



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 66.976/1
van 3 maart 2020

avis 66.976/1
du 3 mars 2020

over

sur

een ontwerp van koninklijk
besluit 'tot uitvoering van de
wet van 12 mei 2014
betreffende de erkenning van
de mantelzorger en de
toekenning van sociale rechten
aan de mantelzorger'

un projet d'arrêté royal 'portant
exécution de la loi du
12 mai 2014 relative à la
reconnaissance de l'aidant
proche et à l'octroi de droits
sociaux à l'aidant proche'

Op 30 januari 2020 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Sociale Zaken verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een ontwerp van koninklijk besluit ‘tot uitvoering van de wet van 12 mei 2014 betreffende de erkenning van de mantelzorger en de toekenning van sociale rechten aan de mantelzorger’.

Het ontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 27 februari 2020. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Wilfried VAN VAERENBERGH en Chantal BAMPS, staatsraden, Michel TISON, assessor, en Annemie GOOSSENS, griffier.

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

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Wilfried VAN VAERENBERGH, staatsraad.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 3 maart 2020.

*

Le 30 janvier 2020, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par la Ministre des Affaires sociales à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté royal ‘portant exécution de la loi du 12 mai 2014 relative à la reconnaissance de l'aidant proche et à l'octroi de droits sociaux à l'aidant proche’.

Le projet a été examiné par la première chambre le 27 février 2020. La chambre était composée de Marnix VAN DAMME, président de chambre, Wilfried VAN VAERENBERGH et Chantal BAMPS, conseillers d'État, Michel TISON, assesseur, et Annemie GOOSSENS, greffier.

Le rapport a été présenté par Brecht STEEN, premier auditeur chef de section.

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

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 3 mars 2020.

*

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

*

2. Rekening houdend met het tijdstip waarop dit advies gegeven wordt, vestigt de Raad van State de aandacht op het feit dat, wegens het ontslag van de regering, de bevoegdheid van deze laatste beperkt is tot het afhandelen van de lopende zaken. Dit advies wordt evenwel gegeven zonder dat wordt nagegaan of dit ontwerp in die beperkte bevoegdheid kan worden ingepast, aangezien de afdeling Wetgeving geen kennis heeft van het geheel van de feitelijke gegevens welke de regering in aanmerking kan nemen als ze te oordelen heeft of het vaststellen of het wijzigen van verordeningen noodzakelijk is.

STREKKING EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

3. Het om advies voorgelegde ontwerp van koninklijk besluit strekt tot gedeeltelijke uitvoering van de wet van 12 mei 2014 ‘betreffende de erkenning van de mantelzorger’, zoals gewijzigd bij de wet van 17 mei 2019 ‘tot erkenning van de mantelzorgers’. Het regelt de algemene erkenning als mantelzorger en de erkenning als mantelzorger voor de toekenning van sociale rechten. Daarnaast voorziet het in de oprichting van een centraal register van mantelzorgers en geholpen personen.

4. Onder voorbehoud van hetgeen hierna wordt opgemerkt, vindt het ontwerp rechtsgrond in de artikelen 2 en 3bis van de wet van 12 mei 2014, waaraan wordt gerefereerd in het eerste lid van de aanhef van het ontwerp. In dat lid wordt ook verwezen naar artikel 3 van die wet, dat evenwel geen machtiging aan de Koning bevat, dat evenmin moet worden gelezen in samenhang met artikel 108 van de Grondwet,¹ en waarvan de vermelding bijgevolg uit de aanhef van het te nemen besluit dient te worden weggelaten.

4.1. Artikel 10, § 5, van het ontwerp bepaalt dat in geval van onderzoek naar de mantelzorger wegens vermoeden van onregelmatigheden bij de aanvraag van een sociaal recht, het ziekenfonds verplicht is om alle stukken waarover het beschikt, ter beschikking te stellen van de inspectiediensten, met inbegrip van persoonlijke gegevens waarvan de noodzakelijkheid voor het onderzoek is aangetoond. Voor die bepaling kan geen rechtsgrond worden gevonden in de voornoemde bepalingen van de wet van 12 mei 2014, ook niet wanneer die bepalingen worden gelezen in samenhang met artikel 108 van de Grondwet. Die bepaling kan dan ook eerst doorgang vinden nadat de decreetgever daarvoor in een deugdelijke rechtsbasis heeft voorzien.

¹ Zoals door de gemachtigde wordt geopperd.

4.2. Artikel 11 van het ontwerp voorziet in de oprichting van een gegevensbank, dat als centraal register fungeert van mantelzorgers en geholpen personen, waarin een aantal persoonsgegevens worden bewaard. In de wet van 12 mei 2014 is thans geen sprake van de oprichting van een dergelijke gegevensbank. Gelet op het legaliteitsbeginsel dat voortvloeit uit artikel 22 van de Grondwet, dat geacht moet worden in dit geval van toepassing te zijn, dienen de oprichting en de essentiële elementen van dat register, waaronder het bepalen van de aard van de te verwerken gegevens alsook het doel van de verwerking, door de decreetgever te worden bepaald. Artikel 11 kan dan ook in zijn huidige vorm geen doorgang vinden.

BEVOEGDHEID

5.1. In het advies over het voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 12 mei 2014 heeft de Raad van State, afdeling Wetgeving, het volgende opgemerkt over de bevoegdheid van de federale overheid:

“4. Het ontwerp van wet bevat een erkenningsregeling voor de mantelzorgers, maar verbindt aan deze erkenning geen enkel juridisch gevolg. Het ontwerp beperkt zich ertoe het begrip mantelzorger te omschrijven en een groep van mantelzorgers te identificeren. Uit de memorie van toelichting blijkt dat de stellers het ontwerp beschouwen als een eerste stap naar ‘de sociale erkenning van de mantelzorger’, waarbij het wetsontwerp slechts tot doel heeft een definitie van de mantelzorger vast te leggen en zodoende te bepalen wie tot deze doelgroep behoort.

Deze afbakening lijkt gericht op het verlenen van sociale bescherming aan de doelgroep, aangezien artikel 3, § 4, van het ontwerp de Koning machtigt om ‘voor elke maatregel van inwerkingstelling van bescherming van deze doelgroep’ een maximum aantal personen te bepalen. Uit het ontwerp noch uit de memorie blijkt evenwel welke juridische gevolgen in een verdere fase worden beoogd. Hoewel gedacht zou kunnen worden aan sociaalrechtelijke², fiscale of burgerrechtelijke gevolgen, blijkt dit niet uit het ontwerp.

5. Volgens artikel 3, § 1, van het ontwerp is de mantelzorger de persoon ‘die doorlopende en/of regelmatige hulp en bijstand verleent aan de geholpen persoon’, waarbij die geholpen persoon overeenkomstig artikel 2, 1°, van het ontwerp een ‘als zwaar zorgbehoevend erkende persoon’ is.

De regelgeving inzake de hulp en bijstand aan zwaar zorgbehoevende personen behoort in beginsel tot de bevoegdheid van de gemeenschappen. De gemeenschappen zijn immers bevoegd voor het beleid betreffende de zorgenverstrekking in en buiten de verplegingsinrichtingen (artikel 5, § 1, I, 1°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’) en, voor wat betreft de bijstand aan personen, voor het

² Voetnoot 2 van het geciteerde advies: Zoals in enkele voorstellen van wet die zijn ingediend in de Kamer en de Senaat (Wetsvoorstel-FERNANDEZ FERNANDEZ c.s. ‘betreffende de sociale erkenning van mantelzorgers’, *Parl.St.* Kamer 2010-11, nr. 53-1192/1; Wetsvoorstel-GERKENS-ALMACI ‘tot wettelijke erkenning van de mantelzorgers en tot behoud van hun sociale rechten’, *Parl.St.* Kamer 2010-11, nr. 53-1399/1; Wetsvoorstel FONCK ‘tot erkenning van de mantelzorgers’, *Parl.St.* Kamer 2010-11, nr. 53-1768/1; Wetsvoorstel-DE BUE c.s. tot erkenning van de mantelzorgers, *Parl.St.* Kamer 2011-12, nr. 53-1988/1; Wetsvoorstel THIBAUT-VOGELS ‘tot wettelijke erkenning van de mantelzorgers en tot behoud van hun sociale rechten’, *Parl.St.* Senaat, 2010-11, nr. 5-1172/1.) Deze voorstellen bevatten allemaal in meer of mindere mate bepalingen in verband met het recht op gezinsbijslag, ziekte-uitkering, werkloosheidsuitkeringen en de pensioenrechten.

beleid inzake maatschappelijk welzijn, het beleid inzake minder-validen en het bejaardenbeleid (artikel 5, § 1, II, 2°, 4° en 5°, van dezelfde bijzondere wet).

6. Het ontwerp regelt de taak en de opdrachten van mantelzorgers, alsook hun verhouding tot de personen aan wie zij zorg en ondersteuning verlenen. Op grond van de tekst van het ontwerp bepaalt de Koning daarbij ‘de specifieke categorieën van geholpen personen’ (artikel 2, 1°, van het ontwerp) en de ‘soorten en concrete vormen van bijstand en hulp’ (artikel 2, 3°, van het ontwerp) waarvan de erkenning als mantelzorger afhankelijk zal zijn.

Een regeling die aldus op algemene wijze het statuut van de mantelzorgers en hun erkenning in die hoedanigheid regelt, los van enig juridisch gevolg op het vlak van federale bevoegdheden, moet worden geacht te behoren tot de bevoegdheid van de gemeenschappen inzake bijstand aan personen, in het bijzonder de bijstand aan zwaar zorgbehoevende personen.

7. Weliswaar kan de federale wetgever het statuut van de mantelzorger regelen, binnen de domeinen waarvoor de federale overheid bevoegd is, zoals de sociale zekerheid, de ziekteverzekering en de fiscaliteit. Om zo’n regeling tot stand te brengen, vermag de wetgever eveneens een definitie van en een erkenningsregeling voor de mantelzorgers uit te werken. Een regeling die de erkenning van de mantelzorgers beoogt, als dusdanig en zonder meer, is evenwel geen regeling die behoort tot de sociale zekerheid, de ziekteverzekering, de fiscaliteit, of andere federale bevoegdheden. Om in overeenstemming te zijn met de bevoegdheidsverdelende regels, moet het ontwerp uitdrukkelijk aangeven met het oog op welke juridische domeinen de erkenningsregeling wordt uitgewerkt.”³

5.2. Voor zover het ontwerp betrekking heeft op de algemene erkenning als mantelzorger geldt nog steeds de hiervoor geciteerde opmerking. Het blijft immers onduidelijk welke rechtsgevolgen verbonden zijn aan de algemene erkenning als mantelzorger. Aangenomen moet worden dat een dergelijke algemene erkenning, die losstaat van het verlenen van sociale rechten in het kader van de federale bevoegdheden, tot de bevoegdheid van de gemeenschappen behoort.

5.3. Voor zover het ontwerp betrekking heeft op de erkenning als mantelzorger voor de toekenning van sociale rechten, dient er in het licht van de hiervoor geciteerde opmerking te worden op gewezen dat die erkenning als verplichting enkel kan gelden ten aanzien van de sociale rechten waarvoor de federale overheid bevoegd is om ze toe te kennen. Artikel 1, 1°, van het ontwerp, dat de definitie van “sociale rechten” bepaald in artikel 4/1, 1°, van de wet van 12 mei 2014⁴ overneemt, dient dan ook in die beperkte lezing te worden begrepen. De gemeenschappen en de gewesten kunnen immers bevoegdheidsrechtelijk niet geacht worden om voor de door hen toegekende sociale rechten gehouden te zijn aan de in de wet van 12 mei 2014 en in het voorliggende ontwerp uitgewerkte regeling inzake de erkenning van de mantelzorger voor de toekenning van sociale rechten.

³ Adv.RvS 55.151/1 van 25 februari 2014, *Parl.St.* Kamer 2013-14, nr. 53-3439/001, 12-14.

⁴ Artikel 4/1 is in de wet van 12 mei 2014 ingevoegd bij de wet van 17 mei 2019. Over laatstgenoemde wet heeft de Raad van State, afdeling Wetgeving, geen advies gegeven.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 1

6. Rekening houdend met hetgeen hiervoor onder randnr. 5.3 is opgemerkt over de bevoegdheid, dient de definitie van “sociale rechten” in artikel 1, 1°, van het ontwerp, beperkt te worden tot de door “de wet” ingestelde sociale rechten.

Artikel 2

7. De verblijfsvoorwaarde in hoofde van de geholpen persoon voor de algemene erkenning als mantelzorger wordt bepaald in artikel 4/2 van de wet van 12 mei 2014. Het verdient aanbeveling om uitdrukkelijk naar deze bepaling te verwijzen.

Artikel 4

8. Voor zover het “aanpassen” van het model van de verklaring op erewoord door de minister betrekking heeft op bijkomstige of detailmatige aangelegenheden, is de machtiging aan de minister aanvaardbaar. Deze opmerking geldt ook voor de machtiging bedoeld in artikel 10.

Artikel 5

9. In de Nederlandse tekst van de inleidende zin van artikel 5 van het ontwerp ontbreekt het equivalent voor “Hormis les cas déjà visés par la loi, ...” in de Franse tekst, wat moet worden verholpen.

10. De stellers van het ontwerp dienen na te gaan of de situaties van automatische erkenning als geholpen persoon voldoende zijn afgestemd op de diverse wetgevingen die tot stand zijn gekomen op gemeenschaps- of gewestelijk niveau. Zo wordt bijvoorbeeld enkel verwezen naar de persoon die “ten minste 35 punten op de BEL-profielschaal in de zin van artikel 1, 5° van het besluit van 30 november 2018 van de Vlaamse Regering houdende de uitvoering van het decreet van 18 mei 2018 houdende de Vlaamse sociale bescherming heeft behaald”, terwijl overeenkomstig artikel 151 van hetzelfde besluit ook de persoon die minstens score 13 op de BelRAI screener of minstens 6 punten op de som van de modules IADL en ADL van de BelRAI screener behaalt, in aanmerking komt voor het zorgbudget voor zwaar zorgbehoevenden in het kader van mantel- en thuiszorg. Er valt niet in te zien waarom gerechtigden op het zorgbudget voor zwaar zorgbehoevenden in het kader van mantel- en thuiszorg enkel automatisch zouden worden erkend indien zij gescreend zijn met de BEL-profielschaal, en niet indien zij gescreend zijn met de BelRAI screener. Tenzij er hiervoor een redelijke verantwoording voorhanden zou zijn, doet de gevolgde werkwijze dan ook vragen rijzen uit het oogpunt van het grondwettelijke gelijkheidsbeginsel.

Artikel 6

11. Daargelaten de vraag in hoeverre de verblijfsvoorwaarden in hoofde van de geholpen persoon en de mantelzorger bepaald in de wet van 12 mei 2014⁵ in overeenstemming kunnen worden geacht met de Europeesrechtelijke regels inzake het vrij verkeer van personen, dient te worden nagegaan in hoeverre de bijkomende beperkingen die uit de verblijfsvoorwaarden bepaald in artikel 6 van het ontwerp kunnen voortvloeien, in overeenstemming zijn met die Europeesrechtelijke regels. Daarnaast rijst de vraag hoe deze verblijfsvoorwaarden zich verhouden tot de verblijfsvoorwaarden die in voorkomend geval reeds gelden voor het verkrijgen van een bepaald voordeel dat automatisch leidt tot de erkenning als geholpen persoon (zie artikel 4/4 van de wet van 12 mei 2014 en artikel 5 van het ontwerp).

Artikel 7

12. Men schrijve in artikel 7 van het ontwerp “artikel 4” in plaats van “art. 4”.

Artikel 9

13.1. Artikel 9 van het ontwerp bepaalt dat ten hoogste drie mantelzorgers per geholpen persoon tegelijkertijd erkend kunnen zijn voor het toekennen van sociale rechten. Hierdoor wordt een onderscheid gemaakt tussen mantelzorgers die voldoen aan de voorwaarden om in aanmerking te komen voor een erkenning, al naargelang de volgorde waarin zij een aanvraag tot erkenning indienen.

13.2. Uit de rechtspraak blijkt dat een verschil in behandeling slechts verenigbaar is met de grondwettelijke beginselen van gelijkheid en niet-discriminatie, wanneer dat verschil op een objectief criterium berust en het redelijk verantwoord is. Het bestaan van een dergelijke verantwoording moet worden beoordeeld, rekening houdend met het doel en de gevolgen van de betrokken maatregel en met de aard van de ter zake geldende beginselen; het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie is geschonden wanneer er geen redelijk verband van evenredigheid bestaat tussen de aangewende middelen en het beoogde doel.⁶

13.3. De gemachtigde heft het verschil in behandeling als volgt verantwoord:

“Pour la reconnaissance pour l’octroi de droits sociaux, nous avons en effet prévu, conformément à l’habilitation donnée au Roi par la législation, un maximum de 3 personnes pouvant être reconnues.

Cette procédure de reconnaissance devrait servir de base aussi dans le futur à d’autres droits sociaux. Pour que le système soit ‘attractif’ et gérable et que des droits

⁵ Zie de artikelen 3, § 2, 2° en 3°, en 4/2 van de wet van 12 mei 2014.

⁶ Vaste rechtspraak van het Grondwettelijk Hof. Zie bv. GwH 17 juli 2014, nr. 107/2014, B.12; GwH 25 september 2014, nr. 141/2014, B.4.1; GwH 30 april 2015, nr. 50/2015, B.16; GwH 18 juni 2015, nr. 91/2015, B.5.1; GwH 16 juli 2015, nr. 104/2015, B.6; GwH 16 juni 2016, nr. 94/2016, B.3; GwH 18 mei 2017, nr. 60/2017, B.11; GwH 15 juni 2017, nr. 79/2017, B.3.1; GwH 19 juli 2017, nr. 99/2017, B.11; GwH 28 september 2017, nr. 104/2017, B.8.

soient octroyés dans d'autres branches il faut un nombre limité de personnes et pas un nombre indéterminé de potentiels bénéficiaires. Il faut en effet un cadre clair au vu de l'impact budgétaire qui est lié à l'octroi de droits sociaux.

Nous avons déterminé ce chiffre de 3 personnes sur base d'une étude qui montre notamment le temps que les aidants-proches consacrent à la personne aidée.

En pratique, la demande de reconnaissance est introduite par l'aidant proche et la personne aidée qui signe lui-aussi le formulaire. La personne aidée a une certaine responsabilité pour faire en sorte que ce soit les 3 aidants-proches les plus importants pour elle (par exemple les 3 aidants-proches qui lui consacrent le plus de temps) qui soient reconnus."

13.4. De gegeven verantwoording overtuigt niet. Vooreerst moet worden vastgesteld dat artikel 3bis van de wet van 12 mei 2014 voor de Koning geen verplichting inhoudt om een maximum te bepalen maar enkel een mogelijkheid. Voorts lijkt het maximumaantal van drie mantelzorgers niet te sporen met artikel 7 van het ontwerp, waaruit immers blijkt dat het voor de erkenning als mantelzorger voor het toekennen van sociale rechten volstaat om minstens 50 uren per maand of minstens 600 uren per jaar bijstand en hulp te verlenen aan een geholpen persoon. Uit dit laatste volgt bijvoorbeeld dat de kans niet onbestaande is dat een zwaar zorgbehoevende persoon die meer dan 1800 uren bijstand en hulp per jaar nodig heeft een beroep doet op meer dan drie mantelzorgers, in welk geval niet valt in te zien waarom de vierde en volgende mantelzorgers verstoken zouden moeten blijven van sociale rechten, terwijl de verleende bijstand en hulp in omvang minstens even groot is als deze verleend door de eerste drie mantelzorgers. Bovendien kan het onderscheidingscriterium van de datum van indiening van de aanvraag, in het licht van de doelstelling van de maatregel tot toekenning van sociale rechten aan mantelzorgers, bezwaarlijk als pertinent worden beschouwd. Ook al moet de regelgever geacht worden een beoordelingsmarge te hebben om onder meer in het licht van de leefbaarheid van het systeem de voorwaarden te bepalen waaronder mantelzorgers voor de toekenning van sociale rechten worden erkend, kan hij die beoordelingsmarge niet aanwenden op een wijze die personen in dezelfde situatie verschillend behandelt in het licht van de te realiseren doelstelling. De ontworpen bepaling kan, voor zover ze in het algemeen de vierde en volgende mantelzorgers zonder meer uitsluit van erkenning, niet geacht worden in overeenstemming te zijn met het gelijkheidsbeginsel.

Artikel 12

14. Luidens artikel 12 van het ontwerp treedt het te nemen besluit in werking "op de eerste dag van de maand volgend op de publicatie [lees: 'bekendmaking'] ervan in het Belgisch Staatsblad".

Een dergelijke regeling van inwerkingtreding heeft als nadeel dat, wanneer de bekendmaking van het besluit op het einde van de maand gebeurt, de bestemmelingen ervan niet over de gangbare termijn van tien dagen zullen beschikken om zich desgevallend aan de nieuwe regeling aan te passen.

Indien er inderdaad een bijzondere reden bestaat om van de gangbare termijn van inwerkingtreding af te wijken, zou artikel 12 van het ontwerp ook als volgt kunnen luiden:

“Dit besluit treedt in werking op de eerste dag van de maand die volgt op het verstrijken van een termijn van tien dagen die ingaat de dag na de bekendmaking ervan in het Belgisch Staatsblad.”

Deze bepaling maakt het mogelijk dat de betrokkenen altijd over een termijn van ten minste tien dagen beschikken om van de nieuwe bepalingen kennis te nemen en ze in acht te nemen.

*

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.

*

2. Compte tenu du moment où le présent avis est donné, le Conseil d'État attire l'attention sur le fait qu'en raison de la démission du gouvernement, la compétence de celui-ci se trouve limitée à l'expédition des affaires courantes. Le présent avis est toutefois donné sans qu'il soit examiné si le projet relève bien de la compétence ainsi limitée, la section de législation n'ayant pas connaissance de l'ensemble des éléments de fait que le Gouvernement peut prendre en considération lorsqu'il doit apprécier la nécessité d'arrêter ou de modifier des dispositions réglementaires.

PORTÉE ET FONDEMENT JURIDIQUE DU PROJET

3. Le projet d'arrêté royal soumis pour avis a pour objet de pourvoir à l'exécution partielle de la loi du 12 mai 2014 'relative à la reconnaissance de l'aidant proche', telle qu'elle a été modifiée par la loi du 17 mai 2019 'établissant une reconnaissance des aidants proches'. Il règle la reconnaissance générale en tant qu'aidant proche et la reconnaissance en tant qu'aidant proche pour l'octroi de droits sociaux. Il prévoit en outre la création d'un registre central des aidants proches et des personnes aidées.

4. Sous la réserve de ce qui sera observé ci-après, le projet trouve un fondement juridique dans les articles 2 et 3bis de la loi du 12 mai 2014, visés dans le premier alinéa du préambule du projet. Cet alinéa vise également l'article 3 de cette loi, qui ne comporte toutefois pas de délégation au Roi, qu'il ne faut pas non plus combiner avec l'article 108 de la Constitution¹, et dont la mention sera par conséquent omise du préambule de l'arrêté envisagé.

4.1. L'article 10, § 5, du projet dispose que si l'aidant proche fait l'objet d'une enquête justifiée par des soupçons d'irrégularités dans la demande d'un droit social, la mutualité doit mettre à la disposition des services d'inspection toutes les pièces dont elle dispose, y compris les données personnelles dont il a été démontré qu'elles sont nécessaires à l'enquête. Cette disposition ne peut trouver aucun fondement juridique dans les articles précités de la loi du 12 mai 2014, même lorsque ces derniers sont lus en combinaison avec l'article 108 de la Constitution. Cette disposition ne pourra dès lors se concrétiser que lorsque le législateur décrétal aura créé un fondement juridique adéquat à cet effet.

¹ Comme le suggère le délégué.

4.2. L'article 11 du projet prévoit la constitution d'une banque de données, faisant fonction de registre central des aidants proches et des personnes aidées, dans laquelle sont conservées certaines données à caractère personnel. Pour l'heure, la loi du 12 mai 2014 ne fait pas état de la constitution d'une telle banque de données. Eu égard au principe de légalité découlant de l'article 22 de la Constitution qui, en l'espèce, doit être réputé applicable, c'est au législateur décentral qu'il appartient de prévoir la création de ce registre et d'en fixer les éléments essentiels, parmi lesquels la détermination de la nature des données à traiter ainsi que l'objectif du traitement. Dans sa forme actuelle, l'article 11 ne peut dès lors pas se concrétiser.

COMPÉTENCE

5.1. Dans l'avis sur l'avant-projet devenu la loi du 12 mai 2014, le Conseil d'État, section de législation, a observé ce qui suit concernant la compétence de l'autorité fédérale :

« 4. Le projet de loi comporte des règles relatives à la reconnaissance des aidants proches, mais n'attache à cette dernière aucune conséquence juridique. Le projet se borne à définir la notion d'aidant proche et à identifier un groupe d'aidants proches. Il ressort de l'exposé des motifs que les auteurs considèrent que le projet est une première étape vers 'une reconnaissance sociale de l'aidant proche', l'objectif du projet de loi étant uniquement de définir l'aidant proche et d'ainsi identifier les personnes qui composent ce groupe-cible.

Ce cadre semble avoir pour objectif d'octroyer une protection sociale au groupe-cible, dès lors que l'article 3, § 4, du projet habilite le Roi à fixer un nombre maximal de personnes 'pour chaque mesure de mise en œuvre de protection de ce groupe-cible'. Ni le projet, ni l'exposé n'indiquent cependant les effets juridiques qui seront visés dans une phase ultérieure. Bien que l'on puisse penser à des conséquences sur le plan du droit social², fiscal ou civil, cela ne ressort pas du projet.

5. Selon l'article 3, § 1^{er}, du projet, l'aidant proche est la personne 'qui apporte une aide et un soutien continu et/ou réguliers à la personne aidée', cette personne aidée étant, conformément à l'article 2, 1^o, du projet, une 'personne reconnue en situation de grande dépendance'.

La législation en matière d'aide et d'assistance à des personnes en grande dépendance relève en principe de la compétence des communautés. Les communautés sont en effet compétentes pour la politique de dispensation de soins dans et au dehors des institutions de soins (article 5, § 1^{er}, I, 1^o, de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles') et, en ce qui concerne l'assistance aux personnes, pour la politique en matière d'aide sociale, la politique des handicapés et la politique du troisième âge (article 5, § 1^{er}, II, 2^o, 4^o et 5^o, de la même loi spéciale).

² Note 2 de l'avis cité : Comme dans quelques propositions de loi qui ont été déposées à la Chambre et au Sénat (Proposition de loi FERNANDEZ FERNANDEZ et consorts 'relative à la reconnaissance sociale de l'aidant proche', *Doc. parl.*, Chambre 2010-11, n° 53-1192/1; Proposition de loi GERKENS-ALMACI 'visant à attribuer une reconnaissance légale et un maintien des droits sociaux aux aidants proches', *Doc. parl.*, Chambre 2010-11, n° 53-1399/1; Proposition de loi [FONCK] 'établissant une reconnaissance des aidants proches', *Doc. parl.*, Chambre 2010-11, n° 531768/1; Proposition de loi DE BUE et consorts 'établissant une reconnaissance des aidants proches', *Doc. parl.*, Chambre 2011-12, n° 53-1988/1; Proposition de loi THIBAUT-VOGELS 'visant à attribuer une reconnaissance légale et un maintien des droits sociaux aux aidants proches', *Doc. parl.*, Sénat, 2010-11, n° 51172/1). Dans une mesure variable, ces propositions comportent toutes des dispositions relatives au droit aux allocations familiales, aux indemnités de maladie, aux indemnités de chômage et aux droits à la pension.

6. Le projet règle la tâche et les missions des aidants proches, ainsi que leur relation avec les personnes à qui ils prodiguent des soins et apportent un soutien. Le texte du projet habilite le Roi à déterminer à cet effet '[les] catégories spécifiques de personnes aidées' (article 2, 1°, du projet) et '[les] modalités de soutien et d'aide' (article 2, 3°, du projet), dont dépendra la reconnaissance comme aidant proche.

Il faut considérer qu'un dispositif qui règle ainsi d'une manière générale le statut des aidants proches et leur reconnaissance en cette qualité, indépendamment de toute conséquence juridique sur le plan des compétences fédérales, relève de la compétence des communautés en matière d'aide aux personnes, notamment en matière d'aide aux personnes en situation de grande dépendance.

7. Il est vrai que le législateur fédéral peut régler le statut des aidants proches, dans les domaines qui relèvent de la compétence de l'autorité fédérale, comme la sécurité sociale, l'assurance maladie et la fiscalité. Pour mettre en place une telle réglementation, le législateur peut également définir les aidants proches et édicter les règles relatives à leur reconnaissance. Un dispositif qui a pour objet la reconnaissance des aidants proches, en tant que telle et sans autre précision, n'est toutefois pas un dispositif qui relève de la sécurité sociale, de l'assurance maladie, de la fiscalité, ou d'autres compétences fédérales. Pour être conforme aux règles répartitrices de compétences, le projet doit explicitement indiquer quels sont les domaines juridiques visés par les règles de reconnaissance »³.

5.2. Dans la mesure où le projet concerne la reconnaissance générale comme aidant proche, l'observation citée reste d'actualité. En effet, il reste toujours malaisé de déterminer quels sont les effets juridiques qui sont attachés à la reconnaissance générale comme aidant proche. Il faut considérer que pareille reconnaissance générale, qui est indépendante de l'octroi de droits sociaux dans le cadre des compétences fédérales, relève de la compétence des communautés.

5.3. Dans la mesure où le projet concerne la reconnaissance en tant qu'aidant proche pour l'octroi de droits sociaux, il convient de souligner, à la lumière de l'observation citée, que cette reconnaissance peut être regardée comme une obligation uniquement en ce qui concerne des droits sociaux dont l'octroi relève de la compétence de l'autorité fédérale. Il s'ensuit que l'article 1^{er}, 1°, du projet, qui reproduit la définition des « droits sociaux » inscrite dans l'article 4/1, 1°, de la loi du 12 mai 2014⁴, doit être interprété dans ce sens restrictif. Sur le plan de la répartition des compétences, il ne peut en effet être considéré que, pour les droits sociaux qu'elles octroient, les communautés et les régions sont liées par le régime élaboré dans la loi du 12 mai 2014 et dans le projet à l'examen en matière de reconnaissance de l'aidant proche pour l'octroi de droits sociaux.

³ Avis C.E. 55.151/1 du 25 février 2014, *Doc. parl.*, Chambre, 2013-14, n° 53-3439/001, pp. 12-14.

⁴ L'article 4/1 a été inséré dans la loi du 12 mai 2014 par la loi du 17 mai 2019. Le Conseil d'État, section de législation, n'a pas donné d'avis sur cette dernière loi.

EXAMEN DU TEXTE

Article 1^{er}

6. Eu égard à ce qui a été observé au point 5.3 ci-dessus au sujet de la compétence, la définition des « droits sociaux » inscrite à l'article 1^{er}, 1^o, du projet doit être limitée aux droits sociaux établis par « la loi ».

Article 2

7. La condition de résidence visant la personne aidée pour la reconnaissance générale en tant qu'aident proche est prévue à l'article 4/2 de la loi du 12 mai 2014. Il est recommandé de faire expressément référence à cette disposition.

Article 4

8. Dans la mesure où l'« adaptation » du modèle de déclaration sur l'honneur par le ministre concerne des matières accessoires ou de détail, la délégation au ministre peut être admise. Cette observation vaut également pour l'habilitation visée à l'article 10.

Article 5

9. Dans le texte néerlandais de la phrase introductive de l'article 5 du projet, les mots « Hormis les cas déjà visés par la loi, ... » figurant dans le texte français sont sans équivalents, ce à quoi il convient de remédier.

10. Les auteurs du projet doivent vérifier si les situations de reconnaissance automatique comme personne aidée ont été suffisamment alignées sur les différentes législations élaborées par les communautés et les régions. C'est ainsi, par exemple, que le projet ne vise que la personne qui « a obtenu au moins 35 points sur l'échelle de profil BEL au sens de l'article 1^{er}, 5^o de l'arrêté du 30 novembre 2018 du Gouvernement flamand portant exécution du décret du 18 mai 2008 relatif à la protection sociale flamande », alors que conformément à l'article 151 du même arrêté la personne qui a obtenu un score minimum de 13 au BelRAI screener ou minimum 6 points pour la somme des modules AIVQ et AVQ du BelRAI screener, entre également en considération pour un budget de soins pour personnes fortement dépendantes dans le cadre des soins de proximité et à domicile. On n'aperçoit pas pourquoi des bénéficiaires d'un budget de soins pour personnes fortement dépendantes dans le cadre des soins de proximité et à domicile ne seraient reconnus automatiquement que s'ils ont été évalués au regard de l'échelle de profil BEL, et pas s'ils ont été évalués au regard de l'échelle BelRAI. À moins qu'il n'existe une justification raisonnable sur ce point, le procédé utilisé soulève dès lors des questions du point de vue du principe constitutionnel d'égalité.

Article 6

11. Outre la question de savoir dans quelle mesure les conditions de résidence visant la personne aidée et l'aidant proche prévues dans la loi du 12 mai 2014 ⁵ peuvent être considérées comme compatibles avec les règles du droit européen en matière de libre circulation des personnes, il faut examiner dans quelle mesure les limitations complémentaires qui peuvent découler des conditions de résidence fixées à l'article 6 du projet s'accordent avec ces mêmes règles. La question se pose par ailleurs de savoir comment ces conditions de résidence s'articulent avec celles qui, le cas échéant, permettent déjà d'obtenir un avantage déterminé qui conduit automatiquement à la reconnaissance comme personne aidée (voir l'article 4/4 de la loi du 12 mai 2014 et l'article 5 du projet).

Article 7

12. À l'article 7 du projet, on écrira « l'article 4 » au lieu de « l'art. 4 ».

Article 9

13.1. L'article 9 du projet dispose que pour une personne aidée, trois aidants proches au maximum peuvent être reconnus en même temps pour l'octroi de droits sociaux. Une distinction est ainsi établie entre des aidants proches qui satisfont aux conditions permettant d'obtenir la reconnaissance, selon l'ordre dans lequel ils introduisent une demande de reconnaissance.

13.2. Il ressort de la jurisprudence, qu'une différence de traitement ne peut se concilier avec les principes constitutionnels d'égalité et de non-discrimination que si cette différence repose sur un critère objectif et si elle est raisonnablement justifiée. L'existence d'une telle justification doit s'apprécier en tenant compte du but et des effets de la mesure concernée ainsi que de la nature des principes en cause ; le principe d'égalité et de non-discrimination est violé lorsqu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé ⁶.

13.3. Le délégué a justifié la différence de traitement comme suit :

« Pour la reconnaissance pour l'octroi de droits sociaux, nous avons en effet prévu, conformément à l'habilitation donnée au Roi par la législation, un maximum de 3 personnes pouvant être reconnues.

⁵ Voir les articles 3, § 2, 2° et 3°, et 4/2, de la loi du 12 mai 2014.

⁶ Jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle. Voir par exemple : C.C., 17 juli 2014, n° 107/2014, B.12 ; C.C., 25 septembre 2014, n° 141/2014, B.4.1 ; C.C., 30 avril 2015, n° 50/2015, B.16 ; C.C., 18 juin 2015, n° 91/2015, B.5.1 ; C.C., 16 juillet 2015, n° 104/2015, B.6 ; C.C., 16 juin 2016, n° 94/2016, B.3 ; C.C., 18 mai 2017, n° 60/2017, B.11 ; C.C., 15 juin 2017, n° 79/2017, B.3.1 ; C.C., 19 juillet 2017, n° 99/2017, B.11 ; C.C., 28 septembre 2017, n° 104/2017, B.8.

Cette procédure de reconnaissance devrait servir de base aussi dans le futur à d'autres droits sociaux. Pour que le système soit 'attractif' et gérable et que des droits soient octroyés dans d'autres branches il faut un nombre limité de personnes et pas un nombre indéterminé de potentiels bénéficiaires. Il faut en effet un cadre clair au vu de l'impact budgétaire qui est lié à l'octroi de droits sociaux.

Nous avons déterminé ce chiffre de 3 personnes sur base d'une étude qui montre notamment le temps que les aidants-proches consacrent à la personne aidée.

En pratique, la demande de reconnaissance est introduite par l'aidant proche et la personne aidée qui signe lui-aussi le formulaire. La personne aidée a une certaine responsabilité pour faire en sorte que ce soit les 3 aidants-proches les plus importants pour elle (par exemple les 3 aidants-proches qui lui consacrent le plus de temps) qui soient reconnus ».

13.4. La justification avancée ne convainc pas. Il faut tout d'abord constater que l'article 3bis de la loi du 12 mai 2014 n'implique pas pour le Roi une obligation de fixer un maximum, mais lui ouvre seulement une possibilité. Ensuite, il apparaît que le nombre maximal de trois aidants proches ne se concilie pas avec l'article 7 du projet, d'où il ressort en effet que pour être reconnu en tant qu'aidant proche pour l'octroi de droits sociaux, il suffit d'apporter soutien et aide à une personne aidée à concurrence d'un minimum de 50 heures par mois ou de 600 heures par an. Il résulte de ce qui précède, par exemple, qu'il n'est pas exclu qu'une personne en grande dépendance qui nécessite plus de 1800 heures de soutien et d'aide par an fasse appel à plus de trois aidants proches, auquel cas on n'aperçoit pas pourquoi le quatrième aidant proche et les suivants ne pourraient pas bénéficier de droits sociaux, alors que le volume du soutien et de l'aide qu'ils apportent est au moins aussi important que celui apporté par les trois premiers aidants proches. En outre, le critère de distinction qu'est la date de l'introduction de la demande peut difficilement être considéré comme pertinent au regard de l'objectif de la mesure visant à octroyer des droits sociaux à des aidants proches. Même si l'on doit considérer que l'auteur de la norme dispose d'une marge d'appréciation lui permettant, eu égard notamment à la viabilité du système, de fixer les conditions suivant lesquelles les aidants proches sont reconnus pour l'octroi de droits sociaux, il ne peut utiliser cette marge d'appréciation selon des modalités qui traitent d'une manière différente des personnes se trouvant dans la même situation au regard de l'objectif poursuivi. Dans la mesure où, d'une manière générale, la disposition en projet exclut purement et simplement de la reconnaissance le quatrième aidant proche et les suivants, elle ne peut être tenue pour conforme au principe d'égalité.

Article 12

14. Selon l'article 12 du projet, l'arrêté envisagé entre en vigueur « le premier jour du mois suivant sa publication au Moniteur belge ».

Un tel régime d'entrée en vigueur présente l'inconvénient que si la publication de l'arrêté intervient à la fin du mois, ses destinataires ne disposeront pas du délai usuel de dix jours pour s'adapter, le cas échéant, à la nouvelle réglementation.

Si un motif particulier justifiait effectivement de déroger au délai usuel d'entrée en vigueur, l'article 12 du projet pourrait également être rédigé comme suit :

« Le présent arrêté entre en vigueur le premier jour du mois qui suit l'expiration d'un délai de dix jours prenant cours le jour suivant sa publication au Moniteur belge ».

Cette disposition permet aux intéressés de toujours disposer d'un délai d'au moins dix jours pour prendre connaissance des nouvelles dispositions et pour s'y conformer.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Annemie GOOSSENS

Marnix VAN DAMME