



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 67.192/3
van 4 mei 2020

avis 67.192/3
du 4 mai 2020

over

sur

een ontwerp van besluit van
het Verenigd College van de
Gemeenschappelijke
Gemeenschapscommissie 'tot
vastlegging van de nadere
regels met betrekking tot de
reconversie van rusthuisbedden
voor het begrotingsjaar 2020
en 2021'

un projet d'arrêté du Collège
réuni de la Commission
communautaire commune
'fixant les modalités relatives à
la reconversion des lits de
maisons de repos pour les
exercices budgétaires 2020
et 2021'

Op 1 april 2020 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Ministers, Leden van het Verenigd College van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie, bevoegd voor Welzijn en Gezondheid verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een ontwerp van besluit van het Verenigd College van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie ‘tot vastlegging van de nadere regels met betrekking tot de reconversie van rusthuisbedden voor het begrotingsjaar 2020 en 2021’.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 21 april 2020. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Jeroen VAN NIEUWENHOVE en Koen MUYLLE, staatsraden, Jan VELAERS en Bruno PEETERS, assessoren, en Astrid TRUYENS, griffier.

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

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

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 4 mei 2020.

*

Le 1^{er} avril 2020, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par les Ministres, Membres du Collège réuni de la Commission communautaire commune, en charge de l'Action sociale et de la Santé à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté du Collège réuni de la Commission communautaire commune ‘fixant les modalités relatives à la reconversion des lits de maisons de repos pour les exercices budgétaires 2020 et 2021’.

Le projet a été examiné par la troisième chambre le 21 avril 2020. La chambre était composée de Jo BAERT, président de chambre, Jeroen VAN NIEUWENHOVE et Koen MUYLLE, conseillers d'État, Jan VELAERS et Bruno PEETERS, assesseurs, et Astrid TRUYENS, 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 Koen MUYLLE, conseiller d'État.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 4 mai 2020.

*

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

*

STREKKING VAN HET ONTWERP

2. De ordonnantie van 13 juli 2017 ‘strekkende tot instelling van een moratorium van het aantal bedden voor bepaalde voorzieningen voor opvang of huisvesting van bejaarde personen’ heeft een moratorium ingesteld van het aantal bedden in de rusthuizen (hierna: ROB), de centra voor kortverblijf (hierna: CVK) en de rust- en verzorgingstehuizen (hierna: RVT) waarvoor de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie bevoegd is. Daardoor kunnen ROB en CVK geen bijkomende specifieke vergunning tot ingebruikname en exploitatie meer krijgen en kan geen enkel nieuw bed gevestigd in een RVT nog een specifieke vergunning tot ingebruikneming of exploitatie krijgen.

In artikel 6 van deze ordonnantie wordt het Verenigd College gemachtigd om af te wijken van dit moratorium voor zover de vergunning van nieuwe bedden voor een RVT of voor een CVK gepaard gaat met een gelijktijdige en gelijkwaardige vermindering van ROB-bedden.

Het voor advies voorgelegde ontwerp van besluit van het Verenigd College strekt ertoe om voor de begrotingjaren 2020 en 2021 de regels te bepalen waaronder een nieuwe specifieke vergunning kan worden toegekend voor de ingebruikname en exploitatie van RVT-bedden of bedden voor kortverblijf (artikelen 2 en 3 van het ontwerp).

Voorts wordt bepaald hoe een aanvraag om een vergunning ontvankelijk kan worden ingediend (artikelen 4 tot 6), in welke gevallen de vergunning automatisch verstrijkt (artikel 7) en hoe de aanvragen worden behandeld wanneer het aantal aanvragen het maximale aantal RVT-bedden overschrijdt (artikelen 8 en 9).

Beheerders uit de privésector met winstoogmerk kunnen via overdracht verkregen vergunde ROB-bedden laten meetellen als vergund ROB-bed waarvan moet worden afgezien bij de omzetting van een erkend en gefinancierd ROB-bed in een erkend en gefinancierd RVT-bed (artikel 10).

Het te nemen besluit treedt in werking op de dag van de publicatie (lees: bekendmaking) ervan in het Belgisch Staatsblad en houdt op van kracht te zijn (lees: treedt buiten werking) op 30 juni 2021 (artikel 11).

RECHTSGROND

3.1. De artikelen 1 tot 9 van het ontworpen besluit vinden in beginsel rechtsgrond in artikel 6, eerste lid, van de ordonnantie van 13 juli 2017. Zoals hiervoor vermeld wordt het Verenigd College in die bepaling gemachtigd om af te wijken van het moratorium waarin die ordonnantie voorziet, evenals om de voorwaarden van deze afwijking te bepalen en om de gelijktijdige en gelijkwaardige vermindering van ROB-bedden te omschrijven.

Artikel 3, §§ 3 en 4, van het ontworpen besluit vindt bijkomend rechtsgrond in artikel 6, tweede lid, van de ordonnantie van 13 juli 2017, naar luid waarvan het Verenigd College een maximaal aantal bedden kan bepalen die in aanmerking komen voor de vergunning tot ingebruikneming en exploitatie, voor de erkenning of voor de bijzondere erkenning als RVT-bed of als bed voor CVK.

Voor de artikelen 8 en 9 van het ontworpen besluit kan bijkomend rechtsgrond worden gevonden in artikel 6, derde lid, van de ordonnantie van 13 juli 2017, waarin wordt bepaald dat het Verenigd College de criteria vaststelt inzake voorrang voor het geval het aantal gevraagde bedden voor reconversie het door het College bepaalde maximumaantal overschrijdt.

3.2. Artikel 10 van het ontworpen besluit, dat voorziet in een afwijking van de regeling van de overdracht van erkende ROB-bedden bepaald in artikel 4 van het besluit van het Verenigd College van 4 juni 2009,¹ vindt rechtsgrond in artikel 6, tweede lid, van de ordonnantie van 24 april 2008 ‘betreffende de voorzieningen voor opvang of huisvesting van bejaarde personen’. Naar luid van die bepaling kan het Verenigd College, na advies van de Beheerraad voor Gezondheid en Bijstand aan Personen (hierna: de Beheerraad), de voorwaarden vaststellen voor de overdracht van bedden of plaatsen tussen voorzieningen van hetzelfde type.

3.3. Uit het eerste en het tweede lid van de aanhef van het ontworpen besluit blijkt dat ook een beroep wordt gedaan op de algemene uitvoeringsbevoegdheid waarover het Verenigd College beschikt op grond van artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’, in samenhang gelezen met artikel 69, tweede lid, van de bijzondere wet van 12 januari 1989 ‘met betrekking tot de Brusselse instellingen’.

Vermits alle bepalingen van het ontworpen besluit voldoende rechtsgrond vinden in hetzij artikel 6 van de ordonnantie van 13 juli 2017, hetzij artikel 6, tweede lid, van de ordonnantie van 24 april 2008, is het evenwel niet nodig om bijkomend een beroep te doen op de algemene uitvoeringsbevoegdheid van het Verenigd College.

¹ Besluit van het Verenigd College van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie van 4 juni 2009 ‘tot vaststelling van de procedures voor de programmering en de erkenning van de voorzieningen voor opvang of huisvesting van bejaarde personen die tot de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie behoren’.

VORMVEREISTEN

4.1. Uit de stukken van het dossier blijkt niet dat het ontwerp het voorwerp heeft uitgemaakt van een gendertest.

Nochtans wordt in artikel 3, 2°, van de ordonnantie van 16 mei 2014 ‘houdende de integratie van de genderdimensie in de beleidslijnen van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie’ bepaald dat elk lid van het Verenigd College, “voor elk wetgevend of reglementair ontwerp een evaluatieverslag [opstelt] van de impact ervan op de respectieve situatie van vrouwen en mannen”.

4.2. Hetzelfde geldt voor de handstreaming. Naar luid van artikel 4, § 3, van de ordonnantie van 23 december 2016 ‘houdende integratie van de handicapdimensie in de beleidslijnen van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie’ evalueert elk Collegelid elk ontwerp van wetgevende of regelgevende akte vanuit het oogpunt van handstreaming, in overleg met de coördinator van de administratie waarop het ontwerp van akte betrekking heeft.

4.3. Er moet op worden toegezien dat alsnog aan deze vormvereisten wordt voldaan.

ALGEMENE OPMERKINGEN

A. Bestaanbaarheid met het grondwettelijk beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie

5. Uit verschillende bepalingen van het ontwerp vloeit een verschil in behandeling voort tussen verschillende categorieën van beheerders van ouderenvoorzieningen, naargelang zij behoren tot de openbare sector, de privésector zonder winstoogmerk en de privésector met winstoogmerk.

Volgens de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof is een verschil in behandeling slechts verenigbaar 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.²

In het licht hiervan moet het volgende worden opgemerkt.

² 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.

6.1. Uit artikel 8 van het ontwerp vloeit voort dat wanneer het aantal aanvragen voor vergunde RVT-bedden hoger is dan het maximumaantal bedden die het voorwerp kunnen uitmaken van een specifieke vergunning, “voorrang” wordt gegeven naargelang de sector die het bed heeft aangevraagd, en dit ten belope van 40 % van het aantal plaatsen voor de openbare sector, 20% van het aantal bedden voor de privésector zonder winstoogmerk en 40 % van het aantal bedden voor de privésector met winstoogmerk.

6.2.1. Die bepaling ligt in het verlengde van artikel 6, derde lid, van de ordonnantie van 13 juli 2017, naar luid waarvan het Verenigd College het gedeelte van het aantal in de reconversie toegekende bedden bepaalt dat uitgebaat wordt door private en publiekrechtelijke personen zonder winstoogmerk, in de wetenschap dat “minstens een meerderheid van deze bedden uitgebaat wordt door de bedoelde rechtspersonen”.

6.2.2. Over het voorontwerp dat tot die bepaling heeft geleid, heeft de Raad van State, afdeling Wetgeving het volgende opgemerkt:

“4. Artikel 5, derde lid, van het ontwerp houdt in dat het Verenigd College bij het vaststellen van de criteria voor de voorrang indien het aantal gevraagde bedden voor reconversie een door het Verenigd College vast te stellen aantal overschrijdt, het gedeelte bepaalt van de bedden die door reconversie worden toegekend aan voorzieningen die uitgebaat worden door ‘private en publiekrechtelijke [rechts]personen zonder winstoogmerk’, ‘wetende dat minstens een meerderheid van deze bedden uitgebaat wordt door de bedoelde rechtspersonen’.

In zoverre deze weinig duidelijk geformuleerde bepaling³ erop neerkomt dat minstens de helft van de bedden die door reconversie worden toegekend, voorbehouden worden aan voorzieningen die uitgebaat worden door private en publiekrechtelijke rechtspersonen zonder winstoogmerk, kan de vraag rijzen of deze verschillende behandeling van voorzieningen naargelang ze al dan niet een winstoogmerk hebben, verenigbaar is met het gelijkheidsbeginsel, gelezen in samenhang met het beginsel van de vrijheid van handel en nijverheid.⁴

In de memorie van toelichting wordt uiteengezet dat deze maatregel is ingegeven door de bezorgdheid ‘om een evenwicht mogelijk te maken waarbij een kwaliteitsvolle en betaalbare opneming gegarandeerd wordt voor minderbedeelde bewoners’. Deze overweging lijkt op het eerste gezicht wel van aard te zijn om de ontworpen verschillende behandeling te verantwoorden, maar het is raadzaam om ze nader uit te werken, onder meer aan de hand van cijfermatige gegevens over het aanbod in voorzieningen met en zonder een winstoogmerk, waaruit blijkt dat het aantal beschikbare bedden billijk wordt verdeeld over die voorzieningen.”⁵

³ Voetnoot 3 van het aangehaalde advies: Er zou beter rechtstreeks worden bepaald dat het Verenigd College bij het vaststellen van de criteria van voorrang voor de bedden die door reconversie worden toegekend, minstens de helft van deze bedden voorbehoudt aan voorzieningen die uitgebaat worden door een privaats- of publiekrechtelijke rechtspersoon zonder winstoogmerk.

⁴ Voetnoot 4 van het aangehaalde advies: Zie in dat verband GwH 9 december 2010, nr. 135/2010, B.10.5-B.11.1.

⁵ Adv.RvS 59.983/3 van 28 september 2016 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de ordonnantie van 13 juli 2017, opmerking 4, *Parl.St.* Br.Parl. 2016-17, nr. B-80/1, 11-12.

6.2.3. In de memorie van toelichting bij het ontwerp dat tot de ordonnantie van 13 juli 2017 heeft geleid, werd omtrent deze bepaling het volgende uiteengezet:

“Het Verenigd College bepaalt het aantal bedden, toegekend in het kader van de reconversie in toepassing van dit artikel, dat uitgebaat wordt door private en publiekrechtelijke personen zonder winstoogmerk; wetende dat minstens een meerderheid van deze bedden uitgebaat wordt door de bedoelde rechtspersonen. Deze bepaling wordt voorzien om een evenwicht mogelijk te maken waarbij een kwaliteitsvolle en betaalbare opnemings gegarandeerd wordt voor minderbedeelde bewoners.”⁶

In de memorie van toelichting werd omtrent de bestaande verhouding tussen de verschillende soorten van voorzieningen daar nog het volgende aan toegevoegd:

“Brussel beschikt in verhouding over minder RVT-bedden (38,4 % tegenover 50 % voor België) : er zijn momenteel 15.724 bedden die worden uitgebaat in rusthuizen (ROB, KV en RVT), waarvan 6.040 bedden in rust- en verzorgingstehuizen (RVT). 23,5 % van de bedden worden beheerd door de OCMW's, 11,9 % door de private VZW's en 64,6 % door private instellingen met winstoogmerk. Wat de ROB-bedden betreft, wordt 18,3 % beheerd door de OCMW's, 8,1 % door de private VZW's en 73,6 % door private instellingen met winstoogmerk. Wat de RVT-bedden betreft, wordt 31,8 % van de bedden beheerd door de OCMW's, 18,1 % door de private VZW's en 50,0 % door private instellingen met winstoogmerk. (Bron : administratie GGC).”⁷

Tijdens de bespreking in de bevoegde commissie van de Verenigde Vergadering werd door sommige parlementsleden gewag gemaakt van een “onevenwicht tussen de private en de openbare sector”,⁸ en werd er gepleit voor “een terugkeer naar de openbare sector” en het herstellen van “het evenwicht tussen het openbaar aanbod en dat van de commerciële structuren” teneinde “betaalbare prijzen” te waarborgen.⁹ In antwoord hierop verklaarde het bevoegd collegelid:

“Wat de minima betreft, gaat het om 40 % voor de OCMW's, 20 % voor de non-profitsector en het saldo voor de private sector. Er is dus een wil om tot een zuiver evenwicht te komen.”¹⁰

Naar aanleiding van een tijdens de plenaire vergadering ingediend amendement dat ertoe strekte om alle bijkomende RVT-bedden toe te vertrouwen aan de openbare sector,¹¹ verklaarde het bevoegde collegelid nog het volgende:

“L'amendement du PTB consiste, ni plus, ni moins, à mettre la totalité pour le secteur public. Nous mettons 40% pour le secteur public, et nous sommes globalement à 23,5%. Nous mettons 20% pour les asbl, et nous sommes à 11,5%. Et nous mettons le solde, 40% pour remplacer les 65%.

⁶ Parl.St. Br.Parl. 2016-17, nr. B-80/1, 5.

⁷ Parl.St. Br.Parl. 2016-17, nr. B-80/1, 2.

⁸ Parl.St. Br.Parl. 2016-17, nr. B-80/2, 6.

⁹ Ibid., 7 en 9.

¹⁰ Ibid., 10.

¹¹ Hand. Ver.Verg. 2016-17, I.V. nr. 24, 30 juni 2017, 35-36. Het amendement werd verworpen: *ibid.*, 37-38.

Ce que nous propose le PTB, c'est de mettre 100% pour le secteur public. Je renvoie le PTB aux documents parlementaires et au Conseil d'État. À la page 11, le Conseil d'État, à propos de ce chiffre de rééquilibrage vers le secteur public, attire notre attention sur ceci: 'La question peut se poser de savoir si cette différence de traitement des établissements, selon qu'ils poursuivent ou non un but lucratif, est conforme au principe d'égalité lu en combinaison avec le principe de liberté du commerce et de l'industrie'.

En d'autres termes, nous ne pourrions pas soutenir cet amendement parce qu'il serait totalement illégal et serait immédiatement attaqué par les structures privées. Je rappelle que ce texte-ci est le résultat d'un accord global avec l'ensemble du secteur. Je comprends que vous déposiez des amendements qui peuvent être sympathiques, mais, s'ils sont illégaux, cela ne sert à rien, cela ne sert aucune cause.

(...) Nous sommes parvenus à un rééquilibrage nécessaire et utile.”¹²

6.3. Uit wat voorafgaat vloeit voort dat met de in artikel 8 van het ontwerp vervatte percentages wordt beoogd tot een evenwichtig aanbod te komen tussen de verschillende sectoren van beheerders, en dit mede om de kwaliteit en de betaalbaarheid van de voorzieningen te waarborgen. Met de ontworpen regeling wordt dan ook een wettig doel nagestreefd.

De voorrangsregeling waarin artikel 8 van het ontwerp voorziet is enkel van toepassing indien het aantal aangevraagde bedden het maximale aantal RVT-bedden overschrijdt. Bovendien wordt de privésector met winstoogmerk in dat geval niet volledig uitgesloten van de reconversie naar RVT-bedden. Uit de hiervoor aangehaalde cijfers blijkt weliswaar dat het aan die sector toebedeelde percentage van 40% lager ligt dan het huidige percentage van bedden (65%) of van RVT-bedden (50%),¹³ maar dat verschil is niet kennelijk onevenredig ten opzichte van het door de ordonnantiegever nagestreefde doel.

Gelet op wat voorafgaat kan worden aanvaard dat het verschil in behandeling dat uit de ontworpen regeling voortvloeit, redelijk is verantwoord.

7.1. Uit artikel 3, § 2, 1°, van het ontwerp vloeit voort dat een beheerder van de privésector met winstoogmerk een erkend en gefinancierd ROB-bed slechts kan omzetten in een erkend en gefinancierd RVT-bed “voor zover de aanvragende beheerder afziet van drie vergunde ROB-bedden”, terwijl de beheerders van de openbare sector of de privésector zonder winstoogmerk slechts moeten afzien van één vergund ROB-bed.¹⁴

Gevraagd hoe het verschil in behandeling dat hieruit voortvloeit, kan worden verantwoord, antwoordde de gemachtigde het volgende:

“Ten eerste heeft het reconversiebesluit onder meer tot doel het aantal bedden in portefeuille te verminderen, zodat na het beëindigen van het moratorium de vergunningen kunnen worden toegekend op basis van een programmering die gebaseerd is op een objectieve behoeftestudie.

¹² *Ibid.*, 34.

¹³ Indien die percentages volledig zouden overeenstemmen, zou de door de ordonnantiegever nagestreefde doelstelling om de bestaande verhouding tussen sectoren bij te stellen, niet worden bereikt.

¹⁴ Artikel 3, § 2, 2°, b), van het ontwerp.

Vanuit het oogpunt van deze doelstelling bevinden de twee groepen van sectoren zich in een objectief verschillende situatie, daar waar de profitsector alleen 71% van de vergunde, niet-erkende bedden in portefeuille houdt.

Dezelfde reconversiesleutel toepassen kan aldus leiden tot een discriminatie, aangezien objectief verschillende situaties op dezelfde wijze worden behandeld.

Ten tweede blijkt uit een arrest van het Grondwettelijk Hof van 9 december 2010 (n° 135/2010) dat een verschil in behandeling tussen enerzijds de publieke en private non profitsector en anderzijds de profitsector te verantwoorden is, gelet op het feit dat de non profitsector een sociaal oogmerk nastreeft, en een toegang garandeert tot betaalbare structuren aan de minst bedeelde personen.

Ten derde legt de ordonnantie een verplichting op om minstens een meerderheid van door reconversie verkregen bedden voor te behouden aan de publieke en private non profitsector. Aan deze verplichting zal niet kunnen worden voldaan als er onvoldoende aanvraagdossiers ingediend worden door de publieke en private non profitsector wegens het geringe aantal bedden in portefeuille, bij toepassing van dezelfde verdeelsleutel als voor de profitsector.”

7.2. Uit artikel 3, § 2, 1°, van het ontwerp lijkt voort te vloeien dat een beheerder van de privésector met winstoogmerk die uitsluitend over vergunde ROB-bedden beschikt die zijn opgenomen in het meerjareninvesteringsplan, niet een erkend en gefinancierd ROB-bed kan omzetten in een erkend en gefinancierd RVT-bed, terwijl een beheerder van de openbare sector of de privésector zonder winstoogmerk dat wel kan.¹⁵

Gevraagd of ook door private organisaties met winstoogmerk beheerde bedden zijn opgenomen in het meerjareninvesteringsplan, antwoordde de gemachtigde evenwel ontkennend. Hieruit blijkt dat er in de praktijk wat dit punt betreft geen verschil in behandeling bestaat tussen, enerzijds, de openbare sector en de privésector zonder winstoogmerk en, anderzijds, de privésector met winstoogmerk.

8.1. Uit de combinatie van artikel 3, § 2, 1°, tweede lid, van het ontwerp en artikel 3, § 2, 2°, b), van het ontwerp vloeit voort dat enkel een beheerder van de privésector met winstoogmerk via overdracht vergunde ROB-bedden mag gebruiken als een vergund ROB-bed waarvan kan worden afgezien bij de omzetting van een erkend en gefinancierd ROB-bed in een erkend en gefinancierd RVT-bed. Beheerders van de openbare sector of van de privésector zonder winstoogmerk kunnen dat niet.

Om een verantwoording daarvoor gevraagd, antwoordde de gemachtigde:

“Het verschil in behandeling is te verantwoorden in het licht van de doelstelling van het reconversiebesluit, namelijk het aantal bedden in portefeuille verminderen, zodat na het beëindigen van het moratorium de vergunningen kunnen worden toegekend op basis van een programmering die gebaseerd is op een objectieve behoeftestudie.

Vanuit het oogpunt van deze doelstelling bevinden de twee groepen van sectoren zich in een objectief verschillende situatie, daar waar de profitsector alleen 71% van de vergunde, niet-erkende bedden in portefeuille houdt.

¹⁵ Artikel 3, § 2, 2°, a), van het ontwerp.

Om die reden is er voor de profitsector de mogelijkheid voorzien om bedden in de reconversie te betrekken die verkregen zijn via overdracht. De profitsector is namelijk georganiseerd in groepen, en door toe te laten om binnen deze groepen bedden over te dragen van de ene beheerder naar de andere, zal het verminderen van het aantal bedden in portefeuille efficiënter verlopen.”

8.2. Indien, zoals de gemachtigde aanvoert, met de ontworpen regeling beoogd wordt “het aantal bedden in portefeuille [te] verminderen” teneinde de vergunningen vervolgens toe te kennen op basis van een objectieve behoefte, valt niet in te zien waarom beheerders van de openbare sector of van de privésector zonder winstoogmerk niet via overdracht vergunde ROB-bedden mogen gebruiken als een vergund ROB-bed waarvan kan worden afgezien bij de omzetting van een erkend en gefinancierd ROB-bed in een erkend en gefinancierd RVT-bed. Net zoals voor de beheerders van de privésector met winstoogmerk het geval is, leidt dat gebruik immers tot “een vermindering van de portefeuille” en een objectivering van de behoeften.

Het gegeven dat de beheerders van de openbare sector en van de privésector zonder winstoogmerk verhoudingsgewijs over minder van dergelijke bedden beschikken, doet hieraan geen afbreuk. Dat verschil kan misschien wel verantwoorden dat de beheerders van de privésector met winstoogmerk moeten afzien van meer vergunde ROB-bedden dan de beheerders van de openbare sector en van de privésector zonder winstoogmerk, vermits zij over meer dergelijke bedden beschikken,¹⁶ maar niet dat de beheerders van de openbare sector en van de privésector zonder winstoogmerk geen gebruik kunnen maken van via overdracht vergunde ROB-bedden.

Hetzelfde geldt voor het door de gemachtigde aangevoerde gegeven dat de privésector met winstoogmerk in de regel in groepen is georganiseerd, waarbinnen bedden worden overgedragen. Dat sluit immers niet uit dat ook beheerders van de openbare sector of van de privésector zonder winstoogmerk evenzeer over via overdracht vergunde ROB-bedden beschikken.

Er moet derhalve worden besloten dat de verantwoording van de gemachtigde niet overtuigt. Er zal in een bijkomende verantwoording moeten kunnen worden voorzien. Indien dit niet mogelijk zou zijn, moet de ontworpen regeling worden aangepast.

9. Uit artikel 3, § 3, van het ontwerp vloeit voort dat aan beheerders die nog niet over erkende RVT-bedden beschikken, een vergunning voor maximum 25 RVT-bedden kan worden toegekend, terwijl aan beheerders die reeds over RVT-bedden beschikken, een vergunning voor maximum 10 bedden kan worden toegekend.

Gevraagd hoe het verschil in behandeling dat hieruit voortvloeit, kan worden verantwoord, antwoordde de gemachtigde:

“Om een erkenning te kunnen krijgen als rust- en verzorgingstehuis moet een instelling over minimum 25 RVT-bedden beschikken (Artikel 5 van het Koninklijk Besluit van 21 september 2004 houdende vaststelling van de normen voor de bijzondere erkenning als rust- en verzorgingstehuis, als centrum voor dagverzorging of als centrum

¹⁶ Zie opmerking 7.1.

voor niet aangeboren hersenletsels, verwijst naar de bijlage 1., waar in de versie van toepassing op de GGC in punt A.2. staat dat ieder rust- en verzorgingstehuis moet beschikken over minstens 25 woongelegenheden).

Een beheerder die nog geen RVT-bedden uitbaat, moet dus minimum 25 RVT-bedden verkrijgen, zo niet zal hij geen erkenning als RVT kunnen verkrijgen. In artikel 3, § 3, eerste lid moet het woord ‘maximum’ dan ook worden geschrapt, want het is niet mogelijk minder bedden aan te vragen dan 25 als men nog niet over RVT-bedden beschikt.

Wat de maximum 10 bedden betreft voor de instellingen die wel al RVT-bedden uitbaten, dit maximum is gekozen met het oog op een billijke spreiding van het beschikbaar aantal bedden over de verschillende instellingen waar er een reële behoefte is aan bijkomende RVT-bedden.”

Hiermee kan worden ingestemd.

10. In artikel 5 van het ontwerp worden de voorwaarden bepaald waaraan een aanvraag moet voldoen die betrekking heeft op de omzetting van ROB-bedden in bedden voor kortverblijf. In artikel 6, § 1, van het ontwerp worden de voorwaarden bepaald waaraan een aanvraag moet voldoen die betrekking heeft op de omzetting van ROB-bedden in RVT-bedden.

Uit een vergelijking tussen beide bepalingen vloeit voort dat in het tweede geval wordt voorzien in toelatingsvoorwaarden¹⁷ die niet gelden in het eerste geval, en dat een bijkomend aantal documenten moet worden ingediend.¹⁸

Gevraagd hoe het verschil in behandeling dat hieruit voortvloeit kan worden verantwoord, antwoordde de gemachtigde:

“Een beheerder heeft de vrije keuze om een reconversie aan te vragen naar kortverblijf bedden, of naar RVT-bedden, of een combinatie van beiden. Iedere reconversieaanvraag naar kortverblijf zal op dezelfde wijze worden behandeld, evenals iedere reconversieaanvraag naar RVT, zodat we geen ongelijke behandeling zien tussen de beheerders.”

Hiermee wordt het hiervoor aangehaalde verschil in behandeling evenwel niet verantwoord. Er zal derhalve in een bijkomende verantwoording moeten kunnen worden voorzien.

11. In artikel 9 van het ontwerp wordt in bijkomende voorrangscriteria per sector voorzien, waarbij instellingen met de geringste RVT-dekkingsgraad of het grootste aantal personeelsleden per 30 bewoners voorrang genieten.

¹⁷ Artikel 6, § 1, 2°, van het ontwerp.

¹⁸ Artikel 6, § 1, 3°, c) tot i), van het ontwerp.

De gemachtigde verantwoordde die voorrangscriteria als volgt:

“In een instelling met een hoge RVT-dekkingsgraad is er een relatief grote behoefte aan bijkomende RVT-bedden, aangezien zich in deze instelling een groot aantal bewoners bevindt met afhankelijkheids categorie B, C, Cd of D (dat zijn de categorieën die in aanmerking komen om in een RVT-bed verzorgd te worden) tegenover de beschikbare RVT-bedden. Om de via reconversie beschikbare RVT-bedden doeltreffend te verdelen, wordt voorrang gegeven aan de instellingen waar de behoefte het grootst is.

Een instelling met een groter aantal personeelsleden per 30 bewoners zal eerder klaar zijn om te voldoen aan de strengere RVT-personeelsnormen dan een andere instelling. Bovendien wenst het Verenigd College instellingen die investeren in personeel aan te moedigen.”

B. Overeenstemming met het Europees Unierecht

12.1. In advies 59.983/3 van 28 september 2016 heeft de Raad van State, afdeling Wetgeving, opgemerkt dat de ontworpen regeling die tot de ordonnantie van 13 juli 2017 heeft geleid, neerkomt “op een wijziging van een vergunningstelsel en (...) bijgevolg in overeenstemming [moet] zijn met het recht van vestiging en het vrije verkeer van diensten, zoals vervat in de artikelen 49 en 56 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU), ook al kan worden aangenomen dat de dienstenrichtlijn¹⁹ niet van toepassing is op de betrokken voorzieningen.”^{20-21,22}

¹⁹ Voetnoot 5 van het aangehaalde advies: Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 ‘betreffende diensten op de interne markt’.

²⁰ Voetnoot 6 van het aangehaalde advies : Zie HvJ 11 juli 2013, C-57/12, vzw *Fédération des maisons de repos privées de Belgique (Femarbel)*. In dat arrest wordt een ruime interpretatie gehuldigd van de uitzonderingsgronden van artikel 2, lid 2, f) en j), van de dienstenrichtlijn (“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”, respectievelijk “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”). De uiteindelijke beoordeling van de toepasselijkheid van deze uitzonderingsgronden wordt door het Hof van Justitie evenwel overgelaten aan de nationale rechter. Het Grondwettelijk Hof heeft ten aanzien van service-residenties, centra voor dagopvang en centra voor nachtopvang van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie geoordeeld dat ze “zich onderscheiden van de zorgcentra in zoverre zij een opvangstructuur en geen structuur inzake zorgverstrekking aanbieden aan personen die te kampen hebben met een verlies aan autonomie zonder sterk afhankelijk te zijn” en dat “de zorgactiviteiten die worden verzekerd in de centra voor dagopvang en in de centra voor nachtopvang, geen hoofdbestanddeel vormen van alle daar aangeboden diensten” (GwH 23 januari 2014, nr. 6/2014, B.13.2, B.16 en B.28). Die “structuur inzake zorgverstrekking” lijkt wel als een “hoofdbestanddeel” aanwezig te zijn in de voorzieningen waarop de thans ontworpen regeling van toepassing is, gelet op de omschrijving van de erin aangeboden zorg in artikel 2, 4°, van de ordonnantie van 24 april 2008 ‘betreffende de voorzieningen voor opvang of huisvesting van bejaarde personen’.

²¹ Voetnoot 7 van het aangehaalde advies: In het *Handboek voor de implementatie van de Dienstenrichtlijn* (editie 2007) van de Europese Commissie wordt dienaangaande het volgende uiteengezet (p. 8, punt 1.1): “Ook moet duidelijk zijn dat voor onderwerpen die niet onder de Dienstenrichtlijn vallen het EG-Verdrag onverkort van toepassing blijft. Voor diensten die niet onder de richtlijn vallen, blijft uiteraard wel de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverrichting bestaan. Nationale wetgeving waarin deze dienstenactiviteiten worden geregeld, moet in overeenstemming zijn met de artikelen 43 en 49 van het EG-Verdrag, en de beginselen die het Europees Hof van Justitie (HvJ) naar aanleiding van de toepassing van deze artikelen heeft geformuleerd, moet worden geëerbiedigd. Lidstaten moeten erop toezien dat hun wetgeving in overeenstemming is met het EG-Verdrag zoals dat door het

Hetzelfde geldt voor het thans voor advies voorgelegde ontwerp, dat strekt tot uitvoering van de voormelde ordonnantie.

12.2. In het voormelde advies was de Raad van State van oordeel dat de aantasting van het vrije verkeer van diensten en van de vestigingsvrijheid die de ontworpen regeling inhield was verantwoord door een dwingende vereiste van algemeen belang, namelijk het bewaken van de besteding van overheidsmiddelen voor de betrokken voorzieningen, en dat die regeling niet onevenredig was, mede gelet op het tijdelijk karakter van de beperking om een vergunning aan te vragen en de afwijkingsmogelijkheden waarin wordt voorzien. De Raad besloot dan ook dat “[g]elet op die milderende maatregelen lijkt te moeten worden aangenomen dat de ontworpen regeling verenigbaar is met het vrije verkeer van diensten en met de vestigingsvrijheid.”²³

Het thans voor advies voorgelegde ontwerp strekt er juist toe om voor de begrotingsjaren 2020 en 2021 uitvoering te geven aan die milderende maatregelen. Ze bevat geen elementen die de Raad ertoe zouden kunnen brengen aan te nemen dat de ontworpen regeling onbestaanbaar zou zijn met het vrije verkeer van diensten en met de vestigingsvrijheid. Zo komen ook beheerders die nog niet over erkende RVT-bedden beschikken, in aanmerking voor de reconversie, waarbij hen een vergunning voor 25, in plaats van 10 RVT-bedden kan worden verleend (zie opmerking 9). Er wordt weliswaar in een voorrangsregeling voorzien voor beheerders van de openbare sector, hetgeen beheerders uit andere lidstaten zou kunnen benadelen, maar die regeling is enkel van toepassing voor zover het aantal aangevraagde bedden het maximale aantal bedden overschrijdt en is voor het overige redelijk verantwoord (zie opmerking 6.3).

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Aanhef

13.1. Om de in opmerking 3.3 uiteengezette redenen moeten het eerste en het tweede lid van de aanhef worden weggelaten.

13.2. In de aanhef moet melding worden gemaakt van de (nog te vervullen) vormvereisten (opmerkingen 4.1 tot 4.3).

HvJ wordt geïnterpreteerd. De Commissie zal haar rol van hoedster van het EG-Verdrag blijven uitoefenen en lidstaten bij deze taken blijven ondersteunen.”

²² Adv.RvS 59.983/3 van 28 september 2016, opmerking 5.

²³ Ibidem.

Artikel 1

14. Vermits in het ontwerp nergens wordt verwezen naar 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’, kan de definitie in artikel 1, 2°, van het ontwerp worden weggelaten.

Artikel 3

15.1. In de Nederlandse tekst van artikel 3, § 2, 2°, b), van het ontwerp schrijve men “een erkend en gefinancierd ROB-bed” (in plaats van “een een erkend en gefinancierd ROB-bed”).

15.2. In de Nederlandse tekst van artikel 3, § 4, tweede lid, van het ontwerp schrijve men “op voorstel van” (in plaats van “op voordracht van”).

Hetzelfde geldt voor artikel 6, § 3, van het ontwerp.

Artikel 4

16. In de Nederlandse tekst van artikel 4 van het ontwerp schrijve men “aanvraag van een vergunning” (in plaats van “aanvraag om vergunning”).

Hetzelfde geldt voor de artikelen 5 tot 9 van het ontwerp.

Artikel 6

17.1. Uit artikel 6, § 1, 3°, d), van het ontwerp vloeit voort dat een van de documenten die bij de aanvraag moet worden gevoegd, de personeelslijst is “en het aantal daadwerkelijk gepresteerde uren in het laatste volledige kwartaal”.

De gemachtigde bevestigde dat het om geanonimiseerde gegevens gaat en dat dit zal worden geëxpliciteerd in het te nemen besluit.

Het stemt inderdaad beter met het noodzakelijkheidsbeginsel inzake de verwerking van persoonsgegevens²⁴ overeen dat de aanvrager enkel het aantal personeelsleden moet opgeven, en het aantal uren dat ze presteren, veeleer dan de lijst met de identiteit van de personeelsleden.

²⁴ Zie artikel 5, lid 1, c), van verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 ‘betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming)’.

17.2.1. In artikel 6, § 1, 3°, g), van het ontwerp wordt bepaald dat het plan dat bij de aanvraag moet worden gevoegd, de besteding uiteenzet van de financiële middelen die door de reconversie vrijkomen “in het licht van een verhoging van de omkadering, de verbetering van de kwaliteit aan de hand van precieze projecten en/of de vermindering van de dagprijs”.

Gevraagd of al die elementen in het plan moeten voorkomen, in welk geval men “en” moet schrijven, of slechts minstens één ervan in het plan moet voorkomen, in welk geval men “of” moet schrijven, antwoordde de gemachtigde dat de zinsnede “en/of” zou worden vervangen door “of”.

17.2.2. Nog in artikel 6, § 1, 3°, g), van het ontwerp wordt bepaald dat de Beheerraad de effectiviteit beoordeelt van de in het voormelde plan uiteengezette besteding van de financiële middelen die door de reconversie vrijkomen.

Hieromtrent om uitleg gevraagd verklaarde de gemachtigde:

“Deze bepaling voorziet dat de Beheerraad beoordeelt of het ingediende plan volstaat als ontvankelijkheidsvoorwaarde. Met andere woorden, als een plan wordt ingediend met, bij wijze van meest extreme voorbeeld, enkel een titel, een herhaling van de bepaling van het besluit en een handtekening, dan zal dat niet volstaan en is het dossier niet-ontvankelijk.

Het is echter zo dat dezelfde bepaling voorziet dat Iriscare een model van plan zal vastleggen. Dat is ondertussen gebeurt. Als de instelling met andere woorden de richtlijnen in dit model van plan volgt, zal het dossier ontvankelijk zijn.”

Hieruit vloeit voort dat het niet de bedoeling is dat de Beheerraad het plan inhoudelijk beoordeelt, maar enkel nagaat of het overeenstemt met het door Iriscare bepaalde model. Dit moet in de tekst van het ontwerp worden gepreciseerd.

17.3. Naar luid van artikel 6, § 1, 4°, a), van het ontwerp moeten de aanvragen die betrekking hebben op het begrotingsjaar 2020, worden ingediend ten laatste op 15 mei 2020.

De gemachtigde liet echter weten dat

“de uiterste indiendatum gewijzigd [zal] worden naar 31 mei 2020. Na de goedkeuring in eerste lezing is er al een informatieve omzendbrief vertrokken naar de instellingen om hen op de hoogte te brengen dat ze uiterlijk op 31 mei een dossier kunnen indienen.”

17.4. Aangezien in artikel 6, § 1, 2°, d), van het ontwerp slechts sprake is van “een” bezettingsgraad, schrijve men in paragraaf 3 van die bepaling “de bezettingsgraad” in plaats van “de graden”.

Hoofdstuk 4

18. De Nederlandse tekst van het opschrift van hoofdstuk 4 moet in overeenstemming worden gebracht met de Franse tekst.

Artikel 8

19.1. Naar luid van artikel 8, eerste lid, van het ontwerp worden, indien het aantal aangevraagde bedden het maximale aantal RVT-bedden overschrijdt, de bedden “in de tweede plaats” verdeeld volgens de verdelingsregels die in de punten 1 tot 3 worden bepaald.

Gevraagd wat wordt bedoeld met de woorden “in de tweede plaats”, liet de gemachtigde weten dat ze zouden worden geschrapt.

19.2. In de Nederlandse tekst van artikel 8, tweede lid, van het ontwerp schrijve men telkens “1°, 2° en 3°” (in plaats van “1°, 2° en 3”).

Artikel 10

20. In artikel 10 van het ontwerp wordt bepaald dat “[i]n afwijking van artikel 4 van het besluit van 4 juni 2009” de overdrachten van de vergunde ROB-bedden uitgevoerd in het kader van de toepassing van artikel 3, § 2, 1 (lees “1°), tweede lid,” van het te nemen besluit uitwerking hebben, voor zover de aanvraag een afschrift bevat van het ontwerp van overeenkomst van de overdracht.

Gevraagd in welke mate deze bepaling afwijkt van artikel 4 van het besluit van 4 juni 2009, heeft de gemachtigde het volgende geantwoord:

“Volgens artikel 4 van het besluit van 4 juni 2009 wordt minimum drie maanden voor de voorziene datum van de overdracht een voorstel van overdrachtsovereenkomst overgemaakt aan de Ministers, evenals een aanvraag van vergunning tot ingebruikneming en exploitatie. De Ministers gaan vervolgens na of aan de voorwaarden is voldaan, en de vergunningsaanvraag volgt de gebruikelijke weg.

Het voorgestelde artikel 10 wijkt af van artikel 4 in die zin dat:

- de overdrachtsovereenkomst ingediend wordt bij de reconversieaanvraag, en dus niet noodzakelijk minimum drie maanden voor het effectief worden van de overdracht, zoals bepaald in artikel 4;

- er geen vergunningsaanvraag moet worden ingediend, aangezien in het kader van de toepassing van het besluit, de reconversieaanvraag geldt als vergunningsaanvraag.”

Artikel 11

21. Uit artikel 11 van het ontwerp vloeit voort dat het te nemen besluit in werking treedt op de dag van de bekendmaking ervan in het Belgisch Staatsblad.

De gemachtigde verantwoordde de onmiddellijke inwerkingtreding van het te nemen besluit als volgt:

“Gelet op de uiterste indiendatum van de reconversieaanvragen ‘budget 2020’, namelijk 31 mei, en op het feit dat de beheerders rechtszekerheid wensen alvorens een dossier in te dienen, stellen we voor het besluit in werking te laten treden de dag van de publicatie in het Belgisch Staatsblad.”

*

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 DU PROJET

2. L'ordonnance du 13 juillet 2017 'visant à instaurer un moratoire sur le nombre de lits pour certains établissements d'accueil et d'hébergement pour personnes âgées' a établi un moratoire concernant le nombre de lits dans les maisons de repos (ci-après : MRPA), les centres de court séjour (ci-après : CCS) et les maisons de repos et de soins (ci-après : MRS), qui relèvent de la compétence de la Commission communautaire commune. Il s'ensuit que les MRPA et les CCS ne reçoivent plus d'autorisation spécifique de mise en service et d'exploitation complémentaire et qu'aucun nouveau lit situé dans une MRS ne peut encore obtenir une autorisation spécifique de mise en service ou d'exploitation.

L'article 6 de cette ordonnance autorise le Collège réuni à déroger à ce moratoire pour autant que l'autorisation de nouveaux lits de MRS ou de CCS s'accompagne d'une réduction simultanée et équivalente de lits de MRPA.

Le projet d'arrêté du Collège réuni a pour objet de fixer, pour les années budgétaires 2020 et 2021, les règles selon lesquelles une nouvelle autorisation spécifique peut être accordée pour la mise en service et l'exploitation de lits MRS ou de CCS (articles 2 et 3 du projet).

Le projet précise en outre quelles sont les conditions de recevabilité d'une demande d'autorisation (articles 4 à 6), dans quels cas les autorisations expirent automatiquement (article 7) et quel est le sort des demandes lorsque leur nombre excède le nombre maximal de lits MRS (articles 8 et 9).

Les gestionnaires du secteur privé à but lucratif peuvent comptabiliser des lits MRPA autorisés obtenus par cession comme lit MRPA autorisé auquel il faut renoncer lors de la reconversion d'un lit MRPA agréé et financé en un lit MRS agréé et financé (article 10).

L'arrêté envisagé entre en vigueur le jour de sa publication au *Moniteur belge* et cesse d'être en vigueur le 30 juin 2021 (article 11).

FONDEMENT JURIDIQUE

3.1. Les articles 1^{er} à 9 de l'arrêté en projet trouvent en principe un fondement juridique dans l'article 6, alinéa 1^{er}, de l'ordonnance du 13 juillet 2017. Comme il est mentionné ci-dessus, cette disposition autorise le Collège réuni à déroger au moratoire prévu par cette ordonnance, ainsi qu'à fixer les conditions de cette dérogation et à définir la notion de réduction simultanée et équivalente de lits MRPA.

L'article 3, §§ 3 et 4, de l'arrêté en projet trouve un fondement juridique supplémentaire dans l'article 6, alinéa 2, de l'ordonnance du 13 juillet 2017, selon lequel le Collège réuni peut fixer un nombre maximal de lits qui entrent en considération pour l'autorisation de mise en service et d'exploitation, pour l'agrément ou pour l'agrément spécial comme lit MRS ou comme lit CCS.

Pour les articles 8 et 9 de l'arrêté en projet, un fondement juridique supplémentaire peut être trouvé dans l'article 6, alinéa 3, de l'ordonnance du 13 juillet 2017, qui dispose que le Collège réuni fixe les critères de priorité pour le cas où le nombre de lits demandés pour la reconversion dépasse le nombre maximal fixé par le Collège.

3.2. L'article 10 de l'arrêté en projet, qui prévoit une dérogation aux règles de cession des lits MRPA agréés, prévues à l'article 4 de l'arrêté du Collège réuni du 4 juin 2009¹, trouve un fondement juridique dans l'article 6, alinéa 2, de l'ordonnance du 24 avril 2008 'relative aux établissements d'accueil ou d'hébergement pour personnes âgées'. Aux termes de cette disposition, le Collège réuni peut, de l'avis du Conseil de gestion de la santé et de l'aide aux personnes (ci-après : le Conseil de gestion), arrêter les conditions de cession de lits ou de places entre établissements du même type.

3.3. Il ressort des premier et deuxième alinéas du préambule de l'arrêté en projet, qu'est également invoqué le pouvoir général d'exécution dont le Collège réuni dispose sur le fondement de l'article 20 de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles', combiné à l'article 69, alinéa 2, de la loi spéciale du 12 janvier 1989 'relative aux Institutions bruxelloises'.

Dès lors que toutes les dispositions de l'arrêté en projet trouvent un fondement juridique suffisant, soit dans l'article 6 de l'ordonnance du 13 juillet 2017, soit dans l'article 6, alinéa 2, de l'ordonnance du 24 avril 2008, il n'est toutefois pas nécessaire d'en encore invoquer le pouvoir général d'exécution du Collège réuni.

FORMALITÉS

4.1. Aucune pièce du dossier n'atteste que le projet a fait l'objet d'un « test genre ».

Cependant, l'article 3, 2°, de l'ordonnance du 16 mai 2014 'portant intégration de la dimension de genre dans les lignes politiques de la Commission communautaire commune' dispose que « pour chaque projet d'acte législatif ou réglementaire, [chaque membre du Collège réuni] établit un rapport d'évaluation de l'impact du projet sur la situation respective des femmes et des hommes ».

¹ Arrêté du Collège réuni de la Commission communautaire commune du 4 juin 2009 'fixant les procédures de programmation et d'agrément des établissements d'accueil ou d'hébergement pour personnes âgées relevant de la Commission communautaire commune'.

4.2. Il en va de même pour le *handistreaming*. Selon l'article 4, § 3, de l'ordonnance du 23 décembre 2016 'portant intégration de la dimension du handicap dans les lignes politiques de la Commission communautaire commune', [c]haque membre du Collège évalue tout projet d'acte législatif ou réglementaire au regard du principe de *handistreaming*, en concertation avec le coordinateur de l'administration concernée par ledit projet d'acte.

4.3. Il faut veiller à l'accomplissement de ces formalités.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

A. Compatibilité avec le principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination

5. Diverses dispositions du projet ont pour effet de créer une différence de traitement entre différentes catégories de gestionnaires d'établissements pour personnes âgées, selon qu'ils relèvent du secteur public, du secteur privé à but non lucratif ou du secteur privé à but lucratif.

Selon la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, 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 ².

Compte tenu de cette observation, il convient de relever ce qui suit.

6.1. Il découle de l'article 8 du projet que lorsque le nombre de demandes pour des lits MRS agréés dépasse le nombre maximal de lits MRS qui peuvent faire l'objet d'une autorisation spécifique, la « priorité » est donnée en fonction du secteur qui a demandé le lit, et ce à concurrence de 40 % du nombre de places pour le secteur public, de 20 % du nombre de lits pour le secteur privé à but non lucratif et de 40 % du nombre de lits pour le secteur privé à but lucratif.

6.2.1. Cette disposition s'inscrit dans le prolongement de l'article 6, alinéa 3, de l'ordonnance du 13 juillet 2017, selon lequel le Collège réuni fixe les parts des lits accordés dans le cadre de la reconversion, qui sont exploités par des personnes morales de droit public et par des personnes morales de droit privé à but non lucratif, sachant « qu'au moins une majorité de ces lits sont exploités par les personnes morales visées ».

² Jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle. Voir par exemple : C.C., 17 mars 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.

6.2.2. Au sujet de l'avant-projet devenu cette disposition, le Conseil d'État, section de législation, a observé ce qui suit :

« 4. L'article 5, alinéa 3, du projet implique qu'en fixant les critères de priorité pour le cas où le nombre de lits demandés pour la reconversion dépasse un nombre de lits déterminés par lui, le Collège réuni fixe les parts des lits, qui sont accordés dans le cadre de la reconversion à des établissements qui sont exploités 'par des personnes morales de droit public et par des personnes morales de droit privé à but non-lucratif', 'sachant qu'au moins une majorité de ces lits [sont] exploités par les personnes morales visées'.

Dans la mesure où cette disposition formulée peu clairement³ implique qu'au moins la moitié des lits attribués par reconversion est réservée aux établissements exploités par des personnes morales de droit privé et par des personnes morales de droit public sans but lucratif, la question peut se poser de savoir si cette différence de traitement des établissements selon qu'ils poursuivent ou non un but lucratif est conforme au principe d'égalité, lu en combinaison avec le principe de liberté du commerce et de l'industrie⁴.

Selon l'exposé des motifs, cette mesure est dictée par le souci d'un équilibre garantissant une prise en charge de qualité et qui soit accessible financièrement pour les résidents moins favorisés'. À première vue, cette considération semble être de nature à justifier la différence de traitement en projet, mais il est conseillé de la préciser, entre autres au moyen de données chiffrées relatives à l'offre des établissements poursuivant un but lucratif ou non démontrant que le nombre de lits disponibles est réparti équitablement entre ces établissements »⁵.

6.2.3. Dans l'exposé des motifs du projet devenu l'ordonnance du 13 juillet 2017, il avait été exposé ce qui suit à propos de cette disposition :

« Le Collège réuni fixe les parts de ces lits, accordés dans le cadre de la reconversion en application du présent article, qui sont exploités par des personnes morales de droit public et par des personnes morales de droit privé à but non-lucratif ; sachant qu'au moins une majorité de ces lits soient exploités par les personnes morales visées. Cette disposition est prévue afin de permettre un équilibre garantissant une prise en charge de qualité et qui soit accessible financièrement pour les résidents moins favorisés »⁶.

Dans l'exposé des motifs, au sujet du rapport existant entre les différentes sortes d'établissements, il y avait encore été ajouté ce qui suit :

« Bruxelles dispose d'une plus faible proportion de lits MRS (38,4 % contre 50 % pour Belgique) : il y a actuellement 15.724 lits exploités en maison de repos (MRPA, CS et MRS), dont 6.040 lits de maisons de repos et de soins (MRS). 23.5 % des lits relèvent des CPAS, 11.9 % du secteur privé ASBL et 64.6 % du secteur privé lucratif. Pour les lits MRPA/CS, 18.3 % de ces lits relèvent des CPAS, 8.1 % du secteur privé ASBL et 73.6 %

³ Note 3 de l'avis cité : Mieux vaudrait prévoir directement qu'en fixant les critères de priorité pour les lits attribués par reconversion, le Collège réuni réserve au moins la moitié de ces lits à des établissements exploités par une personne morale de droit privé ou de droit public à but non-lucratif.

⁴ Note 4 de l'avis cité : Voir à cet égard C.C., 9 décembre 2010, n° 135/2010, B.10.5-B.11.1.

⁵ Avis C.E. 59.983/3 du 28 septembre 2016 sur un avant-projet devenu l'ordonnance du 13 juillet 2017, observation 4, Doc. parl., Parl. Rég. Brux.-Cap., 2016-2017, n° B-80/1, 11-12.

⁶ Doc. parl., Parl. Rég. Brux.-Cap., 2016-17, n° B-80/1, p. 5.

du secteur privé lucratif. Pour les lits MRS, 31.8 % de ces lits relèvent des CPAS, 18.1 % du secteur privé ASBL et 50.0 % du secteur privé lucratif. (Source : administration Cocom) »⁷.

Au cours des débats intervenus au sein de la commission compétente de l'assemblée réunie, certains parlementaires avaient fait état de « déséquilibres entre le secteur privé et le secteur public »⁸, et il avait été plaidé en faveur d'« [u]n retour au secteur public » et d'un « [rééquilibrage] de l'offre [du secteur public] par rapport aux structures commerciales » afin de garantir de garantir « une accessibilité financière »⁹. Sur ce point, le membre compétent du collège a répondu ce qui suit :

« Quant aux minima, ils sont de 40 % pour les CPAS, 20 % pour le secteur non marchand et le solde pour le secteur privé. Il y a donc une volonté de procéder à un net rééquilibrage »¹⁰.

Consécutivement à un amendement déposé au cours de la séance plénière, qui visait à confier tous les lits MRS complémentaires au secteur public¹¹, le membre compétent du collège a encore déclaré ce qui suit :

« L'amendement du PTB consiste, ni plus, ni moins, à mettre la totalité pour le secteur public. Nous mettons 40% pour le secteur public, et nous sommes globalement à 23,5%. Nous mettons 20% pour les asbl, et nous sommes à 11,5%. Et nous mettons le solde, 40% pour remplacer les 65%.

Ce que nous propose le PTB, c'est de mettre 100% pour le secteur public. Je renvoie le PTB aux documents parlementaires et au Conseil d'État. À la page 11, le Conseil d'État, à propos de ce chiffre de rééquilibrage vers le secteur public, attire notre attention sur ceci : 'La question peut se poser de savoir si cette différence de traitement des établissements, selon qu'ils poursuivent ou non un but lucratif, est conforme au principe d'égalité lu en combinaison avec le principe de liberté du commerce et de l'industrie'.

En d'autres termes, nous ne pourrions pas soutenir cet amendement parce qu'il serait totalement illégal et serait immédiatement attaqué par les structures privées. Je rappelle que ce texte-ci est le résultat d'un accord global avec l'ensemble du secteur. Je comprends que vous déposiez des amendements qui peuvent être sympathiques, mais, s'ils sont illégaux, cela ne sert à rien, cela ne sert aucune cause.

(...) Nous sommes parvenus à un rééquilibrage nécessaire et utile »¹².

⁷ *Doc. parl.*, Parl. Rég. Brux.-Cap., 2016-17, n° B-80/1, p. 2.

⁸ *Doc. parl.*, Parl. Rég. Brux.-Cap., 2016-17, n° B-80/2, p. 6.

⁹ *Ibid.*, 7 et 9.

¹⁰ *Ibid.*, 10).

¹¹ *Ann.*, Ass. réun., 2016-17, I.V, n° 24, 30 juin 2017, 35-36. L'amendement a été rejeté : *ibid.*, 37-38.

¹² *Ibid.*, 34

6.3. Il résulte de ce qui précède que les pourcentages mentionnés à l'article 8 du projet visent à réaliser une offre équilibrée entre les différents secteurs de gestionnaires, et ce notamment dans le but de garantir la qualité et l'accessibilité financière des établissements. Le dispositif en projet poursuit par conséquent un objectif légitime.

Les règles de priorité prévues à l'article 8 du projet ne s'appliquent que lorsque le nombre de lits demandé excède le nombre maximal de lits MRS. En outre, le secteur privé à but lucratif n'est dans ce cas pas totalement exclu de la reconversion en lits MRS. Il ressort certes des chiffres cités ci-dessus que le pourcentage de 40% attribué à ce secteur est inférieur au pourcentage de lits actuel (65%) ou de lits MRS (50%)¹³, mais cette différence n'est pas manifestement disproportionnée par rapport à l'objectif poursuivi par le législateur ordonnancier.

Eu égard aux considérations qui précèdent, il peut être admis que la différence de traitement qui découle du dispositif en projet est raisonnablement justifiée.

7.1. Il découle de l'article 3 § 2, 1°, du projet qu'un gestionnaire du secteur privé à but lucratif ne peut convertir un lit MRPA agréé et financé en un lit MRS agréé et financé, que « pour autant que le gestionnaire demandeur renonce à trois lits MRPA autorisés », tandis que les gestionnaires du secteur public ou du secteur privé à but non lucratif ne doivent renoncer qu'à un lit MRPA autorisé¹⁴.

Interrogé sur le point de savoir comment la différence de traitement qui en résulte peut être justifiée, le délégué a répondu ce qui suit :

« Ten eerste heeft het reconversiebesluit onder meer tot doel het aantal bedden in portefeuille te verminderen, zodat na het beëindigen van het moratorium de vergunningen kunnen worden toegekend op basis van een programmering die gebaseerd is op een objectieve behoeftestudie.

Vanuit het oogpunt van deze doelstelling bevinden de twee groepen van sectoren zich in een objectief verschillende situatie, daar waar de profitsector alleen 71% van de vergunde, niet-erkende bedden in portefeuille houdt.

Dezelfde reconversiesleutel toepassen kan aldus leiden tot een discriminatie, aangezien objectief verschillende situaties op dezelfde wijze worden behandeld.

Ten tweede blijkt uit een arrest van het Grondwettelijk Hof van 9 december 2010 (n° 135/2010) dat een verschil in behandeling tussen enerzijds de publieke en private non profitsector en anderzijds de profitsector te verantwoorden is, gelet op het feit dat de non profitsector een sociaal oogmerk nastreeft, en een toegang garandeert tot betaalbare structuren aan de minst bedeelde personen.

Ten derde legt de ordonnantie een verplichting op om minstens een meerderheid van door reconversie verkregen bedden voor te behouden aan de publieke en private non profitsector. Aan deze verplichting zal niet kunnen worden voldaan als er onvoldoende aanvraagdossiers ingediend worden door de publieke en private non profitsector wegens het geringe aantal bedden in portefeuille, bij toepassing van dezelfde verdeelsleutel als voor de profitsector ».

¹³ S'il y avait une correspondance parfaite entre ces pourcentages, l'objectif poursuivi par le législateur ordonnancier et consistant à ajuster le rapport existant entre les secteurs ne serait pas atteint.

¹⁴ Article 3, § 2, 2°, b), du projet.

7.2. Il paraît découler de l'article 3, § 2, 1°, du projet qu'un gestionnaire du secteur privé à but lucratif qui ne dispose que de lits MRPA autorisés, inscrits dans le plan pluriannuel des investissements, ne peut pas convertir un lit MRPA agréé et financé en un lit MRS agréé et financé, alors que l'opération est par contre permise pour un gestionnaire du secteur public ou du secteur privé à but non lucratif ¹⁵.

Interrogé sur le point de savoir si des lits gérés par des organisations privées à but lucratif sont également inscrits dans le pluriannuel des investissements, le délégué a toutefois répondu par la négative. Il en découle que sur ce point, il n'existe en pratique aucune différence de traitement entre, d'une part, le secteur public et le secteur privé à but non lucratif et, d'autre part, le secteur privé à but lucratif.

8.1. Il découle de la combinaison des articles 3, § 2, 1°, alinéa 2, et 3, § 2, 2°, b), du projet que seul le gestionnaire du secteur privé à but lucratif peut utiliser des lits MRPA autorisés obtenus par cession comme un lit MRPA autorisé auquel il peut être renoncé lors de la conversion d'un lit MRPA agréé et financé en un lit MRS agréé et financé. Pour les gestionnaires du secteur public ou du secteur privé à but non lucratif, ce n'est pas possible.

Invité à justifier cette distinction, le délégué a répondu :

« Het verschil in behandeling is te verantwoorden in het licht van de doelstelling van het reconversiebesluit, namelijk het aantal bedden in portefeuille verminderen, zodat na het beëindigen van het moratorium de vergunningen kunnen worden toegekend op basis van een programmering die gebaseerd is op een objectieve behoeftestudie.

Vanuit het oogpunt van deze doelstelling bevinden de twee groepen van sectoren zich in een objectief verschillende situatie, daar waar de profitsector alleen 71% van de vergunde, niet-erkende bedden in portefeuille houdt.

Om die reden is er voor de profitsector de mogelijkheid voorzien om bedden in de reconversie te betrekken die verkregen zijn via overdracht. De profitsector is namelijk georganiseerd in groepen, en door toe te laten om binnen deze groepen bedden over te dragen van de ene beheerder naar de andere, zal het verminderen van het aantal bedden in portefeuille efficiënter verlopen ».

8.2. Si comme le soutient le délégué, le dispositif en projet vise à diminuer le nombre de lits en portefeuille pour ensuite attribuer les autorisations sur la base d'un besoin objectif, on n'aperçoit pas pourquoi des gestionnaires du secteur public ou du secteur privé à but non lucratif ne peuvent pas utiliser des lits MRPA autorisés qui ont été obtenus par cession comme lit MRPA autorisé auquel il peut être renoncé lors de la conversion d'un lit MRPA agréé et financé en un lit MRS agréé et financé. Tout comme tel est le cas pour les gestionnaires du secteur privé à but lucratif, cette utilisation conduit en effet à une diminution du portefeuille et à une objectivation des besoins.

La circonstance que les gestionnaires du secteur public et du secteur privé à but non lucratif disposent proportionnellement d'un nombre inférieur de lits de cette nature n'y change rien. Cette différence peut cependant justifier peut-être que les gestionnaires du secteur privé à but lucratif doivent renoncer à plus de lits MRPA autorisés que les gestionnaires du

¹⁵ Article 3, § 2, 2°, a), du projet.

secteur public ou du secteur privé à but non lucratif, dès lors qu'ils disposent d'un plus grand nombre de ces lits ¹⁶, mais pas que les gestionnaires du secteur public et du secteur privé à but non lucratif ne peuvent pas utiliser des lits MRPA autorisés obtenus par cession.

Il en va de même en ce qui concerne la circonstance, invoquée par le délégué, qu'en règle générale, le secteur privé à but lucratif est organisé en groupes, dans lesquels des lits sont cédés. Cela n'exclut en effet pas que des gestionnaires du secteur public ou du secteur privé à but non lucratif disposent également de lits MRPA autorisés obtenus par cession.

Force est dès lors de conclure que la justification du délégué ne convainc pas. Il faudra pouvoir prévoir une justification complémentaire. S'il cela s'avère impossible, le dispositif en projet devra être adapté.

9. Il ressort de l'article 3, § 3, du projet qu'une autorisation pour un maximum de 25 lits peut être octroyée aux gestionnaires qui ne disposent pas encore de lits MRS agréés, tandis qu'une autorisation pour un maximum de 10 lits peut être octroyée aux gestionnaires qui disposent déjà de lits MRS.

Interrogé sur le point de savoir comment la différence de traitement qui en découle peut être justifiée, le délégué a fourni la réponse suivante :

« Om een erkenning te kunnen krijgen als rust- en verzorgingstehuis moet een instelling over minimum 25 RVT-bedden beschikken (Artikel 5 van het Koninklijk Besluit van 21 september 2004 houdende vaststelling van de normen voor de bijzondere erkenning als rust- en verzorgingstehuis, als centrum voor dagverzorging of als centrum voor niet aangeboren hersenletsels, verwijst naar de bijlage 1., waar in de versie van toepassing op de GGC in punt A.2. staat dat ieder rust- en verzorgingstehuis moet beschikken over minstens 25 woongelegenheden).

Een beheerder die nog geen RVT-bedden uitbaat, moet dus minimum 25 RVT-bedden verkrijgen, zo niet zal hij geen erkenning als RVT kunnen verkrijgen. In artikel 3, § 3, eerste lid moet het woord 'maximum' dan ook worden geschrapt, want het is niet mogelijk minder bedden aan te vragen dan 25 als men nog niet over RVT-bedden beschikt.

Wat de maximum 10 bedden betreft voor de instellingen die wel al RVT-bedden uitbaten, dit maximum is gekozen met het oog op een billijke spreiding van het beschikbaar aantal bedden over de verschillende instellingen waar er een reële behoefte is aan bijkomende RVT-bedden ».

On peut se rallier à ce point de vue.

10. L'article 5 du projet fixe les conditions que doit remplir une demande portant sur la conversion de lits MRPA en lits de court séjour. L'article 6, § 1^{er}, du projet fixe les conditions que doit remplir une demande portant sur la conversion de lits MRPA en lits MRS.

¹⁶ Voir l'observation 7.1.

Il ressort d'une comparaison des deux dispositions que dans le deuxième cas sont prévues des conditions d'accès¹⁷ qui ne s'appliquent pas dans le premier cas, et qu'un nombre complémentaire de documents doit être introduit¹⁸.

Interrogé sur le point de savoir comment la différence de traitement qui en découle peut être justifiée, le délégué a fourni la réponse suivante :

« Een beheerder heeft de vrije keuze om een reconversie aan te vragen naar kortverblijf bedden, of naar RVT-bedden, of een combinatie van beiden. Iedere reconversieaanvraag naar kortverblijf zal op dezelfde wijze worden behandeld, evenals iedere reconversieaanvraag naar RVT, zodat we geen ongelijke behandeling zien tussen de beheerders ».

Cette réponse ne justifie toutefois pas la différence de traitement évoquée ci-dessus. Il conviendra dès lors de prévoir une justification complémentaire.

11. L'article 9 du projet prévoit des critères de priorité subsidiaires par secteur, les établissements qui ont le plus faible taux de couverture MRS ou le plus grand nombre de membres du personnel par 30 résidents bénéficiant d'une priorité.

Le délégué a justifié ces critères de priorité comme suit :

« In een instelling met een hoge RVT-dekkingsgraad is er een relatief grote behoefte aan bijkomende RVT-bedden, aangezien zich in deze instelling een groot aantal bewoners bevindt met afhankelijkheids categorie B, C, Cd of D (dat zijn de categorieën die in aanmerking komen om in een RVT-bed verzorgd te worden) tegenover de beschikbare RVT-bedden. Om de via reconversie beschikbare RVT-bedden doeltreffend te verdelen, wordt voorrang gegeven aan de instellingen waar de behoefte het grootst is.

Een instelling met een groter aantal personeelsleden per 30 bewoners zal eerder klaar zijn om te voldoen aan de strengere RVT-personeelsnormen dan een andere instelling. Bovendien wenst het Verenigd College instellingen die investeren in personeel aan te moedigen ».

¹⁷ Article 6, § 1^{er}, 2°, du projet.

¹⁸ Article 6, § 1^{er}, 3°, c) à i), du projet.

B. Conformité avec le droit de l'Union européenne

12.1. Dans son avis 59.983/3 du 28 septembre 2016, le Conseil d'État, section de législation, a observé que le dispositif en projet qui a donné lieu à l'ordonnance du 13 juillet 2017 revient « à modifier un système d'autorisation et doit par conséquent respecter le droit d'établissement et de libre circulation des services, tel qu'il est inscrit aux articles 49 et 56 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après : TFUE), même si l'on peut considérer que la directive services¹⁹ ne s'applique pas aux établissements concernés²⁰⁻²¹ ». ²²

Il en va de même du projet actuellement soumis pour avis, qui a pour objet de mettre en œuvre l'ordonnance précitée.

12.2. Dans l'avis précité, le Conseil d'État avait estimé que l'atteinte à la libre circulation des services et à la liberté d'établissement que comportait le dispositif en projet, était justifiée par un motif impérieux d'intérêt général, à savoir le contrôle de l'affectation des dépenses publiques pour les établissements concernés, et que ce dispositif n'était pas disproportionné, vu notamment le caractère provisoire de la restriction appliquée à la demande d'une autorisation et les possibilités de dérogation prévues. Le Conseil a donc décidé que « [c]ompte tenu de ces mesures visant à tempérer les restrictions, il convient vraisemblablement de considérer que le régime en projet est conforme à la libre circulation des services et à la liberté d'établissement » ²³.

¹⁹ Note 5 de l'avis cité : Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 'relative aux services dans le marché intérieur'.

²⁰ Note 6 de l'avis cité : Voir C.J.U.E., 11 juillet 2013, C-57/12, *Fédération des maisons de repos privées de Belgique (Femarbel) ASBL*. Cet arrêt consacre une interprétation étendue des motifs d'exception de l'article 2, paragraphe 2, f) et j), de la directive services (« 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 » et « les 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 »). L'appréciation finale de l'applicabilité de ces motifs d'exception est toutefois laissée par la Cour de justice au juge national. En ce qui concerne les résidences-services, le centres d'accueil de jour et les centres d'accueil de nuit de la Commission communautaire commune, la Cour constitutionnelle a estimé qu'ils « se distinguent des centres de soins en ce qu'ils offrent une structure d'accueil, et non de soins, à des personnes qui souffrent d'une perte d'autonomie sans être fortement dépendantes » et que « les activités de soins assurées dans les centres d'accueil de jour et les centres d'accueil de nuit ne constituent pas une partie principale de l'ensemble des services qui y sont offerts » (C.C., 23 janvier 2014, n° 6/2014, B.13.2, B.16 et B.28). Cette « structure (...) de soins » semble cependant constituer la « partie principale » dans les établissements auxquels s'applique le régime en projet, au vu de la description des soins qui y sont proposés à l'article 2, 4°, de l'ordonnance du 24 avril 2008 'relative aux établissements d'accueil ou d'hébergement pour personnes âgées'.

²¹ Note 7 de l'avis cité : Le Manuel relatif à la mise en œuvre de la directive « services » (édition 2007) de la Commission européenne expose à ce sujet ce qui suit (p. 8, point 1.1) : « Il y a également lieu de souligner que les matières qui sont exclues du champ d'application de la directive « services » restent pleinement couvertes par le traité CE. Les services exclus demeurent donc, bien évidemment, couverts par la liberté d'établissement et la libre prestation de services. Le droit national régissant ces activités de services doit être conforme aux articles 43 et 49 du traité CE et les principes développés par la Cour de justice des Communautés européennes (ci-après dénommée Cour de justice) sur la base de l'application de ces articles doivent être respectés. Il appartient aux États membres de veiller à ce que leur législation soit conforme au traité CE, tel qu'interprété par la Cour de justice. La Commission continuera à exercer son rôle de gardienne du traité CE et prêter assistance aux États membres dans cette tâche ».

²² Avis C.E. 59.983/3 du 28 septembre 2016, observation 5.

²³ Ibidem.

Le projet actuellement soumis pour avis a précisément pour objet de mettre en œuvre ces mesures d'atténuation pour les années budgétaires 2020 et 2021. Il ne comporte pas d'éléments qui pourraient amener le Conseil à considérer que le dispositif en projet serait inconciliable avec la libre circulation des services et la liberté d'établissement. Ainsi, les gestionnaires qui ne disposent pas encore de lits MRS agréés entrent également en ligne de compte pour la reconversion, une autorisation pour 25 lits MRS au lieu de 10 pouvant leur être octroyée (voir l'observation 9). Certes, il est prévu une règle de priorité pour les gestionnaires du secteur public, ce qui pourrait porter préjudice aux gestionnaires d'autres États membres, mais cette règle ne s'applique que dans la mesure où le nombre de lits demandés est supérieur au nombre maximal de lits et elle est par ailleurs raisonnablement justifiée (voir l'observation 6.3.).

EXAMEN DU TEXTE

PRÉAMBULE

13.1. Pour les motifs exposés à l'observation 3.3, il faut omettre les premier et deuxième alinéas du préambule.

13.2. Le préambule doit faire mention des formalités (qui doivent encore être accomplies – observations 4.1 à 4.3).

Article 1^{er}

14. 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' n'étant visé nulle part dans le projet, il convient d'omettre la définition figurant à l'article 1^{er}, 2°, du projet.

Article 3

15.1. Dans le texte néerlandais de l'article 3, § 2, 2°, b), du projet, on écrira « een erkend en gefinancierd ROB-bed » (au lieu de « een een erkend en gefinancierd ROB-bed »).

15.2. Dans le texte néerlandais de l'article 3, § 4, alinéa 2, du projet, on écrira « op voorstel van » (au lieu de « op voordracht van »).

Il en va de même pour l'article 6, § 3, du projet.

Article 4

16. Dans le texte néerlandais de l'article 4 du projet, on écrira « aanvraag van een vergunning » (au lieu de « aanvraag om vergunning »).

La même observation vaut pour les articles 5 à 9 du projet.

Article 6

17.1. Il découle de l'article 6, § 1^{er}, 3^o, d), du projet que l'un des documents à joindre à la demande est la liste du personnel « et le nombre d'heures effectivement prestées au cours du dernier trimestre complet ».

Le délégué a confirmé qu'il s'agit de données anonymisées, ce qui sera précisé dans l'arrêté envisagé.

En effet, il est davantage conforme au principe de nécessité en matière de traitement des données à caractère personnel ²⁴ d'imposer au demandeur d'indiquer uniquement le nombre de membres du personnel et le nombre d'heures qu'ils effectuent, plutôt que de fournir la liste comportant l'identité des membres du personnel.

17.2.1. L'article 6, § 1^{er}, 3^o, g), du projet dispose que le plan qui doit être joint à la demande, détaille l'affectation des moyens financiers dégagés par la reconversion « pour augmenter l'encadrement, développer la qualité de la prise en charge via des projets précis et/ou diminuer le prix d'hébergement ».

À la question de savoir si tous ces éléments doivent figurer dans le plan – auquel cas il faut écrire « et » – ou si seulement au moins un de ceux-ci doivent y être mentionnés - auquel cas il faut écrire « ou », le délégué a répondu que le membre de phrase « et/ou » sera remplacé par « ou ».

17.2.2. Toujours à l'article 6, § 1^{er}, 3^o, g), du projet, il est prévu que le Conseil de gestion évalue l'effectivité de l'affectation des moyens financiers dégagés par la reconversion, exposée dans le plan précité.

Invité à fournir des explications à cet égard, le délégué a déclaré ce qui suit :

« Deze bepaling voorziet dat de Beheerraad beoordeelt of het ingediende plan volstaat als ontvankelijkheidsvoorwaarde. Met andere woorden, als een plan wordt ingediend met, bij wijze van meest extreme voorbeeld, enkel een titel, een herhaling van de bepaling van het besluit en een handtekening, dan zal dat niet volstaan en is het dossier niet-ontvankelijk.

Het is echter zo dat dezelfde bepaling voorziet dat Iriscare een model van plan zal vastleggen. Dat is ondertussen gebeurt. Als de instelling met andere woorden de richtlijnen in dit model van plan volgt, zal het dossier ontvankelijk zijn ».

Il en ressort que l'intention n'est pas que le Conseil de gestion évalue le plan sur son contenu mais seulement qu'il examine sa conformité au modèle établi par Iriscare. Il convient de le préciser dans le texte du projet.

²⁴ Voir l'article 5, paragraphe 1, c), du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 'relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données)'.

17.3. Selon l'article 6, § 1^{er}, 4°, a), du projet, les demandes qui se rapportent à l'exercice budgétaire 2020 sont introduites au plus tard le 15 mai 2020.

Le délégué a toutefois fait savoir que

« de uiterste indiendatum gewijzigd [zal] worden naar 31 mei 2020. Na de goedkeuring in eerste lezing is er al een informatieve omzendbrief vertrokken naar de instellingen om hen op de hoogte te brengen dat ze uiterlijk op 31 mei een dossier kunnen indienen ».

17.4. L'article 6, § 1^{er}, 2°, d), du projet faisant seulement état d'« un » taux d'occupation, on écrira au paragraphe 3 de cette disposition « le taux d'occupation visé » plutôt que « les taux visés ».

Chapitre 4

18. Le texte néerlandais de l'intitulé du chapitre 4 doit être mis en concordance avec le texte français.

Article 8

19.1. L'article 8, alinéa 1^{er}, du projet prévoit que si le nombre de lits demandés dépasse le nombre maximal de lits MRS, les lits sont « subsidiairement » répartis selon les règles de répartition fixées aux points 1 à 3

Invité à préciser le sens du mot « subsidiairement », le délégué a indiqué qu'il sera supprimé.

19.2. Dans le texte néerlandais de l'article 8, alinéa 2, du projet, on écrira chaque fois « 1°, 2° en 3° » (au lieu de « 1°, 2° en 3 »).

Article 10

20. L'article 10 du projet dispose que « [p]ar dérogation à l'article 4 de l'arrêté du 4 juin 2009, les cessions de lits MRPA autorisés accomplies dans le cadre de l'application de l'article 3, § 2, 1°, alinéa 2, » de l'arrêté envisagé produisent leurs effets pour autant que la demande comporte une copie du projet de convention de cession.

À la question de savoir dans quelle mesure cette disposition déroge à l'article 4 de l'arrêté du 4 juin 2009, le délégué a fourni la réponse suivante :

« Volgens artikel 4 van het besluit van 4 juni 2009 wordt minimum drie maanden voor de voorziene datum van de overdracht een voorstel van overdrachtsovereenkomst overgemaakt aan de Ministers, evenals een aanvraag van vergunning tot ingebruikneming en exploitatie. De Ministers gaan vervolgens na of aan de voorwaarden is voldaan, en de vergunningsaanvraag volgt de gebruikelijke weg.

Het voorgestelde artikel 10 wijkt af van artikel 4 in die zin dat:

- de overdrachtsovereenkomst ingediend wordt bij de reconversieaanvraag, en dus niet noodzakelijk minimum drie maanden voor het effectief worden van de overdracht, zoals bepaald in artikel 4;
- er geen vergunningsaanvraag moet worden ingediend, aangezien in het kader van de toepassing van het besluit, de reconversieaanvraag geldt als vergunningsaanvraag ».

Article 11

21. Il découle de l'article 11 du projet que l'arrêté envisagé entre en vigueur le jour de sa publication au Moniteur belge.

Le délégué a justifié l'entrée en vigueur immédiate de l'arrêté envisagé comme suit :

« Gelet op de uiterste indiendatum van de reconversieaanvragen 'budget 2020', namelijk 31 mei, en op het feit dat de beheerders rechtszekerheid wensen alvorens een dossier in te dienen, stellen we voor het besluit in werking te laten treden de dag van de publicatie in het Belgisch Staatsblad ».

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Astrid TRUYENS

Jo BAERT