'intérêt général non économiques ne relevant pas de l'application du TFUE.

¹ Article 6 de l'ordonnance du 7 novembre 2002.

² Voir l'article 23, § 1^{er}, 1^o, de l'ordonnance du 7 novembre 2002.

³ Voir les articles 14 à 20 de l'ordonnance du 7 novembre 2002.

⁴ Voir la citation au point 4.1 – est visé le considérant 27 de la directive services.

La question de savoir si les dispositions en projet sont soumises à une notification préalable à la Commission européenne est indissolublement liée à la question de savoir si les services de garde à domicile exercent ou non une activité économique et si, le cas échéant, l'avant-projet doit être examiné au regard du TFUE et de la directive services. À cet égard, il est renvoyé aux observations formulées au point 4 du présent avis.

EXAMEN DU TEXTE

OBSERVATION GÉNÉRALE

4.1. À la question de savoir si les services d'aide à domicile relèvent du champ d'application du droit d'établissement (articles 49 et suivants du TFUE) ou du droit à la libre prestation des services (articles 56 et suivants du TFUE) ou de la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 'relative aux services dans le marché intérieur' (directive services) et, si les services de garde à domicile relèvent de la directive services, si l'intégration de l'activité dans un régime d'autorisation a été contrôlée au regard du chapitre III de la directive services et, si l'activité peut être exercée sous la forme de libre prestation de services (exercice temporaire et occasionnel du service sur le territoire de la région bilingue de Bruxelles-Capitale par un prestataire de services établi dans un autre État membre de l'UE), ou si l'avant-projet a été examiné au regard du chapitre IV de la directive services, le délégué a donné la réponse suivante :

« Neen die diensten zullen geen economische activiteit uitoefenen.

Voir le Considérant n° 27 et 28 de la directive :

(27) La présente directive ne devrait pas couvrir les services sociaux dans les domaines du logement, de l'aide à l'enfance et de l'aide aux familles et aux personnes dans le besoin qui sont assurés par l'État au niveau national, régional ou local, par des prestataires mandatés par l'État ou par des associations caritatives reconnues comme tels par l'État avec pour objectif d'assister les personnes qui se trouvent de manière permanente ou temporaire dans une situation de besoin particulière en raison de l'insuffisance de leurs revenus familiaux, ou d'un manque total ou partiel d'indépendance et qui risquent d'être marginalisées. Ces services sont essentiels pour garantir le droit fondamental à la dignité et à l'intégrité humaines et sont une manifestation des principes de cohésion sociale et de solidarité et ne devraient pas être affectés par la présente directive.

(28) La présente directive ne porte pas sur le financement des services sociaux, ni le système d'aides qui y est lié. Elle n'affecte pas non plus les critères ou conditions fixés par les États membres pour assurer que les services sociaux exercent effectivement une fonction au bénéfice de l'intérêt public et de la cohésion sociale. En outre, elle ne devrait pas affecter le principe de service universel tel qu'il est mis en œuvre dans les services sociaux des États membres ».

4.2. Ce raisonnement confond deux choses. Soit il s'agit d'un service d'intérêt général non économique, qui ne relève pas du champ d'application du TFUE et de la directive services⁵,

⁵ Voir la définition de « service » figurant à l'article 4, 1), de la directive services et voir l'article 2, paragraphe 2, a), de ladite directive.

auquel cas l'article 2, paragraphe 2, j), de ladite directive ne s'applique pas. Soit il s'agit d'un service qui relève effectivement du champ d'application du TFUE et de la directive services, mais en ce qui concerne cette dernière, une exception est possible si les conditions prévues à l'article 2, paragraphe 2, j), de la directive services sont remplies.

En ce qui concerne cette exception, la Cour de Justice de l'Union européenne⁶ estime que seuls les services qui remplissent deux conditions cumulatives relèvent de l'article 2, paragraphe 2, j), de la directive services. La première condition concerne la nature des activités exercées : celles-ci doivent être essentielles pour garantir le droit fondamental à la dignité et à l'intégrité humaines et constituer une manifestation des principes de cohésion sociale et de solidarité. La seconde condition concerne le statut du prestataire des services : il peut s'agir de l'État lui-même, d'une association caritative reconnue comme telle par l'État ou encore d'un prestataire de services privé mandaté par ce dernier.

En ce qui concerne le contenu du mandat, la Cour précise qu'un prestataire de services privé doit être considéré comme mandaté par l'État dans la mesure où il a l'« obligation » de fournir les services sociaux qui lui ont été confiés. Du point de vue du prestataire de services, cette obligation doit être comprise comme impliquant l'engagement contraignant de fournir les services en cause et la nécessité de le faire dans le respect de certaines conditions spécifiques d'exercice. Le seul fait qu'une autorité nationale adopte des mesures imposant, pour des raisons d'intérêt général, des règles d'autorisation ou de fonctionnement à l'ensemble des opérateurs d'un secteur économique donné n'est pas, en soi, constitutif d'un tel acte de mandatement aux fins de l'application de l'article 2, paragraphe 2, sous j), de ladite directive⁷.

4.3. Si les services de garde à domicile à agréer n'exercent effectivement aucune activité économique, ils doivent être considérés comme des services d'intérêt général non économiques et l'avant-projet ne doit pas être examiné au regard du TFUE et de la directive services.

4.4. Si, au contraire, il est possible que les services exercent effectivement une activité économique, l'exception ne peut être invoquée que si tous les services remplissent les conditions visées à l'article 2, paragraphe 2, j), de la directive services et le contrôle au regard de la directive services n'est pas nécessaire.

Il est dès lors conseillé de soumettre l'avant-projet à un examen complémentaire sur ces points et, le cas échéant, de l'adapter dans le sens des observations formulées au point 4.4., ou de prévoir expressément que les services de garde à domicile à agréer n'exercent effectivement aucune activité économique et doivent être considérés comme des services d'intérêt général non économiques, de sorte que l'avant-projet ne doit pas être examiné au regard du TFUE et de la directive services.

⁶ C.J.U.E., 11 juillet 2013, C-57/12, A.S.B.L. Fédération des maisons de repos privées de Belgique (Femarbel).

⁷ Considérants 42 et suivantes.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRESArrêté de présentation

5. L'avant-projet d'ordonnance doit être précédé d'un arrêté de présentation ⁸.

Article 2

6. Dans le texte néerlandais de la phrase liminaire, il convient de mentionner le millésime 2002 dans l'intitulé de l'ordonnance à modifier.

7. À l'article 2, 5°, en projet, de l'ordonnance du 7 novembre 2002, il est recommandé de remplacer le membre de phrase « du (lire : d'un) service d'aide aux personnes » par le membre de phrase « d'un centre ou service d'aide aux personnes ».

Article 3

8. À l'article 3, en projet, de l'ordonnance du 7 novembre 2002, il convient d'insérer un 1°/1 et non un 1°/2.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Wim GEURTS

Wilfried VAN VAERENBERGH

⁸ Voir *Principes de technique législative. Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, Conseil d'État, 2008, recommandations 226 et 227, à consulter sur le site Internet du Conseil d'État (www.raadvst-consetat.be).